

Tesina
Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”

**La obligación de extraditar o juzgar en España en relación
con los crímenes contra la Humanidad: crímenes de guerra,
genocidio y crimen de lesa humanidad**

2010

Autora: Marta Sosa Navarro

Directora: Ana Manero Salvador

ÍNDICE

	Páginas
1. Introducción: justificación de la investigación/antecedentes.....	4
2. Definición del marco teórico de análisis o alcance de la pregunta.....	9
2.1. La obligación de extraditar o juzgar a los autores de los crímenes internacionales.....	12
2.2. Hipótesis de partida.....	18
3. Respuesta de España a las preguntas de la Comisión.....	20
3.1. Tratados multilaterales y bilaterales ratificados por España que contienen la obligación de extraditar o juzgar.....	21
3.1.1. Tratados multilaterales ratificados.....	24
3.1.2. Tratados multilaterales firmados.....	36
3.1.3. Tratados bilaterales.....	37
3.1.4. Conclusión común de los Tratados multilaterales y bilaterales ratificados y firmados.....	56
3.2. Legislación interna.....	59
3.2.1. Constitución.....	60
3.2.2. Artículo 23 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1 de julio de 1985.....	61
3.2.3. Ley de Extradición Pasiva 4/1985 de 21 de marzo.....	67
3.2.4. Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación Jurídica Internacional Penal.....	70
3.2.5. Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional.....	70
3.3. Jurisprudencia y práctica de los Tribunales españoles.....	71
3.3.1. Tribunal Constitucional.....	72
3.3.2. Audiencia Nacional.....	75
3.3.3. Tribunal Supremo.....	78
4. Conclusión.....	81
5. Bibliografía.....	88
Anexo.....	92
Otros documentos a tener en cuenta y que pueden determinar la cristalización del <i>aut dedere aut judicare</i> como costumbre internacional	

PRINCIPALES ABREVIATURAS

AN Audiencia Nacional

CDI Comisión de Derecho Internacional

CC Código Civil

CE Constitución Española

CPI Corte Penal Internacional

DI Derecho Internacional

DPI Derecho Penal Internacional

LEP Ley de Extradición Pasiva

LO Ley Orgánica

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

EEUU Estados Unidos

NU Naciones Unidas

ONU Organización de Naciones Unidas

TC Tribunal Constitucional

TPIR Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

TS Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El término “impunidad” puede ser definido de una forma comprensiva y exhaustiva sin salir del ámbito de la doctrina jurídica:

“Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas¹”.

Sin embargo, sus consecuencias, en tanto que minan de la forma más atroz imaginable las bases de la sociedad en su sentido más amplio, solo pueden aprehenderse a través del arte:

Se pelea mientras hay por qué, ya que puso la Naturaleza la necesidad justicia en unas almas, y en otras la de desconocerla y ofenderla. Mientras la justicia no está conseguida, se pelea.

J. Martí, 1888

La única manera de combatir eficazmente la impunidad de los autores de los crímenes contra la Humanidad, en los casos en los que fallan los mecanismos internos de protección, es que exista, a nivel internacional, una normativa exhaustiva que regule la competencia de los órganos y el alcance de las distintas jurisdicciones, evitando así la formación de vacíos legales que permitan que ningún tribunal llegue a conocer de las más graves violaciones de derechos humanos.

“Violaciones graves por el Estado de una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho Internacional general” es la expresión que desde 2001 se viene utilizando para hacer referencia a los “crímenes” en el ámbito internacional². La

¹ Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, definición A., p.6.

² CARRILLO SALCEDO, J.A., Curso de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 1999. Esta expresión fue acuñada, como se verá seguidamente, gracias a las recomendaciones que Carrillo Salcedo hizo al Instituto Hispano-Luso-Americano, que subraya que “lo esencial de esta noción estriba en que la

Comisión de Derecho Internacional (CDI) ³, a través del Proyecto de Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos de 2001 ⁴, adoptado por la Comisión en su 53 período de sesiones, introduce esta terminología, respaldada ampliamente por la doctrina, que recurre cada vez con más frecuencia a esta expresión para hacer alusión a los referidos ilícitos internacionales⁵. A través de la introducción de esta modificación, el concepto crimen internacional queda desvinculado de la responsabilidad internacional de los Estados⁶. Este Proyecto y el propio concepto de responsabilidad de los Estados viene impulsado por el profesor Robert Ago, cuya aportación al Derecho Internacional es resaltada por autores como Pierre Klein: “La genialidad de Ago consistió en incluir en el régimen de la responsabilidad del Estado elementos que iban más allá de una función estrictamente compensatoria, con el fin de asegurar que la responsabilidad del Estado contribuyera a defender la legalidad en una sociedad internacional de cuyas deficiencias institucionales Ago era demasiado consciente. Esto lo hizo simplemente fundamentando la responsabilidad internacional en la violación, por parte de un Estado, de sus obligaciones internacionales, en lugar de hacerlo en el daño o en la culpa ⁷”. Es esta función de garante de la legalidad internacional lo que otorga al concepto de responsabilidad de los Estados y por ende a la sustitución del término crímenes internacionales por violaciones graves, una notoria relevancia en relación con la obligación de extraditar o juzgar. Otros autores, aunque reconocen la exactitud de la

relación jurídica de responsabilidad se establece entre el Estado al que el ilícito le es atribuible, de una parte, y, de otra, la comunidad internacional en su conjunto lo cual implica que todo Estado podrá legítimamente exigir responsabilidades y, si esta no es satisfecha, adoptar medidas sancionatorias contra el Estado al que el ilícito contra la comunidad internacional es imputable el incumplimiento de una obligación jurídica erga omnes”.p. 207.

³ La función esencial de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional que tiene atribuida la CDI es reconocida ampliamente por la doctrina. Así, autores como Díez de Velasco se han referido al papel preponderante de esta Comisión en relación a las normas internacionales no escritas como a las que adolecen de falta de precisión por encontrarse dispersas en varios Tratados (Díez de Velasco, M. Instituciones del Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p158).

⁴ Así, el artículo 40, que lleva por título “Ámbito de aplicación de este capítulo” alude a la aplicabilidad de este artículo a la responsabilidad internacional que se deriva de una violación grave por parte de un Estado de una obligación que surja de una norma perentoria de derecho internacional general. El artículo 41 recoge las consecuencias específicas de las violaciones graves bajo el referido capítulo.

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf

⁵ CLAUS KRESS, “Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus”,p. 1, in The European Journal of International Law Vol. 20 no. 4, EJIL 2010; Roberta Arnold, “The Abu Ghraib Misdemeanors: will there be Justice in the Name of the Geneva Conventions?”, Journal of International Criminal Justice 2, 2004, p.999-1106, Oxford University Press; Michael J. Matheson, The Amendment of the War Crimes Act, p.49, The American Journal of International Law, Vol 101 :48, 2007; Theodor Meron, “Revival of Customary Humanitarian Law”, The American Journal of International Law, Vol 99, Iss.4, p. 827, Washington, 2005.

⁶ OLLE SESE, M., Justicia Universal para Crímenes Internacionales, La Ley, Madrid, 2008, p.189.

⁷PIERRE KLEIN, LAURENCE BOISSON DE CHAZOUMES, XUE HANGIN, DAVID CARON, “The state of state responsibility”,p.169, American Society of International Law, Washington, 2002.

distinción entre delitos y crímenes internacionales efectuada por Ago, sostienen que “los términos utilizados por la CDI resultan equívocos en la terminología jurídica española, ya que la noción de crimen internacional parece evocar la posible responsabilidad internacional penal de los Estados⁸”. Este autor aclara el hecho de que, aunque la responsabilidad penal de los Estados en el plano internacional no sea inconcebible, estando presente en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, cuando en el Proyecto de Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos se habla de crímenes y delitos internacionales se está yendo más allá del ámbito bilateral del Estado víctima y del Estado infractor y de la obligación de reparar. Se añade un cierto elemento de sanción a la reparación “al establecerse una relación jurídica de responsabilidad entre el Estado autor del ilícito internacional y la comunidad internacional en su conjunto⁹”.

La definición de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en el Derecho Penal Internacional (DPI) supone dar un paso más hacia la erradicación de la impunidad. Esta laguna viene siendo detectada en el seno de la O-NU desde sus orígenes. Ya en el primer período de sesiones de la CDI de 1949 aparece este tema dentro de la lista de cuestiones a tratar.

Sin embargo, los esfuerzos por llenar este vacío no se hacen patentes hasta el año 2004, cuando, en la sesión 56 de la CDI se plantea la inclusión del tema del principio *aut dedere aut judicare* en el programa a largo plazo de la Comisión¹⁰. A este primer planteamiento del asunto, en el que se esboza la línea a seguir para llevar a cabo un análisis completo de la situación y posteriormente desempeñar la tarea codificadora de manera eficiente, le siguen tres informes presentados por el Relator Especial nombrado a estos efectos de los años 2006, 2007 y 2008, el Sr. Zdzislaw Galicki. En su resolución 61/34 de 4 de diciembre de 2006 de la Asamblea General se insta a los gobiernos a que faciliten a la Comisión información sobre la práctica de sus Estados en relación con este

⁸ Supra CARRILLO SALCEDO, p.205.

⁹ Supra CARRILLO SALCEDO. P. 205-206. Con el fin de paliar la confusión a la que daba lugar la expresión utilizada por la CDI, este autor propuso al Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional la distinción entre: comportamientos ilícitos de un Estado y hechos ilícitos contra la comunidad internacional, propuesta que fue aceptada en 1980. Este autor señala que el significado de esta distinción no es otro que la “toma de conciencia de la noción de comunidad internacional y de la creciente institucionalización de su ordenamiento jurídico, el Derecho internacional, en un proceso que naturalmente repercute e influye en los mecanismos de aplicación de las normas jurídicas internacionales así como en los procedimientos de reacción frente a quienes violan o incumplen el Derecho Internacional.

¹⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56º período de sesiones, Anexo, p.345, UN Doc. A/59/10.

tema. En particular, se les solicita que remitan información sobre las siguientes cuestiones:

- a) Tratados internacionales que vinculan al Estado y contienen la obligación de extraditar o juzgar, y reservas formuladas por el Estado para limitar el alcance de esa obligación;
- b) Normas jurídicas internas, aprobadas y aplicadas por el Estado, incluidas las disposiciones constitucionales, el código penal y el código de procedimiento penal, relacionadas con la obligación de extraditar o juzgar;
- c) Práctica judicial del Estado que refleje la aplicación y el alcance del principio de jurisdicción universal y de la obligación *aut dedere aut judicare*, o su no aplicación;
- d) Delitos y crímenes a los que la legislación o la práctica del Estado aplican el principio de jurisdicción universal y la obligación *aut dedere aut judicare*;
- e) Obstáculos que dificultan la aplicación por el Estado en los foros nacionales e internacionales de los principios de jurisdicción universal y *aut dedere aut judicare*¹¹.

Un año después, en virtud de la Resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, las cuestiones sobre las que se requería información a los Estados se ampliaron, solicitándose a los Estados también información sobre si el Estado consideraba la obligación de extraditar o juzgar como una obligación de carácter consuetudinario, y en tal caso, ¿en qué medida se consideraba obligado? También se interroga a los Estados sobre la vigencia y aplicación del principio de jurisdicción universal en sus Estados.

A través de las respuestas a estas cuestiones, el Relator busca averiguar cuál es la consideración de la naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar por parte de los distintos Estados. Estas respuestas, informes, comentarios y valoraciones de la situación por parte de los gobiernos representan uno de los elementos principales a tener en cuenta por parte de la Comisión a la hora de definir la naturaleza jurídica de esta obligación.

¹¹ Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), 2006, p.19, UN Doc. A/CN.4/571.

El segundo y el tercer Informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) analizan las respuestas dadas por los gobiernos que han ido presentando sus informes.

A fecha de 31 de mayo de 2008, los informes de los gobiernos remitidos a la Comisión eran escasos. Solo 23 países habían respondido a las preguntas planteadas por la Comisión durante el 58º período de sesiones en 2006¹².

Hasta el momento, España no ha remitido su Informe. A través de esta investigación se va a intentar definir la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar a nivel nacional, de acuerdo con la práctica española, con pretensión de alcance y repercusión internacional.

En su 60º período de sesiones, la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre el tema, cuyo mandato y composición se determinarían en el 61º período de sesiones¹³. De acuerdo con esta decisión, la Comisión estableció en su 3011ª sesión, el 27 de mayo de 2009, un Grupo de Trabajo de composición abierta presidido por el Sr. Alain Pellet. De las reuniones celebradas por el Grupo de Trabajo entre mayo y julio de 2009 nació un documento en el que se proponía un marco general para el examen del tema por la Comisión. En prácticamente todos los puntos y cuestiones enunciados en este guión, el conocimiento de la práctica judicial, la legislación interna y los Tratados firmados por los Estados así como sus opiniones e interpretaciones de la obligación representan una de las fuentes principales a considerar para responder a la gran pregunta que late en el seno del DPI y cuya respuesta puede ser muy determinante de cara a la erradicación de la impunidad: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar?¹⁴.

¹² Los Estados son, por orden cronológico: Austria, Croacia, Japón, Mónaco, Qatar, Tailandia y Reino Unido (A/CN.4/579, de 5 de marzo de 2007); Chile, Irlanda, Líbano, México, Eslovenia, Suecia y Túnez (A/CN.4/579/Add.1, de 30 de abril de 2007); Estados Unidos de América, Letonia, Serbia y Sri Lanka (A/CN.4/579/Add.2, de 5 de junio de 2007); Kuwait (A/CN.4/579/Add.3, de 2 de julio de 2007); Polonia (A/CN.4/579/Add.4, de 11 de julio de 2007), y Chile (información complementaria), Guatemala, Mauricio, Países Bajos y Federación Rusa (A/CN.4/599, de 30 de mayo de 2008).

¹³ En su 2988ª sesión, el 31 de julio de 2008 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/63/10), párr. 315).

¹⁴ Para ver el marco general propuesto por el Grupo de Trabajo ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 61º período de sesiones, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto 2008, p.385, UN Doc. A/64/10.

2. DEFINICIÓN DEL MARCO TEÓRICO DE ANÁLISIS O ALCANCE DE LA PREGUNTA

El fin perseguido es contribuir a esclarecer la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en el DPI vigente a través de un método de análisis de las posiciones de los Estados en relación a esta obligación mediante el estudio e interpretación jurídica de los Tratados que contengan esta obligación firmados por España, las reservas a los mismos, la legislación interna y la práctica judicial española.

Para ello centraré este trabajo en el análisis de la legislación interna y práctica convencional y judicial de España en relación a la obligación de extraditar o juzgar a los autores de las violaciones graves del Derecho Penal Internacional.

Los ilícitos respecto de los cuales me interesa averiguar la naturaleza y aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar son los llamados crímenes internacionales o violaciones graves de Derecho Internacional (DI) (véase *supra* el Proyecto sobre Responsabilidad de la CDI de 2001 e *infra* apartado 2.1).

Pretendo abordar el análisis de la postura de España partiendo de la posición de la doctrina que ha venido sosteniendo que aunque la extradición no es considerada una obligación vinculante por la mayoría de los Estados en ausencia de Tratado, existe una creciente tendencia a reconocer la obligación consuetudinaria de extraditar o juzgar, sobre todo en relación a determinados crímenes internacionales o violaciones graves de Derecho Internacional.¹⁵”

A efectos de la construcción conceptual de este principio es indispensable traer a colación el caso estrella en este ámbito: el asunto Lockerbie. Este caso enfrenta a Libia, que pretendía aplicar el principio *aut dedere aut judicare* en tanto que recogido en el artículo 7 del Acuerdo de Montreal, reconociéndolo como principio aplicable que le autorizaba a enjuiciar a sus propios nacionales, especialmente en ausencia de Tratado de extradición, con EEUU y Reino Unido que, aún siendo partes en el referido Acuerdo, exigían la extradición de los dos ciudadanos libios acusados de cometer un atentado

¹⁵SEE BASSIOUNI, Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and contemporary practice in 42 VA.J. INT'L L (2001).
BASSIOUNI, M.C., “International Extradition: United States Law and Practice”, Oxford University Press, Inc. New York, 2007, p.7.

terrorista en un vuelo desde Reino Unido a EEUU¹⁶. Libia solicita la colaboración de estos dos países para la investigación de los ilícitos cometidos, a lo cual se niegan los citados Estados junto a Francia, presentando el caso ante el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la ONU. En enero y marzo de 1992, el Consejo de Seguridad se pronuncia a través de la resolución 731 que insta a Libia a responder total y efectivamente a las demandas de los mencionados países y de la resolución 748, que impone sanciones económicas a Libia por el incumplimiento de la misma. Tras la primera resolución, este último Estado se dirige al Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) solicitando la adopción de medidas provisionales para evitar que Reino Unido y EEUU emprendieran acciones para forzar a Libia a extraditar a los dos imputados. El 14 de abril de 1992, el TIJ rechaza esta solicitud. Entre la doctrina, la interpretación más aceptada de la involucración del Consejo de Seguridad entiende que el Consejo ofreció una solución extraordinaria que completaba la salvaguarda del sistema de extradición actual con el recurso a ese órgano para intervención en situaciones excepcionales, especialmente en situaciones en las que los modelos de Tratados tradicionales resultan inaplicables¹⁷. Esto implicaba la preeminencia de la resolución del Consejo de Seguridad sobre cualquier otro acuerdo internacional, incluido el Acuerdo de Montreal. Tras años de disputas, el Gobierno libio finalmente accedió a entregar a los dos imputados, nacionales suyos, para que éstos fueran juzgados por un Tribunal escocés, situado en los Países Bajos que aplicaría la ley escocesa. El desenlace de este asunto llevó a la doctrina a plantear la posible existencia de una tercera alternativa al *aut dedere aut judicare: aut transfere*¹⁸. Esta tercera opción se refiere a la entrega del imputado a un tercer Estado para que sea este el que lo juzgue. Asumiendo que la entrega a un tercer Estado pueda ser considerada un elemento sustancialmente nuevo, podría afirmarse que el Consejo de Seguridad, en este asunto, estaría desempeñando el papel de ejecutor del principio *aut dedere aut judicare*. La intervención del Consejo en materia de extradición puede justificarse en tanto que la situación era constitutiva de una amenaza contra la paz y seguridad internacional, por lo que la acción del Consejo estaría legitimada en base al Capítulo VII de la Carta de las NU.

Sin embargo, otro sector doctrinal ve la segunda resolución del Consejo en este asunto, que ordena sanciones económicas contra Libia antes de que el TIJ se hubiera

¹⁶ PLACHTA, M., The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare, *European Journal of International Law*, 2001; 12, 1, p.125.

¹⁷ Supra, p. 129.

¹⁸ Supra, p.136.

pronunciado sobre la solicitud de Libia para que se adoptaran medidas provisionales que impidieran que los otros Estados adoptaran acciones coercitivas que forzaran la extradición de los nacionales libios, como un impedimento para que el TIJ dictara una sentencia independiente¹⁹. Este proceder obvia por completo la previsión contenida en el artículo 14 del Acuerdo de Montreal que afirma que en caso de controversia en la interpretación o aplicación del Acuerdo “cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte”. Graefrath critica el que, a través de la resolución 731, el Consejo haya actuado como un mecanismo de resolución de controversias destacando, con ironía, el que en la votación de esta resolución participaran Estados parte en la controversia (EEUU, Reino Unido y Francia) a pesar de que la cuestión debía encuadrarse claramente en el Capítulo VI para el cual la Carta prescribe que un Estado parte en la disputa debe abstenerse de votar²⁰ y previene sobre el peligro de la generalización de esta actuación: “If the procedure employed by the Security Council against Libya were to become a common practice, the Security Council would become a major dispute settlement mechanism which could set aside arbitration and even court procedures agreed upon by the parties to the dispute²¹”. Este autor también considera que la paz se pueda ver amenazada, justificando la intervención del Consejo en base al Capítulo VII, por hechos tales como un solo acto de terrorismo, el que un Estado no condene el terrorismo mediante actos concretos, el que un Estado no entregue a los imputados o el que no responda a los requerimientos de compensación. Este autor afirma que si una decisión del Consejo en la práctica resuelve una controversia entre Estados, nada puede impedir que la Corte decida sobre la legalidad de esa decisión del Consejo²².

El presente caso sentó un precedente en relación a la configuración del principio analizado. El mismo pone de manifiesto las carencias de la indefinición de la obligación de extraditar o juzgar recogida en el Acuerdo de Montreal que se derivan de la ambigüedad del presupuesto que subyace al carácter alternativo del referido principio: que el enjuiciamiento sea efectivo y justo tanto en el Estado que custodia como en el

¹⁹ GRAEFFRATH, B., Leave to the Court what belongs to the Court: The Libyan Case, *European Journal of International Law*, 4, 1993, p.185.

²⁰ *Supra*, p. 187.

²¹ *Supra*, p.191.

²² *Supra*, p.196 y siguientes.

Estado que solicita la extradición²³. Tal y como se analizará en el apartado 3, la falta de articulación de este presupuesto, que a su vez exigiría un acuerdo en torno a los criterios legales para determinar la justicia y efectividad de los sistemas judiciales en cuestión, es una característica propia de los instrumentos convencionales que recogen la referida obligación, lo cual impide que se atribuya a este principio una naturaleza estricta y puramente alternativa que impediría el surgimiento de controversias en la interpretación de la referida obligación. Fue precisamente esta indefinición lo que permitió el planteamiento del asunto *Lockerbie*. Las dos partes en el conflicto estaban armadas con la misma pistola, la de la indefinición de los criterios objetivos para determinar cuando un sistema judicial es justo y efectivo y por ende, la falta de claridad acerca de cuándo debe un Estado disfrutar de la opción, en sentido estricto, que le otorga la naturaleza alternativa de la obligación recogida en el instrumento convencional aplicable a la situación concreta.

2.1. La obligación de extraditar o juzgar a los autores de crímenes internacionales

Los ilícitos identificados por el profesor Cherif M. Bassiouni, una de las autoridades más reconocidas en este ámbito, como conjunto de delitos que es tan motivando el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar como derecho consuetudinario, son los crímenes internacionales, término que, aunque como se ha señalado previamente ha venido a sustituirse por “violaciones graves”, sigue siendo utilizado por la doctrina dada su consolidación²⁴. Para definir el marco teórico sobre el que se va a realizar este estudio es necesario, en esta fase previa, definir qué delitos van a ser considerados crímenes internacionales a estos efectos.

Antes de entrar a enumerar qué delitos son constitutivos de crímenes internacionales, conviene hacer referencia a la definición de crimen internacional de uno de los mayores especialistas en el tema a nivel mundial, el profesor Antonio Cassese: “son violaciones de las normas internacionales que implican responsabilidad penal de los individuos en cuestión”. Este autor también sostiene que los crímenes internacionales pueden ser

²³ BASSIOUNI, M.C, *International Extradition: United States Law and Practice*, Oxford University Press, Oceana, New York, 2007, p. 13 (nota al pie 40).

²⁴ OLLE SESE, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 184. Este autor aclara que en la actualidad el término “crimen internacional” es utilizado prácticamente de forma unívoca para referirse a la responsabilidad internacional del individuo y no a la responsabilidad internacional del Estado por la comisión estatal de un acto ilícito.

identificados como tal en función de la concurrencia acumulativa de los siguientes elementos:

- a) El que constituyan violaciones de las normas internacionales consuetudinarias.
- b) El que estas normas violadas pretenden proteger valores considerados importantes por el conjunto de la comunidad internacional y consecuentemente sean vinculantes para todos los Estados e individuos. En este sentido se pronuncia Ollé Sesé que atribuye al tipo penal de primer grado (violaciones graves de derechos humanos) el estatus o carácter de *ius cogens*²⁵.
- c) El que exista un interés universal en reprimir estos crímenes.
- d) El que el Estado en cuyo nombre haya actuado el autor, en capacidad de oficial, no pueda solicitar la aplicación de la inmunidad que se suele conceder a los funcionarios oficiales que actúan en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, conviene traer a colación el artículo 5 del Proyecto de Código sobre Responsabilidad de los Estados de 2001 de la CDI, que extiende la referida responsabilidad a los individuos que, no siendo órganos del Estado bajo el artículo 4, están capacitados por la ley de ese Estado para ejercitar elementos de la autoridad gubernamental, asumiendo que el individuo o entidad actúa en dicha capacidad en esa situación particular. En la jurisprudencia internacional podemos encontrar referencias a los distintos grados de responsabilidad internacional del Estado, tanto por actos cometidos por particulares, como por agentes estatales. En el caso de agentes del Estado, la responsabilidad será siempre de éste. La sentencia del caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México dictada el 16 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce parcialmente la responsabilidad internacional del Estado en lo referente a irregularidades en las investigaciones en el caso de la “desaparición y posterior muerte” de tres jóvenes, cuyos cuerpos fueron encontrados en el mismo campo algodonero: “la responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u

²⁵ Supra OLLE SESE, M., p.192.

órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana²⁶”. En lo referente a la responsabilidad de los agentes del Estado en los homicidios de las víctimas, la Corte afirma que “el hecho de que la impunidad en el presente caso impida conocer si los perpetradores son agentes estatales o particulares actuando con su apoyo y tolerancia, no puede llevar a este Tribunal a presumir que sí lo fueron y condenar automáticamente al Estado por el incumplimiento del deber de respeto”. En lo tocante a la responsabilidad del Estado en lo referente a l deber de prevención, la Corte distingue dos momentos clave: antes de la desaparición de las víctimas y antes de hallar los cuerpos. En el primer caso, la falta de prevención de la desaparición no conlleva per se la responsabilidad internacional del Estado “porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso”. En cuanto al segundo momento -antes de hallar los cuerpos- el Estado, dado el contexto, conocía que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas y no adoptó las medidas necesarias para responder eficaz e inmediatamente a las denuncias de desaparición por lo que la Corte estima que el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal. También se reconoce responsabilidad estatal en relación a irregularidades en la actuación seguida contra presuntos responsables y alegada fabricación de culpables así como en la primera etapa de las investigaciones de los hechos denunciados. Asimismo, se considera al Estado responsable de la violación de l deber de no discriminación por razón de género y de origen en relación con el deber de garantía y con el acceso a la justicia en perjuicio de los familiares y víctimas del presente caso. Por ende, la presente sentencia es un ejemplo de atribución de responsabilidad por crímenes internacionales al Estado a través de la actuación o inacción de los funcionarios que conforman la Administración en la línea esbozada por el Proyecto de Código sobre Responsabilidad de los Estados.

²⁶ Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Caso Gonzáles y Otras (“Campo Algodonero”) v.s. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p.64.

Atendiendo a esta definición, Cassese considera integrantes del crimen internacional los siguientes crímenes: crimen de guerra, crimen de lesa humanidad, genocidio, tortura, agresión y algunas formas de terrorismo o extremismo²⁷. Otros autores realizan otras clasificaciones de delitos internacionales. Así, para Quintano Ripollés, los delitos internacionales propiamente dichos son aquellos imputados por un organismo internacional o supranacional con o sin la voluntad de un Estado determinado²⁸.

La Comisión de Derechos Humanos, en los *Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad* define como delitos graves, conforme al Derecho Internacional, las graves violaciones de los Convenios de Ginebra, de su Protocolo Adicional I y otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario: genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos, que son delitos conforme al Derecho Internacional²⁹.

No obstante, de acuerdo con el Estatuto de Roma (artículo 5) son perseguibles por la Corte Penal Internacional los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y la agresión, no pudiendo considerarse este último en tanto que no definido aún. La influencia de la clasificación de los crímenes internacionales llevada a cabo en el Estatuto de Roma es reconocida por los diversos autores³⁰.

La tortura puede encuadrarse dentro de los tres tipos comprendidos en el Estatuto de Roma en tanto que puede ser constitutiva de crimen contra la humanidad si, tanto en un contexto de conflicto armado interno o internacional como en un contexto de paz, se realiza como parte de una práctica extendida o sistemática o como parte de un ataque a la población. El acusado debe ser consciente de que sus actos de tortura forman parte de un patrón extendido o sistemático de violencia contra civiles. También se requiere que se dé una cierta “involucración pasiva” de las autoridades, es decir, que las autoridades

²⁷ CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p.11.

²⁸ QUINTANO RIPOLLES, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, tomo I, Madrid 1955, tomo II, Consejo de Investigaciones Científicas, Instituto Francés de Vitoria, Madrid, 1957. p.24 a 30.

²⁹ Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, definición B., p.6.

³⁰ OLLESE, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p.190: “Existe una tendencia a diferenciar los crímenes internacionales en dos categorías: (i) crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (core crimes o crímenes principales, esenciales, nucleares o fundamentales, crímenes de trascendencia internacional o international crimes) y (ii) otros crímenes de trascendencia internacional.” Cita a Ambos y a Werle como autores que utilizan el término de crímenes nucleares.

bien aprueben implícitamente, condonen o fracasen a la hora de actuar para enjuiciar a los autores de estos actos.

En segundo lugar, la tortura puede constituir un crimen de guerra cuando se dan las siguientes circunstancias: tiene que realizarse en un contexto bélico, bien sea un conflicto interno o internacional. La tortura como crimen de guerra en este caso puede ejecutarse por parte de un funcionario si la comete contra un militar o civil enemigo. Los individuos particulares que no estén actuando en calidad de funcionarios también pueden ser autores de este subtipo de crimen de guerra en dos supuestos: si la tortura se realiza a un miembro del ejército enemigo, a una persona especialmente protegida que bien tenga la nacionalidad del ejército enemigo y /o esté bajo el control del adversario. En estos casos, para que la tortura sea constitutiva de un crimen de guerra, la misma tiene que estar vinculada a un conflicto armado.

Sin embargo, la tortura también puede ser considerada un crimen internacional autónomo, y así lo afirman autores como Cassese, que reconoce la emergencia de una norma consuetudinaria en relación a la tortura como un crimen internacional *per se*. En este sentido, este autor afirma que en estos momentos ya existe en el seno de la Comunidad Internacional una norma general, de *ius cogens*³¹, que prohíbe a los individuos perpetrar la tortura, independientemente de que se cometa a gran escala y autorizando a todos los Estados a enjuiciar y castigar a los autores de estos actos, siendo irrelevante el lugar en el que se perpetraron y la nacionalidad del autor o de la víctima³². Sin embargo, este reconocimiento no es pacífico entre la doctrina. En sentido contrario, Gaeta no reconoce la cristalización de la tortura en el Derecho Internacional consuetudinario como crimen internacional *per se*³³.

En la doctrina también pueden encontrarse planteamientos que recojan esta concepción restringida de las violaciones graves de Derecho Penal Internacional, que, junto con la referencia estatutaria, representan una base sólida para tomar como punto de partida la

³¹ En este sentido, las observaciones generales del Comité contra la Tortura al artículo 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes evidencian el reconocimiento del carácter de *ius cogens* de esta norma en estos términos: “Las disposiciones del artículo 2 refuerzan esa norma imperativa de *ius cogens* contra la tortura y constituyen el fundamento de la autoridad del Comité para aplicar medios eficaces de prevención e in respuesta a las nuevas amenazas, problemas y prácticas(…)”, UN Doc. CAT/C/GC/2 de 24 de enero de 2008, p.1. Este artículo insiste sobre la prohibición absoluta de los actos de tortura, reflejada también a través de la imposibilidad de invocar circunstancias excepcionales u órdenes superiores para justificarla, así como la obligación de los Estados de tomar las medidas eficaces para impedir la tortura

³² CASSESE, A. *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p.151.

³³ GAETA, P. in CASSESE, A., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009. p.68.

postura que afirma que las únicas conductas criminalizadas directamente por el Derecho Internacional son los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, dejando fuera el crimen de agresión, en tanto que no definido aún y la tortura como ilícito autónomo, que, sin embargo puede encuadrarse en cualquiera de los tres tipos anteriores³⁴.

En relación al terrorismo, Gaeta reconoce una tendencia en el Derecho Internacional hacia la criminalización de los actos de terrorismo cometidos fuera del contexto de una guerra y que eligen a sus víctimas al azar en el territorio de un Estado en el que no hay ningún conflicto armado.

No obstante, el terrorismo como crimen de Derecho Internacional está empezando a consolidarse, sobre todo tras los atentados del 11 de septiembre de 2001. Este atentado ha motivado un desarrollo convencional tendente a combatir esta lacra, siendo ejemplo de ello el Convenio Internacional para la Represión del Terrorismo nuclear de 2005, analizado más abajo. A pesar de ello, la opinión doctrinal está dividida al respecto. Otros autores reconocidos como Cassese³⁵ o Bassiouni³⁶ están entre los que defienden su naturaleza emergente como crimen internacional. El Estatuto de Roma no lo recoge específicamente como un crimen internacional de competencia de la CPI.

En lo referente al crimen de agresión, Gaeta se aparta de lo positivizado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 que incluye dentro de los crímenes de su competencia (considerados por ende crímenes internacionales) al mencionado crimen de agresión³⁷.

Sin embargo, el hecho de que la competencia de la Corte sobre este crimen se condicione, en este mismo artículo, a su definición, a pesar de que la Comunidad

³⁴ GAETA, P., "International Criminalization of Prohibited Conduct" in CASSESE, A., "The Oxford Companion to International Criminal Justice", Oxford University Press, 2009, p.65.

³⁵ CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, Chapter 8, p.163-183: Analiza el delito de terrorismo internacional como subcategoría de los crímenes de guerra, si se realiza en el contexto de un conflicto internacional o interno; como subcategoría de genocidio cuando en tiempos de paz o de guerra este terrorismo sea parte de un ataque sistemático a civiles en forma de ciertas categorías de conductas criminales para terminar sugiriendo que el terrorismo en el contexto de un conflicto armado "might gradually become a discrete class of international crimes as a result of the combined application of humanitarian law and general norms on terrorism".

³⁶ BASSIOUNI, M. C., *International Extradition: United States Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 2007, p.9: en la lista que realiza de los Tratados que regulan crímenes internacionales que reconocen la obligación de extraditar o juzgar Bassiouni enumera Tratados que luchan contra el terrorismo, reconociendo implícitamente la naturaleza de crimen internacional de este delito.

³⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, art. 5.

Internacional ya contaba con la de finición prevista en la Res. AG 3314³⁸, junto con las razones esgrimidas por la doctrina para no considerar este crimen incluido dentro de las conductas criminalizadas por el Derecho Internacional sugieren que la consideración de estos tres tipos como únicos integrantes del concepto de crímenes internacionales se ajusta más a la realidad, al menos a la realidad consolidada, del DPI contemporáneo³⁹.

La relación entre la obligación de extraditar o juzgar y las violaciones graves de Derecho Internacional viene siendo apreciada por la doctrina desde hace años⁴⁰. En este sentido, Bassiouni afirma que un crimen internacional puede reconocerse en base a la concurrencia de una o más de diez “características penales”, entre las que se encuentra la obligación de extraditar o juzgar, que, en 1985 había aparecido 48 veces en 312 instrumentos internacionales estudiados por el autor⁴¹.

Es precisamente sobre la extradición o enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de Derecho Internacional sobre los que se va a analizar la postura de España con el fin de contribuir a esclarecer la naturaleza jurídica de *aut dedere aut judicare* en relación a estos crímenes en el DPI contemporáneo.

2.2. Hipótesis de partida

El objetivo de esta investigación es analizar la postura de España en relación a la consideración de la naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar en el ámbito de las violaciones graves de Derecho Internacional.

³⁸ “La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición”.

³⁹ Las dos razones principales presentadas por Gaeta para no considerar el crimen de agresión como integrante de los crímenes internacionales son por un lado la incertidumbre que rodea la definición de la agresión como un acto ilegal del Estado y por otro lado, la fuerte defensa de las prerrogativas del Consejo de Seguridad de la ONU por parte de algunos Estados que colisiona con la idea de que un tribunal nacional o internacional pueda hallar penalmente responsable a un líder militar o político por actos de agresión. Supra nota al pie 8, p.68.

⁴⁰ BUENOS AIRES, F., DE MIGUEL ZARAGOZA, J., Manual de Derecho Penal Internacional, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, p.226: “Está generalmente admitido que los delitos contra el *ius cogens* generan una obligación *erga omnes* de persecución y en consecuencia la regla *aut dedere aut judicare* expresa una obligación frente a la comunidad internacional.”

⁴¹ PAUST, J., “Customary International Law: Its Natures, Sources and Status as Law of the United States, 12 MICH. J. INT’L L. 59, 63-74 (1990), revised in INTERNATIONAL LAW AS OF THE UNITED STATES 1 (1996) en “International Criminal Law, Cases and Materials”, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2000, p.11.

A estos efectos, se tendrá en cuenta la práctica española en sus distintas vertientes (ratificación de instrumentos internacionales, aprobación de legislación interna y práctica judicial).

3. RESPUESTA DE ESPAÑA A LAS PREGUNTAS DE LA COMISIÓN

En el Derecho Penal Internacional existen dos tipos básicos de normas que son los acuerdos internacionales y el Derecho Internacional consuetudinario⁴². Técnicamente, los primeros solo son vinculantes para los Estados parte en los acuerdos. El Derecho Internacional consuetudinario, sin embargo, tiene una naturaleza obligatoria universal. Debe subrayarse el hecho de que lo que en un momento determinado era un acuerdo internacional vinculante solo para los Estados parte puede convertirse en derecho consuetudinario para toda la comunidad internacional. Un claro ejemplo de ello es el Convenio IV de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907 que, tal y como lo reconoció el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg en 1946, se había convertido en Derecho Internacional consuetudinario en 1939 y era por tanto vinculante para Alemania y para sus nacionales.

A través del análisis de la posición de España respecto a la obligación de extraditar o juzgar se estará dando un paso hacia la respuesta a la gran pregunta: ¿Tiene la obligación de extraditar o juzgar carácter de derecho consuetudinario universal vinculante para toda la comunidad internacional?

Se procederá a analizar la práctica española siguiendo el siguiente orden: en primer lugar se analizarán los Tratados Internacionales multilaterales y bilaterales ratificados por España que, versando sobre violaciones graves de Derecho Internacional, hagan alusión directa a la obligación de extraditar o juzgar. En segundo lugar, se procederá al estudio detallado de la evolución de la legislación interna española en relación con la obligación de extraditar o juzgar para finalmente hacer referencia a la jurisprudencia que, de alguna manera, pueda vincularse a la obligación de extraditar o juzgar de los presuntos autores de crímenes internacionales.

⁴²BASSIOUNI, M.C., *International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815-1985* (2 vols. 1985).

3.1. Tratados multilaterales y bilaterales ratificados por España que contienen la obligación de extraditar o juzgar

Partiendo de una concepción monista del Derecho Internacional, defendida por autores como Kelsen, Scelle, Carrillo Salcedo⁴³, Díez de Velasco⁴⁴ o Remiro Brotons⁴⁵ la importancia del análisis de los Tratados ratificados por España en tanto que Derecho Internacional es más que evidente. Dentro de la doctrina monista, la escuela normativista, representada por Kelsen, defiende la unidad del ordenamiento jurídico cuyas normas encuentran su fundamento en “la norma fundamental” que a partir de 1934 situó este autor en el Derecho Internacional.

En el caso español, la Constitución, en su artículo 96.1 dispone que “Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. Aunque reconoce el carácter directamente ejecutable de los Tratados Internacionales, no proporciona una respuesta definitiva a la relación jerárquica existente entre la ley y el Tratado Internacional. La consideración de los artículos 93 y 94 permite apreciar que no todos los Tratados exigen una ley orgánica para su aprobación, de forma que algunos conllevan una tramitación semejante a la que se requiere para aprobar una ley ordinaria.

El apartado 5º del artículo 1 del Código Civil establece que “Las normas jurídicas contenidas en los Tratados Internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”.

En la discusión doctrinal acerca de la posición que ocupan los Tratados en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico de un Estado ha prevalecido, en el caso español y en

⁴³ CARRILLO SALCEDO, J. A., Curso de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p.150. El Profesor Carrillo reconoce la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno a la vez que afirma la validez en el ámbito interno de las normas internas contrarias a Derecho Internacional siendo el Estado responsable internacionalmente por su violación, debiendo éste conceder una indemnización o satisfacción correspondiente. Este autor lamenta más adelante (p.156) el que la Constitución no reconozca sin duda alguna indirecta la supremacía del Derecho Internacional convencional “cuando hubiera sido preferible, más conforme con la tradición española y más acorde con la tendencia de muchas constituciones modernas, una fórmula más directa que consagrara la primacía del Tratado sobre la norma interna”.

⁴⁴ DIEZ DE VELASCO, M., Instituciones del Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p.243.

⁴⁵ REMIRO BROTONS, A, Derecho Internacional público, 2. Derecho de los Tratados, Madrid, 1987, págs. 264-265.

el ámbito que nos ocupa, la posición que afirma que “la primera fuente a tener en cuenta y que prima sobre las demás en el Derecho Extradicional es el Tratado⁴⁶”.

Así, actualmente se reconoce el predominio de concepciones del Derecho Internacional más moderadas en virtud de las cuales se mantiene que “una norma interna contraria al Derecho Internacional es válida y obligatoria en el plano interno, aunque haga incurrir en responsabilidad internacional al Estado en cuestión, por incumplimiento de una norma internacional que le vincule y obligue⁴⁷”. La primacía del Derecho Internacional sobre el interno y la primacía de los Tratados Internacionales y su aplicación directa o automática en el ámbito de la extradición viene siendo apoyada no sólo por la mayoría de la doctrina española sino por las resoluciones de los distintos órganos judiciales españoles: el Tribunal Constitucional⁴⁸, el Tribunal Supremo⁴⁹ y la Audiencia Nacional⁵⁰.

Esta postura es ampliamente defendida en el ámbito internacional tanto a nivel doctrinal⁵¹ como a nivel jurisprudencial⁵².

La suprallegalidad de los Tratados internacionales y la inconstitucionalidad de los mismos se desprende de l artículo 95.1 de la Constitución que permite expresamente la conclusión de Tratados que contengan estipulaciones contrarias a ellas, aunque con la

⁴⁶ GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el Ordenamiento Interno Español, Internacional y Comunitario*, Editorial Comares, Granada, 2005, p.84. En sentido contrario y crítico con esta concepción de primacía del Tratado esta autora cita a Pastor Borgoñón, Miguel Zaragoza y Muñoz Conde.

⁴⁷ DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p.86 citando a Carrillo Salcedo, J.A., “Curso de Derecho Internacional Público, Madrid, 1994, p.149 y a J.D. Sánchez Rodríguez, L.I., Andrés Sáenz de Santamaría, P. *Curso de Derecho Internacional Público*, 7ª Edición, Madrid, 2002, Civitas, p.272.

⁴⁸ STC 11/85 de 30 de enero de 1985 que dictamine que es aplicable el plazo de detención preventiva más amplio que recoge el Convenio Europeo de Extradición por tener éste primacía sobre la ley interna española, cuyo plazo de detención preventiva era menor; STC 87/2000 de 27 de marzo de 2000 en la que se reconoce la competencia de un Tribunal italiano para conocer de un delito de tráfico de drogas cometido por un español en España en base a la primacía de los Convenios Internacionales firmados en este sentido por España (Convenio Europeo de Extradición) sobre la Ley de Extradición Pasiva que prohíbe la extradición de nacionales. También en este sentido podemos encontrar la STC 102/2000 de 10 de abril de 2000 que recoge en sus fundamentos jurídicos 6 y 8 pronunciamientos en este sentido.

⁴⁹ Ver STS de 27 de abril 1859, de 16 de marzo de 1935, de 14 de diciembre de 1963, de 8 de Febrero de 1974, de 6 de mayo de 1974, de 6 de noviembre de 1968 (núm. 4530) y de 22 de mayo de 1989 (3877).

⁵⁰ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 30 de junio de 1998 y de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la AN de 19 de mayo de 1998.

⁵¹ CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, New York, 2008, p.352. Referring to the International Tribunals, this author asserted that: “They have held that, by virtue of a well-established principle of international law, states may not invoke their national legislation, even of constitutional rank, to evade an international obligation”.

⁵² Ver Order of the ICTY President in Blaskic (3 april 1996, S7), the annual report for 1996 of the ICTY President to the General Assembly (A/51/292, 16 august 1996) at S 182 as well as Milosevic (decision on preliminary motions (S47)).

exigencia indispensable de que previamente se lleve a cabo la necesaria revisión de la Constitución.

La CDI, en primer lugar, solo cita a los Estados información acerca de los Tratados firmados que contengan la obligación de extraditar o juzgar así como de las reservas formuladas por los mismos para limitar el alcance de esa obligación.

A efectos de esta investigación, en el ámbito de los instrumentos convencionales, el análisis de los Tratados que contengan la obligación de extraditar o juzgar se circunscribirá a aquellos que tengan por objeto la regulación de las violaciones graves del Derecho Internacional.

El artículo 2.1.a del Convenio de Viena de 1969 define al Tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o en más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

En cuanto a la obligatoriedad, efecto general de los Tratados que aquí nos interesa, ésta puede fundamentarse según autores como Díez de Velasco⁵³ o Malcolm N. Shaw⁵⁴ en el principio de derecho consuetudinario *pacta sunt servanda*, que se consagró como regla general en lo relativo a los efectos generales del Tratado en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas.

El citado Convenio, en su artículo 27, también recoge el principio de la primacía en la aplicación del Derecho Internacional sobre el Derecho interno y busca impedir que una parte invoque las disposiciones de su Derecho interno para justificar el incumplimiento de un Tratado.

Una extensa jurisprudencia internacional también reconoce el principio *pacta sunt servanda* como fundamento de la naturaleza obligatoria de los Tratados ratificados⁵⁵.

El término “law making treaties” hace referencia a aquellos Tratados que pretenden tener efectos generales y a través de los cuales los Estados elaboran su percepción del Derecho Internacional en relación a un tema dado o establecen nuevas normas que los

⁵³ DIEZ DE VELASCO, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, p.196, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.

⁵⁴ MALCOLM N. SHAW, International Law, p.94, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008.

⁵⁵ Asunto del trato de los nacionales polacos en el territorio de Dentzing, C.P.J., Serie A/B, n.44:28, y asunto de las escuelas minoritarias en Albania Serie A /B, n.64 :19-20; asunto de los nacionales americanos en Marruecos, C.I.J., Rec. 1952: 212, y asunto de la competencia en materia de pesquerías, C.I.J., Rec.1973: 18.

deben guiar en el futuro en su conducta internacional. Estos Tratados internacionales requieren la participación de un gran número de Estados y pueden producir normas vinculantes para todos⁵⁶. Tal y como puso de manifiesto la jurisprudencia internacional con los casos North Sea Continental Shelf, las partes que no ratifican un Tratado no están vinculadas por el mismo; sin embargo, cuando los Tratados reflejan el Derecho Internacional consuetudinario, los Estados no-parte quedan obligados por el hecho de que estas disposiciones reflejan el Derecho Internacional consuetudinario.

A través del análisis de los Tratados ratificados por España se pretende, por un lado contribuir a esclarecer la naturaleza de los Tratados multilaterales que contienen la obligación de extraditar o juzgar, extrayendo, consecuentemente, la naturaleza misma de la mencionada obligación, y por otro lado, acercarnos más a la postura de España en relación a la citada obligación a través del análisis de los referidos Tratados y de los Tratados bilaterales ratificados que alberguen este principio.

3.1.1. Tratados multilaterales ratificados

¿Qué implica la ratificación de un Tratado internacional? El artículo 11 del Convenio de Viena reconoce el carácter facultativo de una u otra forma de obligarse (firma, canje de instrumentos, ratificación, aceptación, aprobación adhesión o cualquier otra forma que se hubiere convenido).

En el caso español, en la fase final de la manifestación del consentimiento en obligarse por un Tratado internacional, España estará condicionada por el órgano al que corresponda calificar si un Tratado particular entra dentro de los supuestos del artículo 93 o del artículo 94.1 de la Constitución, en cuyo caso se requiere la previa autorización de las Cortes o si forma parte de los Tratados recogidos en el artículo 94.2, para los cuales la Constitución no exige esta autorización previa. En principio, esta calificación la lleva a cabo el Gobierno. En cuanto a la ratificación como práctica específica española, se ha de subrayar que el artículo 63.2 de la Constitución lo regula como sigue: “al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de Tratados, de conformidad con la Constitución y las Leyes”. Sin entrar a analizar las distintas interpretaciones de este artículo, la práctica interna en este ámbito es que el Rey manifiesta el consentimiento del Estado para

⁵⁶ Supra nota al pie 30 p.95.

obligarse internacionales por medio de Tratados siempre que éstos hayan de ser objeto de ratificación o de adhesión⁵⁷.

España es parte en numerosos Tratados o Convenios Internacionales multilaterales que recogen bajo distintas fórmulas la obligación de extraditar o juzgar de los presuntos autores de violaciones graves de Derecho Internacional⁵⁸.

El carácter deficiente y confuso de las fórmulas utilizadas en los instrumentos convencionales para hacer referencia a la obligación de extraditar o juzgar es de sobra conocido en el ámbito doctrinal⁵⁹.

Por este motivo, se ha optado aquí por partir del siguiente presupuesto: en esta investigación, para identificar la referida obligación como comprendida en un Tratado, solamente se van a tener en cuenta aquellos Tratados que enuncien de manera literal la obligación de extraditar o juzgar. Por consiguiente, conviene aclarar, con carácter previo, que aquellas expresiones que no aludan directamente a esta alternativa sino que recojan obligaciones como “tomar medidas para prohibir y promover toda actividad contraria a las disposiciones de la Convención⁶⁰”, “obligación de castigar⁶¹” o “tomar las medidas necesarias para implementar y hacer cumplir efectivamente las disposiciones de este Protocolo⁶²” que, siendo interpretadas de manera amplia puedan ser concebidas como aglutinadoras *del aut dedere aut judicare*, serán obviadas.

Para comprender la subsiguiente clasificación, es preciso aludir, de manera introductoria, a los términos en los que se recoge el *aut dedere aut judicare* en el

⁵⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., “Curso de Derecho Internacional Público, Ed. Civitas, 2008, Madrid, p.250.

⁵⁸ BUENOS AIRES, F., DE MIGUEL ZARAGOZA, J., Manual de Derecho Penal Internacional, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, p. 224: “En los tratados universales y regionales, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la regla se generaliza, ...”, Más abajo: “El modelo que se está imponiendo es el de la generalización de la aplicación del principio en toda hipótesis de denegación de la extradición. Hay sin embargo excepciones, de manera que la regla entra en juego únicamente si se deniega la extradición por razón de nacionalidad o competencia territorial del Estado requerido”.

⁵⁹ WISE, E and Bassiouni, M.C, *Aut Dedere Aut Judicare*,: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, p.3; BASSIOUNI, M.C., *International Extradition: United States Law and Practice*, Oceana, Oxford University Press, New York 2007, p.12.

⁶⁰ Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD) de 10 de diciembre de 1976, art. 4.

⁶¹ Convención sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926, art.6; Convenio sobre el trabajo forzoso de 28 de junio de 1930, art. 25; Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad de 11 de octubre de 1933, art.1.

⁶² Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados de 25 de mayo de 2000, art. 6.

Estatuto de Roma, instrumento convencional regulador del único tribunal penal internacional de carácter permanente, la Corte Penal Internacional, cuyos preceptos inspiran el propio alcance del análisis de la obligación de extraditar o juzgar en este trabajo.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) de 17 de julio de 1998 establece la competencia residual de la Corte para investigar y enjuiciar a los autores de los delitos regulados en este instrumento. Esta declaración encierra en sí el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar en relación con los crímenes internacionales de competencia de la CPI, ya que la actuación residual de la CPI para enjuiciar al autor del crimen internacional en cuestión está condicionada precisamente por la incapacidad del Tribunal nacional para enjuiciar y sancionar esa conducta. Los artículos 17 a 19 reconocen la prioridad de los Tribunales nacionales sobre la CPI, a excepción de circunstancias especiales en las que la CPI está legitimada a ejercitar su jurisdicción. Esta complementariedad viene recogida en el párrafo 10 del Preámbulo así como en el artículo 1 del Estatuto. De manera más detallada, la complementariedad de la CPI se describe en los artículos 15, 17, 18 y 19 del Estatuto y ha sido extensamente analizada por la doctrina.

Hay dos supuestos en los cuales la CPI estaría legitimada para ejercitar su jurisdicción. Por un lado, el caso de que el Estado no tenga intención o capacidad para llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento. Por otro lado, la concurrencia de una gravedad suficiente que la justifique. Los conceptos “falta de disposición” y la “incapacidad” referidas se detallan en los artículos 17.2 y 17.3 del Estatuto.

En cualquier caso, lo que queda claro en el Estatuto con esta minuciosa regulación del ejercicio supletorio de la jurisdicción de la Corte es que este instrumento, en primera instancia, reconoce implícitamente la obligación de juzgar a los autores de los crímenes internacionales recogidos en el citado Estatuto. La creación en sí de esta Corte Internacional obedece al interés por cubrir esa laguna legal a fin de que la falta de voluntad o capacidad de los Estados para juzgar a los autores de estos delitos no impida su enjuiciamiento.

En cuanto a la alternativa de extraditar o juzgar en relación con la CPI, ésta también puede entenderse recogida dentro de los citados artículos, aunque la terminología utilizada para referirse a ella varía en relación a la extradición habitual entre Estados. Así, en los casos en los que la Corte está legitimada para ejercer su jurisdicción y requiere a un Estado para investigar y enjuiciar al sujeto en cuestión se habla de

“entrega” (artículo 89) y no de “extradición”. La distinción entre estos dos términos, cuya descripción puede encontrarse en el artículo 102 del Estatuto de Roma, viene siendo apoyada por los Tribunales Internacionales tal y como ponen de manifiesto informes hechos por los mismos⁶³.

Esta variable terminológica ha sido ampliamente discutida por la doctrina⁶⁴, que con frecuencia ve en ella un reconocimiento de una superioridad de la jurisdicción de la CPI en relación con la jurisdicción de otros Estados que solicitan al Estado requerido la “extradición” y no la “entrega” del imputado. Esta posición de primacía de la Corte Penal Internacional, aunque maquillada por su naturaleza subsidiaria, queda plasmada en tanto que es este órgano el que decide sobre la concurrencia de los motivos que justifican su intervención subsidiaria⁶⁵.

A través de la regulación de las solicitudes requerentes en el artículo 90, el Estatuto de Roma también viene a reconocer la posibilidad de extraditar a otros Estados partes o no partes en el Estatuto. En este artículo se establecen los criterios para determinar la prioridad en caso de que tanto un Estado parte como no parte en el Estatuto y la CPI pretendan ejercer su jurisdicción sobre un mismo asunto y para ello requieran conjuntamente al Estado en cuestión.

Por otro lado, la obligación general de cooperar entre los Estados parte se reconoce en el artículo 86 del Estatuto.

En cualquier caso, e independientemente de la naturaleza de la jurisdicción de la CPI, el Estatuto de Roma es un instrumento internacional que claramente reconoce la obligación de extraditar o juzgar. Su propio nacimiento y competencia subsidiaria o

⁶³ ICTY President’s report to the UN General Assembly on the activities of the Tribunal during 1997 (UN Doc. A/RES/52/475, 18 september 1997, ss186-9; also in ICTY Yearbook 1997 at 145).

⁶⁴ CHERIF BASSIOUNI, M. *Internacional Extradition, United States Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 28. Él cita para argumentar esto el artículo 102 del Estatuto de Roma: <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm>: “To distinguish between inter-state procedures and those involving states and international criminal tribunals, the term “surrender” is used instead of “extradition”; CASSESE, A., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p.252: “Surrender means the delivering up of a person by a state or other entity to the competent international criminal tribunal. The purpose of this distinction (between surrender and extradition) is to make the surrender process more efficient than extradition”; GARCIA SANCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 60: “aquí se trata de la entrega de un Estado a la Corte Penal Internacional, jerárquicamente superior, y no de la relación entre dos Estados, aunque sirve para idénticos objetivos”.

⁶⁵ GOMEZ CAMPELO, E., *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, Servicio de Publicaciones Universidad de Burgos, Burgos, 2005, p.211. Se analizan las cuestiones de admisibilidad en cuya virtud la Corte decidirá si el asunto que se les plantea incurre en su campo de actuación para su investigación y posterior enjuiciamiento (art. 17,1 y 19,1 del Estatuto de Roma).

naturaleza complementaria⁶⁶ pretenden posibilitar la efectividad de la obligación de extraditar o juzgar; uno de los principios motivadores que subyace a la creación de la CPI es precisamente su carácter de instrumento de lucha contra la impunidad en tanto que competente, en última instancia a falta de un enjuiciamiento por los Estados competentes, para conocer de los crímenes internacionales.

A continuación, se recogen los Tratados internacionales multilaterales que recogen la prevención y sanción de los crímenes internacionales comprensivos de la referida obligación y ratificados por España. Para el análisis de los mismos, estos instrumentos convencionales serán divididos atendiendo a la siguiente clasificación:

3.1.1.1. Jurisdicciones penales internacionales ad hoc

➤ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex - Yugoslavia y Ruanda

El Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los posibles responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia (TPIY) fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la Resolución 827 en 1993. Por su parte, el Tribunal Internacional para Ruanda (TPIR) se crea a partir de la Resolución 955 de este mismo órgano en 1994. Estos dos Tribunales fueron creados en aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y, en lo que concierne a esta investigación, lo relevante de los Estatutos que los regulan es su referencia en los artículos 29⁶⁷ y 28.2⁶⁸ respectivamente y en los mismos términos a la obligación de entrega por parte de todos los Estados de los presuntos autores de los crímenes de competencia de estos Tribunales a estos órganos, en caso de que los mismos así lo requieran. Por lo tanto, los artículos aquí referidos, aunque en su primer apartado aluden al deber de los Estados de cooperar con el Tribunal Internacional en la investigación y enjuiciamiento de personas acusadas de cometer violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, en su segundo párrafo especifican que la obligación de entrega al Tribunal Internacional, a requerimiento del mismo, no es alternativa al enjuiciamiento por parte de los Tribunales

⁶⁶ CASSESE, A. International Criminal Law, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, p.342; BASSIOUNI, M. C, International Extradition: United States Law and Practice, Oceana, Oxford University Press, New York, 2007, p.28.

⁶⁷ http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf.

⁶⁸ <http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute/2007.pdf>.

nacionales sino que goza de primacía. Sin embargo, para obtener una idea más precisa de la formulación del principio en estos Estatutos, también hay que atender a los preceptos que en los mismos reconocen la competencia jurisdiccional tanto de los tribunales nacionales como de los internacionales (art. 9 Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia y art. 8 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda). En este sentido, el TPIY reconoce la aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar a través de la afirmación de que las jurisdicciones nacionales de los Estados de la Ex Yugoslavia, como las de cualquier Estado, se encuentran en el derecho consuetudinario de extraditar o juzgar a las personas presuntamente responsables de graves violaciones del Derecho Internacional humanitario. Añade este órgano que la primacía del Tribunal se ejerce sobre el conjunto de las jurisdicciones nacionales, pudiendo intervenir y juzgar si esas jurisdicciones faltan a esa obligación consuetudinaria⁶⁹.

Se puede concluir pues, que la obligación de entregar a un Tribunal Internacional o juzgar queda plasmada en estos dos Estatutos a través de la interpretación conjunta de los citados artículos, pero que la misma presenta características específicas y a que no estamos, en estos casos, ante una obligación alternativa en sentido amplio en tanto que se reconoce la primacía de la jurisdicción del Tribunal Internacional frente a las jurisdicciones nacionales. Tampoco se hace alusión en ningún momento a la extradición, siendo la entrega el instrumento que en este ámbito rige con carácter exclusivo las relaciones entre los Tribunales nacionales y los Tribunales Internacionales.

La naturaleza de Resolución del Consejo de Seguridad en virtud de la cual se crean estos Tribunales, que se dicta en base al Capítulo VII de la Carta, explica que todos los Estados que hayan ratificado la Carta de las Naciones Unidas quedan obligados por ella de manera automática sin necesidad de ratificación expresa de los referidos Estatutos. No obstante, muchos Estados han adoptado medidas para adaptar su legislación interna a estos Estatutos. España se encuentra entre los señalados países tal y como muestra la aprobación de las leyes orgánicas 15/1994 de 1 de junio para la cooperación con el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidos en el territorio de

⁶⁹ Prosecutor v. TIH OMIR B LASKIC, IT-95-14-AR (Judgement on the request of the Republic of Croatia for Review of the decision of the trial chamber II of 18 July 1999) de 29 de octubre de 1997, párrafo 29. citado por Olle Sese, supra, p. 242.

la ex – Yugoslavia y la LO 4/1998 de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda.

A través de esta legislación, el Estado español corrobora su reconocimiento de la obligación de entregar a un Tribunal Internacional o juzgar así como al carácter prioritario de la jurisdicción de los Tribunales Internacionales creados por el Consejo de Seguridad.

La propia ratificación de este Estatuto puede ser interpretada como un reconocimiento implícito al principio *aut dedere aut judicare* en tanto que afirma la competencia de un Tribunal Internacional para enjuiciar el ilícito en el caso de que el órgano judicial nacional no pueda o no quiera hacerlo. El reconocimiento por parte de los Estados de un instrumento que apoya su efectiva aplicación en el Capítulo VII de la Carta de la Naciones Unidas legitima la competencia de estos Tribunales en tanto que garantizadora del efectivo cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar como mecanismo, quizás más realista y concreto, y por ende más efectivo, de lucha contra la impunidad.

3.1.1.2. Instrumentos de Derecho Internacional Humanitario

➤ Los Convenios de Ginebra I, II, III, y IV

Los Convenios de Ginebra forman, junto con los Protocolos Adicionales a los mismos, lo que se conoce como el núcleo del Derecho Internacional Humanitario, es decir, el derecho aplicable al desarrollo de las hostilidades en el marco de un conflicto armado. Sus preceptos se concentran en tipificar y prohibir aquellas conductas consideradas crímenes de guerra.

Los Convenios de Ginebra fueron firmados por España el 8 de diciembre de 1949, siendo ratificados el 4 de agosto de 1952. No consta ninguna reserva hecha a los mismos⁷⁰.

La obligación alternativa de extraditar o juzgar está recogida en los siguientes términos en los artículos 49, 50, 129 y 46 respectivamente:

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su

⁷⁰ State Party to the Geneva Conventions,
<http://www.icrc.org/IHL.NSF/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P>

nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”.

La doctrina coincide en entender comprendida la referida obligación alternativa en este precepto⁷¹. A nivel jurisprudencial, en relación a este precepto, en ocasiones se ha interpretado que los términos en los que se enuncia esta obligación otorgan prioridad al enjuiciamiento en el Estado de la detención sobre la extradición. Es el caso de la opinión particular de la Jueza Van Den Wyngaert en el Asunto Congo/Bélgica (2002), que además de afirmar que estos Convenios son los que recogen por primera vez en la historia la obligación de extraditar o juzgar⁷², sugiere que en el caso de los instrumentos aquí estudiados es posible sostener que la extradición tiene carácter subsidiario en relación con el enjuiciamiento, apoyando la aplicabilidad del *principio primo prosequi, secundo dedere* doctrinalmente⁷³.

➤ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977

El Protocolo I relativo a la *protección de víctimas de los conflictos armados internacionales* fue firmado por España el 7 de noviembre de 1978 y ratificado el 21 de abril de 1989. En su artículo 88, este Protocolo recoge la obligación de cooperar con otros Estados en el enjuiciamiento y extradición: “(...) cuando las circunstancias lo permitan, las Altas Partes contratantes cooperarán en materia de extradición”. A pesar de que la referencia al *aut dedere aut judicare* en este caso no es evidente, algunos autores han interpretado que tanto este precepto como el artículo 6 del Protocolo Adicional II que, como única referencia a la referida obligación regula el enjuiciamiento y la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado, recogen esta obligación de manera implícita⁷⁴.

⁷¹ BUENO ARUS, F., DE MIGUEL ZARAGOZA, J., Manual de Derecho Penal Internacional, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p.225.

⁷² Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000, (République Démocratique du Congo c. Belgique), Arrêt du 14 Février 2002, Opinion Dissidente de Mme Van Der Wyngaert P. 174, Cour Internationale de Justice.

⁷³ The Geneva Conventions of 1949 are unique in that they provide a mechanism which goes further than the “aut dedere aut judicare” model and which can be described as “aut judicare, aut dedere”, or, even more poignantly, as “primo prosequi, secundo dedere”. See, respectively, R. van Elst. Loc. Cit., pp.818-819; M. Henzelin, op. Cit. P.353, para.1112 en supra Opinion Dissidente, p. 176.

⁷⁴ Supra BUENO ARUS, F., DE MIGUEL ZARAGOZA, J., p.225.

➤ Segundo Protocolo de la Convención de la Haya de 1954 para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, 1999

El Estatuto de Roma de 1998 en su artículo 8.2.e.iv establece el carácter de crimen internacional en tanto que crimen de guerra del ataque a bienes culturales:

“Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupan a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares”.

Este Protocolo fue ratificado por España el 7 de julio de 2001.

En relación a la presencia de la obligación de extraditar o juzgar en este Protocolo, el artículo 17 recoge la obligación de juzgar como alternativa a la extradición: “La Parte en cuyo territorio se comprobare la presencia del presunto autor de una de las infracciones enunciadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 15, si no extradita a esa persona, someterá su caso sin excepción alguna ni tardanza excesiva a las autoridades competentes para que la procesen con arreglo a un procedimiento conforme a su derecho nacional o, si procede, a las normas pertinentes del Derecho Internacional”.

El artículo 18 tiene como finalidad posibilitar la extradición a todos los Estados Parte, bien sean Estados que requieran un Tratado específico para proceder a la extradición, en cuyo caso este instrumento actuaría como tal, bien incluyendo a las infracciones reconocidas en estos Protocolos como “incluidas entre las que dan lugar a extradición en todo Tratado de Extradición concertado entre Partes con anterioridad a la entrada en vigor del presente Protocolo”. El apartado 3 de este artículo cubre las posibilidades restantes estableciendo que “Las Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán las infracciones indicadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 15 como casos de extradición entre ellas, con sujeción a las condiciones estipuladas en la legislación de la Parte requerida”. La posibilidad de reconocer las infracciones reguladas en este Protocolo como perpetradas “no sólo en el lugar en que se perpetraron, sino también en el territorio de las Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 16” pone de manifiesto el interés que subyace a este Protocolo por facilitar en todo lo posible la efectiva extradición de los autores de las infracciones.

La forma en la que se establece la mencionada obligación en este instrumento no deja duda acerca de que la obligación de extraditar o juzgar aquí regulada preten de

establecer previsiones para todos los supuestos imaginables con el fin de materializar el principio que subyace a esta obligación que consiste en garantizar que el presunto autor del crimen internacional sea juzgado.

3.1.1.3. Instrumentos de protección de los derechos humanos

➤ Convenio Internacional sobre la Supresión de Actos de Terrorismo Nuclear de 13 de abril de 2005

El terrorismo nuclear es, por su esencia misma y por el alcance de sus daños, indiscriminado y por tanto puede ser constitutivo de un crimen de lesa humanidad en tanto que asesinatos cometidos como parte de un ataque generalizado contra la población civil (artículo 7.1.a del Estatuto de Roma).

España procedió a la firma de este instrumento el 14 de septiembre de 2005. La ratificación del mismo tuvo lugar el 22 de febrero de 2007⁷⁵.

El artículo 11 alude específicamente a la obligación de extraditar o juzgar al presunto autor del crimen. Esta obligación se enuncia en este Convenio en términos alternativos: se establece la obligación de los Estados Parte de remitir, sin dilaciones indebidas, el caso a las autoridades competentes para el enjuiciamiento en el supuesto de que no se haya procedido a la extradición.

➤ Convenio Internacional para la represión de los actos terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997

El mismo razonamiento esgrimido en el apartado anterior puede utilizarse para justificar la inclusión de este Convenio en este grupo. En este instrumento, la obligación de extraditar o juzgar se recoge en el artículo 8.1 de manera expresa en términos alternativos que parecen sugerir el carácter subsidiario de la extradición. España lo ratifica el 30 de abril de 1999.

⁷⁵http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XVIII~15&chapter=18&Temp=mtdsg3&lang=en

➤ Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948

España ratifica este Convenio el 13 de septiembre de 1968.

En el artículo I, este Convenio reconoce el genocidio como crimen de Derecho Internacional y el deber de los Estados partes a prevenir y sancionar este crimen. En el artículo IV se reconoce la obligación de castigar a los autores de los delitos de genocidio: “ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares⁷⁶”.

El artículo VII establece que el delito de genocidio no será considerado delito político. La segunda parte de este artículo reconoce la obligación de las Partes contratantes a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes.

Consecuentemente, en este instrumento, a través de diversos artículos, se reconoce la mencionada obligación alternativa mediante terminología ya en desuso. Así, se hace referencia a la obligación de extraditar como alternativa a la obligación de castigar, expresión que si bien fue utilizada en sus orígenes, quedó desfasada por su contradicción con el principio de presunción de inocencia, siendo sustituida por la obligación de juzgar al consolidarse en la Comunidad Internacional el Estado de Derecho y los principios que inspirarían este sistema.

Por lo tanto, en este caso, a pesar de que los vocablos utilizados no se refieren específicamente a la obligación de extraditar o juzgar, podemos entender por analogía, que puede aplicarse en este caso a pesar de tratarse de Derecho Penal en tanto que la interpretación analógica que se deriva de la misma no sólo no perjudica sino que beneficia el reo, limitándose realmente a adaptar los términos de este Convenio a los principios generales del derecho contemporáneo.

➤ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 7 de diciembre de 1984

Una vez esbozado el contexto en el cual debe analizarse este instrumento y explicado el reconocimiento de la naturaleza de crimen internacional de la tortura, es necesario mencionar que España lo ratifica el 21 de octubre de 1987⁷⁷.

⁷⁶ Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, Artículo IV, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm>

⁷⁷ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en

La fórmula utilizada en este instrumento para regular el *aut dedere aut judicare*, aunque se presenta en términos alternativos, parece reconocer cierto carácter subsidiario a la obligación de juzgar en relación con la de extraditar. Así, el artículo VII recoge la obligación de juzgar en los siguientes términos: “El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”.

También contiene este instrumento previsiones que regulan de manera detallada la extradición y que recogen simulaciones con el fin de posibilitar la extradición en determinados casos (artículo VIII).

➤ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 21 de marzo de 1950

Los delitos a los que se refiere este instrumento internacional también pueden ser clasificados como crímenes de lesa humanidad en tanto que integrantes de la categoría de esclavitud.

España ratificó este Convenio el 18 de junio de 1962⁷⁸.

El artículo 9 regula específicamente la obligación de juzgar en caso de que no se proceda a la extradición de un nacional de un Estado que por ley no permita la extradición de nacionales, por lo que se pone de manifiesto el reconocimiento del carácter alternativo de la referida obligación en el presente instrumento, cuya fórmula, como en el caso anterior, parece atribuir a la opción del enjuiciamiento un cierto carácter subsidiario.

➤ Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 20 de diciembre de 2006

La pertenencia de las desapariciones forzadas a la categoría de crimen de lesa humanidad se desprende no sólo de su inclusión en el artículo 7.1 del Estatuto de Roma

⁷⁸http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en

sino que se enuncia en el artículo 5 de este mismo instrumento: “la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad”.

España ratifica esta Convención el 24 de septiembre de 2009⁷⁹.

En este caso, podemos encontrar el reconocimiento a la obligación de extraditar o juzgar en el artículo 9, que tal y como señala Ollé S esé, no sólo reconoce el *aut dedere aut judicare* sino que alude a la vigencia del principio de jurisdicción universal en relación a las violaciones graves de Derecho Internacional regulados por este instrumento⁸⁰.

3.1.2. Tratados multilaterales firmados

¿Qué implica la firma de un Tratado?

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente en relación a la ratificación como práctica específica española necesaria en aquellos casos en los que los Tratados hayan de ser objeto de ratificación o de adhesión, ha de afirmarse que en el Derecho Internacional los efectos de las distintas manifestaciones del consentimiento por parte de los Estados no presentan un carácter homogéneo. Así, no sólo se atribuyen distintos efectos a los distintos instrumentos en función de los países sino que dentro de los propios Estados hay divergencia de opiniones en relación a los efectos y vinculabilidad que deben asignarse a las distintas manifestaciones. El artículo 11 del Convenio de Viena establece que: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”. Al interpretar este artículo, parte de la doctrina española asume el carácter facultativo de una u otra forma de obligarse⁸¹ mientras que otros autores se posicionan en otro sentido afirmando que la firma de un Tratado es competencia del Gobierno y no hace obligatorio su contenido para los contratantes⁸².

No obstante, y a pesar de que no haya una respuesta unívoca a la cuestión de los efectos que deben asignarse a las distintas manifestaciones del consentimiento en España, en este estudio se realiza una distinción entre los instrumentos convencionales firmados y ratificados.

⁷⁹ http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en

⁸⁰ Supra OLLÉ SESE, p.226-227.

⁸¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., SAÉNZ DE SANTA MARIA, P.A., “Curso de Derecho Internacional Público, Ed. Civitas, 2008, Madrid, p.243.

⁸² DÍEZ DE VELASCO, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p.185.

Entre los instrumentos convencionales relativos a crímenes de guerra en tanto que violaciones graves del Derecho Internacional firmados y no ratificados por España podemos encontrar el siguiente Protocolo:

➤ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo Adicional III)

La utilización indebida de los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra causando así muerte o lesiones graves está reconocida como crimen de guerra en el artículo 8.2.b.vii del Estatuto de Roma.

España firma este Protocolo el 23 de diciembre de 2005⁸³.

El artículo 6 establece que las disposiciones relativas a la prevención y represión de la utilización indebida dado al emblema distintivo recogidas en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos Adicionales se aplicarán igualmente a este Protocolo. Sin embargo, debe subrayarse que hay divergencias entre los Convenios y los Protocolos en relación a la naturaleza y reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar. Mientras en los Convenios se contempla específicamente la obligación alternativa de extraditar o juzgar, la previsión de los Protocolos en torno a esta cuestión no está tan clara.

3.1.3. Tratados bilaterales

El número de Tratados bilaterales que reconocen la obligación de extraditar o juzgar firmados por un Estado es indicativo de su posición en relación al reconocimiento del carácter de Derecho Internacional consuetudinario de dicha obligación.

Este apartado persigue averiguar cuál es la práctica de España en el ámbito de la firma de los Tratados bilaterales que reconocen esta obligación. Así, seguidamente se llevará a cabo una clasificación de estos Tratados en función de la forma en la que se contemple la referida obligación alternativa⁸⁴.

⁸³ <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=615&ps=S>

⁸⁴ Las dos fuentes principales para la investigación de los Tratados bilaterales en materia de extradición firmados por España son el volumen publicado por el Ministerio de Justicia en 2008: “Convenios de asistencia jurídica internacional en materia penal*” y el “Prontuario del CGPJ”, elaborado por dicha institución, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado: <http://www.prontuario.org/>

Algunos sectores de la doctrina española ya se han adentrado en la búsqueda del reconocimiento de la referida obligación en los tratados bilaterales firmados por España. En este sentido, Bueno Arús y de Miguel Zaragoza clasifican estos instrumentos en “tratados en los que no se prevé la aplicación de la regla, ni siquiera en el caso de no extradición de nacionales⁸⁵” y “tratados en los que se prevé la aplicación de la regla, en caso de no extradición de nacionales⁸⁶”.

En el plano bilateral, los Tratados y Convenios firmados suelen regular la extradición de los presuntos autores de ilícitos en términos generales, sin hacer referencia a determinadas categorías de ilícitos exigiendo en la mayoría de los casos una gravedad mínima para poder proceder a la extradición. Esta gravedad exige que la pena máxima que se le imponga al delito oscile, en la práctica totalidad de los instrumentos analizados, entre uno y dos años de privación de libertad. Por consiguiente, la gravedad de los ilícitos que conforman las violaciones graves de Derecho Internacional determina que los mismos estén siempre incluidos dentro de los casos extraditables.

La clasificación realizada divide a los instrumentos que seguidamente se analizarán en: Tratados que recogen de manera clara e inequívoca la obligación de extraditar o juzgar, Tratados que recogen excepciones a la obligación de extraditar o juzgar posibilitando la impunidad e instrumentos antiguos en los que la obligación de extraditar o juzgar se recoge en términos especiales.

3.1.3.1. Tratados que recogen de manera clara e inequívoca la obligación de extraditar o juzgar

➤ Convenio relativo a la extradición entre el Reino de España y la República Argentina Democrática y Popular, firmado el 12 de diciembre de 2006 (ratificado el 12 de mayo de 2008).

El presente instrumento recoge la obligación de extraditar o juzgar a los presuntos autores de delitos castigados por las leyes de ambas Partes con al menos dos años de

⁸⁵ Entre los históricos: tratados con Costa Rica (1896), Cuba (1905), Portugal (1867); y entre los modernos: Hungría (1985), Panamá (1997) o Bulgaria (1993) en BUENO ARÚS, F., DE MIGUEL ZARAGOZA, J., Manual de Derecho Penal Internacional, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p.223.

⁸⁶ Entre los históricos: tratados con Argentina (1881), Bélgica (1870), Chile (1895); y entre los modernos y en vigor sistemáticamente aparece la regla: Perú (1988), USA (Segundo Tratado suplementario 1988), Costa Rica (1997), Corea (1994), Venezuela (1989), Chile (1992), Marruecos (1997).

cárcel, entre los que se encuentran indudablemente las violaciones graves de Derecho Internacional, objeto de esta investigación. El compromiso que asumen las Partes, que queda plasmado en la obligación de extraditar en los términos regulados en el Convenio en su artículo 1⁸⁷, si es analizado junto con uno de los motivos de denegación de la extradición (artículo 4) que expone que “la persona reclamada es objeto de un procedimiento penal por delitos cometidos en el territorio de la Parte requerida por los hechos por los que se ha solicitado la extradición”, puede llevar a la conclusión de que el presente instrumento reconoce efectivamente la obligación alternativa de extraditar o juzgar.

➤ Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina, firmado el 3 de marzo de 1987 y ratificado el 26 de febrero de 1990 (BOE núm.170, de 17 de julio de 1990).

Este Tratado regula la obligación de extraditar o juzgar de manera diseminada a lo largo de diferentes artículos de este Tratado. Así, el artículo 2 dispone que los hechos que darán lugar a la extradición son aquellos “hechos sancionados, según las leyes de ambas partes, con una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a un año”, mientras que el artículo 3 establece que “También darán lugar a la extradición (...) los delitos incluidos en convenios multilaterales en los que ambos países sean parte”. La interpretación conjunta de este artículo con el artículo 11.a, que regula los supuestos en los que la extradición puede ser denegada: “Cuando fueren competentes los tribunales de la parte requerida, conforme a su propia Ley, para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición”, sugiere el reconocimiento del alternativo *aut dedere aut judicare*. La última frase de este apartado contribuye a dejar incuestionablemente claro el reconocimiento de la citada obligación alternativa en este Tratado: “Podrá, no obstante, accederse a la extradición si la Parte requerida hubiese decidido o decidiese no iniciar proceso o poner fin al que se estuviese tramitando”.

⁸⁷ “Las Partes se comprometen a entregarse recíprocamente, de acuerdo con las reglas y condiciones determinadas por el presente Convenio, y a solicitud de la otra Parte, a las personas que se encuentren en el territorio de la otra Parte, y que sean reclamadas para su enjuiciamiento o para la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta por las autoridades judiciales de la otra Parte, por un delito que dé lugar a la extradición”.

➤ Tratado de extradición entre España y Bolivia firmado en Madrid el 24 de abril de 1990 ratificado del 27 de febrero de 1995 (BOE número 128 de 30 de mayo de 1995).

Este Tratado reconoce la obligación de extraditar de los Estados Parte en los supuestos de delitos sancionados por ambos Estados por una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a un año y un día. El artículo 5 se refiere específicamente a la aplicabilidad de este instrumento a los crímenes de guerra objeto de esta investigación en tanto que dispone que los casos de crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y seguridad humanas no podrán ser considerados delitos políticos beneficiándose de la posibilidad de denegación de la extradición por el Estado requerido⁸⁸.

La obligación de extraditar o juzgar es también recogida de manera explícita en este instrumento en el artículo 7.2: “Si la Parte requerida no accediere a la extradición de un nacional por causa de su nacionalidad deberá, a instancia de la Parte requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente contra aquél”, y en el artículo 11.a. que enumera los motivos de denegación de la extradición: “Cuando fueren competentes los Tribunales de la Parte requerida, conforme a su propia ley, para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a la extradición si la Parte requerida hubiese decidido o decidiese no iniciar proceso o poner fin al que se estuviese tramitando”. La formulación del *aut dedere aut judicare* en este instrumento parece esbozarse en términos estrictamente alternativos en tanto que de la interpretación literal de las dos disposiciones mencionadas no puede esgrimirse el carácter subsidiario o secundario de ninguna de las dos opciones aglutinadas en la alternativa.

⁸⁸ A los efectos de este Tratado, en ningún caso se considerarán delitos políticos: a) El atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de Gobierno, o de un miembro de su familia. b) Los actos de terrorismo. c) Los crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Brasilia el 2 de febrero de 1988, ratificado el 18 de abril de 1990 (BOE número 148 de 21 de junio de 1990)

También en este caso se estipula que los hechos que dan lugar a la extradición son aquellos para los que ambas Partes prevean una pena privativa de libertad superior a un año, por lo que los crímenes internacionales aquí analizados quedan amparados por el mismo. Además, el artículo III.5.C hace una referencia explícita a la inclusión de los crímenes de guerra o contra la paz y seguridad de la humanidad dentro de los delitos a los que el Tratado es aplicable. Los artículos II I y IV formulan la obligación de extraditar o juzgar utilizando distintas expresiones. Así, el primero de estos artículos dispone que en el caso de que el Estado deniegue la extradición por ser el requerido nacional de este Estado: “Al no ser concedida la extradición, el individuo será sometido a proceso en el Estado requerido, a solicitud del Estado requirente, por el hecho determinante de la solicitud de extradición, salvo si tal hecho no fuese punible según las leyes del Estado requerido”. En el segundo artículo la referida obligación se reconoce en los siguientes términos: “No se concederá la extradición cuando el Estado requerido sea competente, según sus leyes, para juzgar el delito”.

De la interpretación literal de ambos enunciados podría deducirse que en este instrumento la opción de la extradición goza de preferencia en relación con la opción del enjuiciamiento por los tribunales del Estado requerido.

Entre los casos enumerados en el apartado B de este último artículo se incluyen aquellos en los que la persona reclamada esté sujeta a proceso o ya haya sido juzgada en el Estado requerido o en él haya sido amnistiada o indultada. Sin embargo, este supuesto no puede interpretarse como contradictorio con la obligación que viene siendo analizada. En este caso, se menciona la amnistía o el indulto como posibles causas de denegación de extradición pero esto no contraviene el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar en tanto que en ningún momento se está haciendo referencia al supuesto típico de impunidad que consiste en que el Estado requerido decida no investigar un determinado delito denegando por ello la extradición cuando ésta es solicitada por el otro Estado Parte en el Tratado, supuesto previsto en algunos Tratados de extradición aquí analizados.

La obligación de extraditar o juzgar regulada en este instrumento responde de manera evidente a la motivación de garantizar que los delitos amparados por este Tratado y de

competencia de alguno de los Estados Parte sean juzgados, bien por el Estado requerido, bien por el Estado requirente o bien por otra jurisdicción competente.

➤ Convenio de Extradición entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho «ad referendum» en Madrid el 20 de marzo de 2007

En este Convenio se recoge la obligación de extraditar o juzgar en los términos en los que la misma viene definiéndose en el presente trabajo de investigación: como una obligación alternativa cerrada cuya observancia por los Estados comprometidos a ello determina la imposibilidad de que el presunto autor de los delitos comprendidos en este Tratado (aquéllos para los que los Estados Parte prevén una pena privativa de libertad superior a un año) consiga evitar el enjuiciamiento.

Así, estando recogida la obligación de extraditar en el artículo 1, entre los motivos facultativos de denegación de la extradición se encuentra comprendido el que la Parte requerida posea jurisdicción respecto del delito al que se refiere la extradición.

Sin embargo, es el artículo 5.1 el que reconoce la vigencia de esta obligación de manera explícita: “Si se deniega la extradición de acuerdo con lo previsto en el apartado d) del artículo 3 y en el apartado a) del artículo 4 del presente Convenio, la Parte requerida deberá, a solicitud de la Parte requirente, someter el caso a sus autoridades competentes con la finalidad de iniciar un procedimiento penal por los hechos que dieron lugar a la solicitud de extradición, de acuerdo con su legislación interna”.

➤ Tratado de extradición entre España y Canadá hecho en Madrid el 31 de mayo de 1989 (BOE número 189 de 8 de agosto de 1990)

Este instrumento reconoce la obligación de extraditar o juzgar para los delitos a los que ambos Estados atribuyan una pena privativa de libertad de al menos un año. Es el artículo 4.1 el que retrata de manera evidente esta obligación: “si el Estado requerido deniega la extradición de un nacional suyo, someterá el asunto, a instancia del otro Estado, a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente contra dicha persona”. La interpretación literal de la articulación de este precepto parece sugerir que la opción de la extradición respecto a la opción del enjuiciamiento goza de una cierta primacía.

➤ Tratado de extradición y de asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Chile, firmado el 14 de abril de 1992 (BOE núm. 8 de 10 de enero de 1995)

Este Tratado recoge la obligación de extraditar o juzgar en los casos de concurrencia de “hechos sancionados, según las leyes de ambas Partes, con una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a un año” (artículo 1), así como los “delitos incluidos en convenios multilaterales en los que ambos países sean Parte” (artículo 3).

El reconocimiento de la referida obligación en el presente instrumento se pone de manifiesto en distintos artículos a lo largo del Tratado. Así, el artículo 7, que regula la extradición de nacionales y cuya formulación parece insinuar el carácter subsidiario de la opción del enjuiciamiento de nacionales respecto de la extradición, especifica, en su segundo apartado, que en el caso de que se deniegue la extradición en base a la nacionalidad del reclamado, la Parte requerida deberá “someter el asunto a las Autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente contra aquél”.

Otra referencia indirecta a la contemplación, en este instrumento, de la citada obligación puede encontrarse en el artículo 11.a que recoge las causas de denegación de la extradición facultativa: “Cuando fueren competentes los Tribunales de la Parte requerida, conforme a su propia ley, para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición”. La última frase hace un claro guiño a esta alternativa y al carácter subsidiario de la extradición mencionado en tanto que dispone que “podrá accederse a la extradición si la parte requerida hubiese decidido o decidiese no iniciar proceso o poner fin al que se estuviese tramitando”.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y la República Popular China de 14 de noviembre de 2005, ratificado el 30 de junio de 2006 (BOE número 75 de 28 de marzo de 2007)

Se vuelve a reconocer aquí la obligación de extraditar o juzgar en los mismos términos que la mayoría de los Tratados bilaterales analizados, aplicable a aquellos delitos castigados en ambas legislaciones con una pena privativa de libertad superior a un año. También aquí se reconocen motivos de denegación obligatorios y discrecionales, entre los que se encuentra el que la Parte requerida posea jurisdicción respecto del delito por

el que se solicita la extradición. El artículo 5 recoge la obligación de juzgar en el caso de que no se conceda la extradición en los siguientes términos: “Si se deniega la extradición (...) la Parte requerida deberá, a solicitud de la Parte requerente, someter el caso a sus autoridades competentes con la finalidad de iniciar un procedimiento penal de acuerdo con su legislación interna”. Los términos en los que se formula la alternativa en este instrumento insinúa el carácter prioritario de la extradición respecto a la opción del enjuiciamiento por parte de los tribunales nacionales.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Corea de 17 de enero de 1994 (BOE número 30 de 4 de febrero de 1995)

El artículo 1 de este instrumento bilateral recoge la obligación de extraditar en los casos de delitos enumerados en el artículo 2 (delitos castigados por la legislación de ambas partes con al menos 1 año de pena privativa de libertad). No obstante, la formulación de la obligación de extraditar o juzgar en este Tratado no es tan clara como en otros instrumentos. La misma solo se evidencia al regular el supuesto de denegación de la extradición por motivo de la nacionalidad del requerido: “Si la Parte requerida no accede a la extradición de un nacional, deberá, a instancia de la Parte requerente, someter el asunto a sus autoridades competentes a fin de que se emprendan las actuaciones judiciales que se consideren pertinentes”. Sin embargo, aunque de aquí parece inferirse el reconocimiento de esta obligación y el carácter prioritario de la opción de la extradición, si analizamos el apartado c) del artículo 3.1, que se refiere a los motivos obligatorios para la denegación de la extradición, podemos concluir en sentido contrario ya que la discrecionalidad que ampara este precepto a la hora de denegar la extradición podría traducirse en un caso de impunidad, en el que ninguna jurisdicción pueda llegar a conocer del asunto: “Si, de conformidad con la ley de cualquiera de las Partes Contratantes, la persona cuya extradición se solicita está libre de procesamiento o de castigo por algún motivo, incluida la prescripción”.

No obstante, aunque la expresión “algún motivo” pueda resultar dudosa, si asumimos que estos motivos tienen que estar amparados jurídicamente podemos seguir defendiendo, en el marco de este Tratado el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar por parte de los Estados firmantes.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Costa Rica, de 23 de octubre de 1997, (BOE número 175 de 23 de julio de 1998)

Una vez más, se reconoce, en este instrumento, el compromiso de los Estados Parte de extraditar en los casos de delitos para los que se prevea una pena privativa de libertad superior a un año. Este Convenio, en el apartado b de su artículo 5.1 se refiere a uno de los motivos de denegación obligatoria en los mismos términos difusos y aparentemente comprensivos de discrecionalidad que el Convenio que acabamos de analizar y por ende, siembra dudas acerca de la naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar que el mismo reconoce. El reconocimiento de la obligación alternativa de extraditar o juzgar tiene lugar, en este caso, en el apartado 2 del artículo 7: “Si la parte requerida no accede a la extradición de una persona por alguno de los motivos indicados, en este artículo o en el anterior deberá a instancia de la parte requirente, someter el asunto a sus autoridades correspondientes a fin de que se emprendan las actuaciones judiciales que se consideren pertinentes”. La interpretación literal de esta fórmula sugiere el carácter subsidiario de la alternativa de la extradición.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de el Salvador de 10 de marzo de 1997 (BOE número 38 de 13 de febrero de 1998)

Este Tratado recoge dentro de los motivos de denegación obligatoria de la extradición la posibilidad discrecional antes analizada en los siguientes términos: “Si, de conformidad con la ley de cualquiera de las Partes Contratantes, la persona cuya extradición se solicita está libre de procesamiento o de castigo por cualquier motivo, incluida la prescripción de la pena o de la acción penal”. Aunque la expresión cualquier motivo pueda resultar dudosa, si asumimos que estos motivos tienen que estar amparados jurídicamente podemos seguir defendiendo, en el marco de este Tratado, el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar por parte de los Estados firmantes.

Así, el apartado 2 del artículo 7 parece manifestarse en sentido contrario reconociendo la obligación de extraditar o juzgar en sentido estricto y la primacía de la alternativa de la extradición: “Si la Parte requerida no accede a la extradición de una persona por alguno de los motivos indicados en este artículo o en el anterior, deberá, a instancia de

la Parte requirente, someter el asunto a sus Autoridades correspondientes a fin de que se emprendan las actuaciones judiciales que se consideren pertinentes”.

➤ Tratado de extradición entre España y los Estados Unidos de América de 29 de mayo de 1970

Desde que el 1 de febrero de 2010 entrara en vigor el “Instrumento previsto en el artículo 3(2) del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de Junio de 2003, para la aplicación del Tratado de Extradición entre España y EEUU de 29 de mayo de 1979 y Tratado Suplementario de Extradición de 25 de enero de 1975, 9 de febrero de 1988 y 12 de marzo de 1996”, la regulación de algunos aspectos del Tratado bilateral de Extradición entre España y EEUU de 1970 se ven modificados por el citado Acuerdo entre la Unión Europea y los EEUU.

A los efectos del presente trabajo, la disposición que recoge la obligación alternativa de extraditar o juzgar es el artículo 4. Este precepto, que no ha sufrido alteración por la entrada en vigor del citado Instrumento, enuncia el *aut dedere aut judicare* en relación a la denegación de la extradición por razón de nacionalidad. El compromiso de las Partes con el efectivo enjuiciamiento del presunto autor de un ilícito, cuya pena máxima debe ser superior a un año de privación de libertad, se deduce del siguiente enunciado: “Si la extradición fuera rehusada exclusivamente por causa de nacionalidad, la Parte Requerida deberá, si lo solicitare la Parte Requirente, someter el caso a sus autoridades para su enjuiciamiento”. A la misma conclusión se puede llegar de manera indirecta a través de la lectura de las causas por las cuales no se concederá la extradición (artículo 5), enumeración que no es más que un reflejo de la aplicación de los principios generales del Derecho Penal Internacional (*non bis in idem* o no enjuiciamiento de los delitos políticos), y que en ningún caso pretende amparar supuestos de impunidad.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Honduras de 13 de noviembre de 1999 (BOE número 129 de 30/5/2002)

El artículo 1 de este instrumento reconoce la obligación de las Partes Contratantes de conceder la extradición para los casos de delitos que, en ambas legislaciones, se castiguen con una pena máxima de al menos un año de privación de libertad. El primero de los motivos de denegación obligatoria de la extradición reconocido en el apartado a)

del artículo 5.1. (“Si la persona cuya extradición se solicita está siendo objeto de proceso penal o ha sido juzgada y condenada en la Parte requerida por la comisión del delito por el que se solicita la extradición”) evidencia el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar en este instrumento así como el carácter prioritario que se le reconoce al enjuiciamiento por parte de los Tribunales nacionales en relación con la extradición.

No obstante, el reconocimiento explícito de esta obligación puede encontrarse en sentido contrario (en tanto que otorga primacía a la opción de la extradición) en este Tratado en el artículo 7.2 que, después de enumerar los motivos de denegación facultativa de la extradición, establece que “si la Parte requerida no accede a la extradición por alguno de los motivos indicados en el este artículo deberá, a instancia de la Parte requirente, someter el asunto a sus Autoridades correspondientes a fin de que se emprendan las actuaciones judiciales que se consideren pertinentes”.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de la India, hecho en Madrid el 20 de junio de 2002

La obligación de conceder la extradición para aquellos delitos castigados en ambos Estados con una pena privativa de libertad de al menos un año se recoge en este instrumento en su artículo 1. En este Tratado, la obligación alternativa de extraditar o juzgar, con cierta atribución de primacía a la opción de la extradición, está explícitamente recogida en el artículo 6 en los siguientes términos: “Un Estado Contratante podrá conceder la extradición de sus nacionales al otro Estado Contratante. En caso de que no se concediera la extradición, el Estado requerido, a petición del Estado requirente, someterá el caso a sus autoridades judiciales competentes si el acto cometido se considera también un delito que dé lugar a extradición con arreglo a la ley del Estado requerido”.

➤ Convenio relativo a la Asistencia Judicial Penal y a la Extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 24 de junio de 2009. (Reforma los 2 Convenios existentes de 30 de mayo de 1997)

La obligación de concederse recíprocamente la extradición para aquellos delitos que en ambos Estados tengan atribuida una pena de al menos dos años de privación de libertad

viene regulada en el artículo 1 de este instrumento. La obligación de extraditar o juzgar se reconoce de manera expresa en el artículo 3 que, tras afirmar que los Estados Parte no concederán la extradición de sus nacionales respectivos, enuncia el compromiso de las mismas a cumplir con el *aut dedere aut judicare*:

“No obstante, la Parte requerida se compromete a proceder judicialmente, en la medida en que tenga competencia para juzgarlos, contra sus propios nacionales que hayan cometido en el territorio del otro Estado infracciones castigadas como delitos en ambos Estados(...)”.

➤ Convenio de extradición entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania de 12 de septiembre de 2006

La obligación de extradición para delitos que tengan atribuidas penas máximas de al menos 1 año de privación de libertad está recogida en el artículo 1. Es el artículo 3 el que reconoce el carácter vinculante de esta alternativa al regular la denegación de la extradición por razón de la nacionalidad del requerido, en tanto que implica que el Estado requerido debe proceder judicialmente contra sus propios nacionales tras optar por no conceder la extradición.

El artículo 9 confirma este reconocimiento aludiendo a la posibilidad de denegar la extradición “en el caso de que los hechos estén siendo objeto de actuaciones en el Estado requerido o hayan sido juzgados en un tercer Estado”.

➤ Tratado de extradición y asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mejjicanos, firmado en México D.F. el 21 de noviembre de 1978

Se reconoce la obligación de entrega recíproca para los autores de los hechos sancionados con una pena de privativa de libertad cuyo máximo sea superior a un año. La obligación de extraditar o juzgar se reconoce en el artículo 7 en el contexto de la denegación de la entrega por ser el individuo nacional del Estado requerido. También se infiere el reconocimiento de esta obligación del artículo 8 que dispone que: “la parte requerida podrá denegar la extradición cuando, conforme a sus propias leyes, corresponda a sus tribunales conocer del delito por el cual aquella haya sido solicitada”.

➤ Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de Nicaragua hecho “ad referéndum” en Managua el 12 de noviembre de 1997

En el artículo 4 se excluyen de la posible calificación como delitos políticos a los delitos objeto de este trabajo (crímenes de guerra y los que se cometen contra la paz y seguridad humanas). Ello implica que no se podrá esgrimir en estos casos como argumento para denegar la extradición el que estos delitos sean delitos políticos. Los delitos cuya comisión puede dar lugar a la extradición según este instrumento son aquellos que se castiguen con una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a un año. La nacionalidad del requerido se reconoce en el artículo 6 como una causa para rehusar la extradición, surgiendo consecuentemente el deber de “a solicitud de la Parte Requirente, someter el caso a sus autoridades competentes para el enjuiciamiento del delito”. En el artículo 7 se vuelve a reconocer esta obligación alternativa en referencia a los casos en los que se deniegue la extradición por motivos facultativos.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Panamá, hecho en Panamá el 10 de noviembre de 1997

Siguiendo el patrón de los instrumentos anteriores, los delitos que dan lugar a la extradición aquí son aquellos que llevan aparejada una pena máxima superior a un año. La obligación de extraditar o juzgar se reconoce explícitamente en este instrumento en el artículo 6.2, que reconoce la obligación del Estado requerido de juzgar el delito cuya extradición se ha denegado por cualquiera de los siguientes motivos contemplados para la denegación (nacionalidad, que el delito se haya cometido total o parcialmente dentro del territorio de Estado requerido o por que la extradición, dadas las concretas circunstancias no sería compatible con consideraciones de tipo humano).

➤ Tratado entre el Reino de España y la República de Paraguay hecho en Asunción el 27 de julio de 1998

En este instrumento el *aut dedere aut judicare* se formula exactamente en los mismos términos que en el Tratado de Extradición de España y Panamá. La facultad de no

extraditar a nacionales se reconoce aquí en el artículo 4, cuyo segundo apartado alude a la referida alternativa.

Esta obligación se vuelve a reconocer en el 7.2 en relación con otros motivos contemplados para la denegación de la extradición (que el delito se haya cometido total o parcialmente dentro del territorio de Estado requerido o porque la extradición, dadas las concretas circunstancias no sería compatible con consideraciones de tipo humano).

➤ Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de Perú, hecho en Madrid el 28 de junio de 1989

En este instrumento, la obligación de extraditar o juzgar se contempla para aquellos delitos a los que se atribuya una pena máxima de 1 año. El artículo 7.2 la formula en relación a la denegación por nacionalidad. Este reconocimiento se reitera en términos generales en el artículo 11: “Cuando fueren competentes los Tribunales de la Parte requerida, conforme a su propia ley, para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición. Deberá, no obstante, accederse a la extradición si la Parte requerida hubiese decidido o decidiese no iniciar proceso o poner fin al que se estuviese tramitando”.

➤ Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre España y la República Dominicana de 4 de mayo de 1981.

En el caso de este instrumento, los hechos que pueden dar lugar a la extradición son aquellos sancionados “con pena privativa de libertad cuyo máximo sea superior a dos años” (artículo 2.a) así como “los delitos punibles previstos en Convenios multilaterales en los que ambos países sean parte” (artículo 3). Una vez más, la obligación alternativa puede hallarse a través de la interpretación conjunta de varios preceptos de este Tratado. Así, de un análisis conjunto de los artículos 7 y 8 puede deducirse la existencia de la obligación de extraditar o juzgar. El artículo 7 se refiere a la posibilidad de que el Estado requerido, tras denegar la extradición del reclamado por ser éste nacional suyo, pueda juzgarlo “si el hecho que constituye el objeto de la persecución estuviera sancionado por la Ley de ambos Estados”. El tercer apartado de este artículo parece exigir al Estado que deniega la extradición, la notificación de todos los procesos que se inicien contra el reclamado. El artículo 8 alude expresamente a la posibilidad de la parte requerida de denegar la extradición cuando “conforme a sus propias Leyes corresponda

a los Tribunales conocer del delito por el cual aquélla haya sido solicitada”. El reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar puede inferirse de todos estos preceptos en tanto que sus enunciados persiguen garantizar el enjuiciamiento del presunto autor de los delitos estipulados en este instrumento bien a través de la extradición, bien a través de la jurisdicción nacional en el caso de que la primera opción sea denegada por la nacionalidad del requerido o por la competencia del Estado requerido para conocer efectivamente del caso en cuestión.

➤ Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, firmado en Madrid el 28 de febrero de 1996

Los delitos para los que se contempla la obligación de extraditar o juzgar, en este caso, son aquellos que tengan atribuida una pena máxima de 2 años. Se niega la posibilidad de denegar la extradición por el hecho de que la persona reclamada sea nacional del Estado requerido (art.13). La obligación de extraditar o juzgar se recoge expresamente en estos términos en el artículo 11.2: “El Estado requerido sólo podrá denegar la extradición por razones de jurisdicción, cuando invoque la suya propia para conocer en la causa”.

➤ Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de Venezuela hecho en Caracas el 4 de enero de 1989

Es el artículo 5.2 el que recoge, para los delitos que lleven aparejada una pena máxima superior a 2 años la citada obligación alternativa: “El Estado requerido podrá denegar la extradición cuando, según su propia legislación, sea competente para juzgar a la persona cuya extradición se solicita por el delito en que se funda la petición. Si la extradición es denegada por este motivo el estado requerido someterá el caso a las autoridades competentes y comunicará la decisión al estado requirente, a petición de este”.

Se reitera en el 8.2 cuando se reconoce el deber del Estado requerido de “someter el asunto a las autoridades competentes” en el caso de que se haya denegado la extradición por nacionalidad del requerido”.

3.1.3.2. Tratados que recogen excepciones a la obligación de extraditar o juzgar posibilitando la impunidad

- Tratado de extradición entre España y Australia de 22 de abril de 1987 (BOE número 101 de 27 de abril de 1988)

El Tratado que regula las relaciones extradicionales entre España y Australia contiene algunas particularidades que impiden otorgarle a la obligación de extraditar o juzgar en él contenida, el carácter cerrado y garantizado de la lucha contra la impunidad que generalmente le reconocen este tipo de instrumentos. Así, en el caso de este Tratado es necesario mencionar que aunque en el artículo 1 se reconoce la obligación de extradición para las Partes, en los casos de delitos cuya pena máxima imponible sea al menos un año de prisión, el motivo de denegación de la extradición contemplado en el artículo 3.2.b: “si las autoridades competentes del Estado requerido, en los casos en que ambos estados tuvieran jurisdicción, hubieran decidido abstenerse de perseguir a la persona cuya extradición se pide por el delito respecto del cual se solicita la extradición”, pone de manifiesto de manera explícita que, en este caso, no existe el reconocimiento de la mencionada obligación alternativa cuyo respeto garantiza que el presunto autor de un delito sea juzgado bien por el Estado requirente, bien por el Estado requerido.

Consecuentemente, podemos afirmar que este tratado de extradición tiene un alcance limitado que le impide cumplir con la función principal que el mismo preámbulo le atribuye al mismo: “Australia y España, animadas del deseo de hacer más efectiva la cooperación de los dos países en la represión del delito”.

- Tratado de extradición celebrado entre España y la República de Cuba firmado el 26 de octubre de 1905

La referencia a la obligación de extraditar o juzgar en este instrumento es más una defensa del principio non bis in idem que el reconocimiento y vinculatoriedad de la obligación de extraditar o juzgar. Los delitos a los que les es aplicable el presente instrumento vienen enumerados en el artículo 2. El artículo 4 es un precepto que defiende la seguridad jurídica, el no procesamiento de delitos políticos así como el

principio non bis in idem, ocupándose de establecer las causas en virtud de las cuales no se concederá la extradición.

El artículo 1 recoge el compromiso asumido por ambas Partes de extraditar a los individuos que se encuentran en el territorio de uno de los Estados Parte, con la única excepción de sus propios ciudadanos.

Aunque se reconoce la obligación de extraditar para los delitos aquí contemplados, no puede afirmarse que en este Tratado se contemple la obligación de extraditar o juzgar en sentido estricto. Una prueba de ello es que la disposición que se refiere a la excepción de no extradición de nacionales no recoge el compromiso del Estado requerido a procesar al individuo cuya extradición se solicita.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Ecuador ratificado el 28 de junio de 1989 (BOE número 313 de 31/12/1997)

Este Tratado responde al modelo típico de Tratado de extradición aquí analizado. Se reconoce la obligación de extraditar (artículo 1) para los delitos a los que ambas Partes impongan una pena privativa de libertad superior a un año (artículo 2). La obligación alternativa de extraditar o juzgar se formula en este instrumento en relación a la denegación de extradición de nacionales de manera condicionada: “Siempre que el otro Estado así lo requiera y las leyes del Estado requerido lo permitan, éste someterá el caso a sus autoridades competentes a fin de que puedan entablar los procedimientos para el enjuiciamiento de la persona en relación a todos o a cualesquiera de los delitos por los que se ha solicitado la extradición, si se considera procedente”. En otras palabras, el enjuiciamiento por parte del Estado que deniega la extradición no es incondicional y por consiguiente no puede reconocerse en términos de obligación alternativa en sentido estricto en este caso. El artículo 3.2.b también da una pista en este sentido en tanto que dispone que en el caso de que el Estado requerido sea competente para el enjuiciamiento, podrá concederse la extradición si el Estado requerido hubiese decidido no entablar enjuiciamiento. El término “podrá” pone de manifiesto, al interpretarse en sentido literal y al contraponerse a otros términos utilizados para indicar el carácter obligatorio de la elección de una de las opciones que conforman la obligación de extraditar o juzgar en los diversos Tratados a los que se hace alusión en este epígrafe, la ausencia del elemento de la obligatoriedad en la configuración del *aut dedere aut judicare* en el presente instrumento.

➤ Tratado de extradición entre España y la República de Liberia firmado en Madrid el 12 de diciembre de 1894

La obligación de extraditar a los presuntos autores de los delitos enumerados en el siguiente artículo que vincula a los Estados Parte está reconocida en el artículo 1. La ausencia de un Derecho Internacional como lo conocemos en la actualidad explica que entre los delitos enumerados en el artículo 2 como justificadores de la extradición no aparezcan ninguno de los crímenes internacionales objeto de esta investigación. Se hace referencia a delitos ordinarios: robo, homicidio, violación, incendio, rapto y algunos delitos a los que más tarde se le atribuyó la categoría de internacional como la piratería o la falsificación de la moneda. Sin embargo el artículo 4 reconoce el derecho de los Estados Parte a no entregar a sus ciudadanos, lo cual dificulta el efectivo o e incondicional enjuiciamiento de los presuntos autores de los referidos delitos.

3.1.3.3. Instrumentos antiguos en los que la obligación de extraditar o juzgar se recoge en términos especiales

➤ Convenio de extradición entre el Reino de España y la República de Colombia, firmado en Bogotá el 23 de julio de 1892

La fecha de este instrumento explica la particular naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar aquí reconocida. Entre los delitos que motivan la aplicación de este Tratado de extradición no se recogen ninguno de los que conforman la categoría de violaciones graves de derecho internacional que son objeto de esta investigación. En esta época no existía el Derecho Internacional Humanitario como lo conocemos hoy, y aunque el concepto de delito internacional venía aplicándose a la piratería, la cual se incluye entre los delitos a los que se debe aplicar esta convención, la construcción jurídica del mismo, sobre todo en relación con la competencia de los terceros Estados para conocer de los mismos, era muy diferente al modelo actual. Así, la obligación de extraditar y juzgar aquí regulada se enuncia en estos términos en el artículo 2, afirmando lo siguiente en los casos de denegación de la extradición por nacionalidad del requerido: “Ambas partes se comprometen, sin embargo, a perseguir y juzgar, conforme a sus respectivas leyes, los crímenes o delitos cometidos por nacionales de la una Parte contra las leyes de la otra, mediante la oportuna demanda de esta última y con tal que

dichos delitos o crímenes se hallen comprendidos en la enumeración del artículo 3”. Se alude aquí a la extradición en caso de que un nacional o no nacional vulnere las leyes del Estado requirente, no el Derecho Internacional. La Sociedad Internacional tenía todavía en esta época una visión del Derecho Internacional muy condicionada a la soberanía estatal y muy dirigida a la protección de la misma.

➤ Tratado de extradición entre el Reino de España y Guatemala firmado el 7 de noviembre de 1895

Este Tratado reconoce la obligación de extraditar, estando el compromiso de entrega de los individuos perseguidos por las Autoridades entre las Partes Contratantes reconocido en el artículo 1 en términos contradictorios. Por un lado, el artículo IV alude a la no obligatoriedad de las “Partes contratantes a entregar a la otra sus propios súbditos o ciudadanos”. Por otro lado, el artículo 20 puede entenderse como comprensivo de la obligación de extraditar o juzgar en unos términos Estado-céntricos, acordes con el concepto de Derecho Internacional y consistentemente Derecho Extradicional de la época: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a perseguir, conforme a sus leyes respectivas, los crímenes y delitos cometidos por los súbditos o ciudadanos de la una contra las leyes de la otra, desde el momento en que se presente la demanda y en el caso en que los crímenes y delitos puedan ser clasificados en una de las categorías enumeradas en el artículo 2 del Presente Título”.

➤ Tratado de extradición entre los Estados Unidos de América y el Reino de España (BOE número 220 de 14/9/1971, páginas 14941 a 1494)

Las relaciones de extradición entre España y Estados Unidos han sido objeto de diversas modificaciones y actualizaciones desde la firma del primer Tratado en 1970. Así, en 1975 se firma un Tratado suplementario de extradición que es posteriormente completado por un segundo Tratado de extradición cuya firma se lleva a cabo en 1988. Finalmente, en 1996 se firma el tercer Tratado de extradición que entra en vigor el 8 de julio de 1999 que introduce modificaciones que tienden claramente hacia la lucha contra la impunidad mediante el aseguramiento de la efectiva extradición, incluso en el supuesto de “con arreglo a la legislación de la Parte Requerida, la acción penal o la pena hubieran prescrito” (artículo II bis).

3.1.4. Conclusión común de los Tratados multilaterales y bilaterales ratificados y firmados

El análisis de todos los instrumentos convencionales aquí estudiados nos permite elaborar algunos criterios de clasificación de cara a poder responder a la pregunta de investigación planteada. La lectura que se puede hacer de esta sistematización representa una parte muy importante de las conclusiones finales, como se verá más adelante.

En relación a los Tratados multilaterales reguladores de las violaciones graves de Derecho Internacional ratificados por España que reconocen la vigencia y aplicabilidad del *aut dedere aut judicare* en sus textos, podemos clasificarlos conforme al siguiente criterio:

Por un lado, podemos encontrar aquellos instrumentos que reconocen esta obligación respecto de los tres tipos de violaciones graves estudiadas (crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad): el Estatuto de Roma de la CPI, los Estatutos para los tribunales penales internacionales para la ExYugoslavia y Ruanda y el Convenio contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes en tanto que, como se explicó en un apartado previo, este delito puede englobarse en cualquiera de los otros tres en función de las condiciones específicas que rodeen su perpetuación.

Por otro lado hallamos Convenios o Tratados que en esta misma línea, aluden exclusivamente a los crímenes de guerra: los cuatro Convenios de Ginebra y el II Protocolo de la Convención de la Haya para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.

En tercer lugar, podemos encontrar textos internacionales que tengan por objeto los Crímenes de Lesa Humanidad: Convenio Internacional sobre la Supresión de Actos de Terrorismo Nuclear, el Convenio Internacional para la Represión de Actos Terroristas cometidos con bombas, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Por último, entre los Convenios reguladores del genocidio, que recogen el *aut dedere aut judicare* en idénticos términos, hemos de citar exclusivamente el Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio.

La trascendencia y peso de los instrumentos convencionales multilaterales de cara a la cristalización de una costumbre internacional, evidencia el modesto alcance de los Tratados bilaterales para cumplir tal fin. Sin embargo, su importancia no debe ser desestimada ya que nos presentan una imagen bastante real de la posición del Estado en cuestión en cuanto a la consideración de la naturaleza del principio de Derecho Internacional analizado.

En este sentido, a partir de la clasificación realizada de los Tratados bilaterales reconocedores de la obligación de extraditar o juzgar en los que España es parte, se puede hacer el siguiente análisis con el fin de acercarnos un poco más a la correcta valoración de la postura de España en este ámbito.

Entre los Tratados bilaterales que comprenden la referida obligación podemos encontrar instrumentos que reconocen el *aut dedere aut judicare* de manera explícita (Bolivia, Costa Rica, Canadá, China, El Salvador, India, Mauritania, Marruecos con algunas particularidades, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay); Tratados de los que hay que deducir el reconocimiento de la obligación de la interpretación conjunta de varios preceptos (Argelia, Argentina, Honduras, Brasil, Cabo Verde, Chile y República Dominicana); Tratados que reconocen la vigencia de este principio de manera dudosa (Corea) e instrumentos que fingen reconocer esta obligación para después regular motivos de denegación de la extradición que evidencien que *aut dedere aut judicare* aquí recogido, está vacío de contenido y no cumple con su función principal de luchar contra la impunidad (Australia, Cuba, Ecuador y Liberia). También podemos encontrar instrumentos que, por su antigüedad, regulan la figura de la extradición de una manera que impide su aplicación a las violaciones graves de Derecho Internacional.

Del análisis efectuado se podría inferir, en algunos casos el reconocimiento de una supremacía a una de las dos alternativas. No obstante, en el caso de otros instrumentos este reconocimiento de la supremacía se plantea en términos contradictorios, otorgando en un apartado supremacía a la obligación de extraditar y en otro a la obligación de juzgar.

Independientemente de que se reconozca o no una cierta prioridad a alguna de las alternativas, lo que se desprende de la interpretación conjunta de la formulación de esta obligación en los Tratados bilaterales es que la misma es una constante en el ámbito bilateral. De ello se derivarán las oportunas consecuencias de cara a dilucidar la postura

española en relación al reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar como derecho consuetudinario.

A nivel regional, es importante aludir a la regulación de la figura de la extradición en el ámbito europeo. Europa goza de dos sistemas que se ocupan de la cooperación en materias penales: el sistema del Consejo de Europa y el sistema de la Unión Europea. El primero de los regímenes está compuesto por una serie de Tratados Multilaterales que comenzaron con el Convenio de Extradición Europea de 1957 y sus Protocolos Adicionales. Este Convenio, firmado el 13 de diciembre de 1957 perseguía la uniformidad entre los Estados miembros del Consejo de Europa en materia de extradición. En la actualidad, hay 49 Estados Parte en el instrumento⁸⁹. Debe subrayarse que pueden llegar a formar parte de este Convenio aquellos Estados no miembros del Consejo de Europa, siempre que los Estados parte consientan en ello de manera unánime. La obligación de extraditar o juzgar se recoge, en este instrumento, en el artículo 6.2 para los casos en los que se deniegue la extradición por razón de la nacionalidad del requerido. El régimen de extradición del Consejo de Europa también incluye la Convención Europea para la Supresión del Terrorismo que tiene como objetivo principal impedir que se esgrima la naturaleza de delito político de ciertos delitos internacionales. Este Convenio entró en vigor el 4 de agosto de 1978 y se basa en el *aut dedere aut judicare* para lograr impedir que estos delitos queden impunes. En segundo lugar, encontramos la Orden de Detención y Entrega Europea (Euroorden), instrumento que se introduce a través de una Decisión Marco de 2002 y que sustituye los Convenios europeos de extradición vigentes hasta el momento. Este instrumento básicamente garantiza un reconocimiento casi-automático de las órdenes de arresto firmadas por cualquiera de los Estados Parte que exige a los Estados miembros darle efectos, estableciendo un clima de cooperación judicial sin precedentes en este contexto. Algunos autores consideran que este sistema está basado en el reconocimiento mutuo en contraposición con el principio de cooperación mutua que inspira el régimen de los Tratados multilaterales del Consejo de Europa⁹⁰. El sistema regulado por la Euroorden agiliza y simplifica el proceso de la extradición, convirtiéndola en un procedimiento de

⁸⁹ Albania, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russia, San Marino, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Ukraine, United Kingdom. Non member States: Israel, Korea and South Africa, www.coe.int.

⁹⁰ BASSIOUNI, M.C. *International Extradition: United States Law and Practice*, Ed. Oceana, New York, 2007, p.16.

entrega similar a la aplicable para la Corte Penal Internacional. También suprime la posibilidad de esgrimir la naturaleza de delito político como argumento para denegar la extradición. La ejecución de la orden de detención europea goza de un carácter judicial que impide que el poder ejecutivo intervenga en la decisión de extraditar. En lo concerniente a la articulación del principio *aut dedere aut judicare* en este instrumento, es posible inferir el reconocimiento del mismo en relación a la entrega de nacionales. Así, por un lado, el artículo 4.6 de la Decisión marco alude a este principio en tanto que faculta al Estado de ejecución o de residencia del ciudadano requerido a denegar la entrega si se compromete a ejecutar él mismo la pena o medida de seguridad para la cual se solicita la entrega. Este claro guiño a la lucha contra la impunidad se completa, en este instrumento, con el reconocimiento de la facultad de establecer condiciones a la entrega de un nacional o residente, cuando la persona fuere objeto de la orden de detención europea a efectos de entablar una acción penal. En estos casos, la entrega se podrá supeditar a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelto al Estado miembro de ejecución para cumplir en esta la pena o la medida de seguridad privativa de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor de la orden.

3.2. Legislación interna

El análisis de la legislación interna promulgada en materia de extradición representa una de las fuentes principales a tener en cuenta para determinar la concepción de la naturaleza del *aut dedere aut judicare* que tiene España.

Sin embargo, con carácter previo conviene partir de uno de los criterios clasificatorios que Bellido hace de la figura de la extradición⁹¹, distinguiendo entre extradición activa y extradición pasiva. Esta división se hace necesaria a efectos de este trabajo en tanto que solo la extradición pasiva queda englobada en la alternativa analizada y es apoyada también por otros autores⁹².

⁹¹Supra BELLIDO PEÑALES, R, p. 26. Más adelante, este autor hace alusión a “la diversidad de tratamiento que se reproduce igualmente a nivel normativo, salvo en los convenios internacionales, pues la legislación interna regula esta institución en cuerpos legales diversos”.

⁹² GOMEZ CAMPELO, E., supra p.40.

Las fuentes de la extradición pasiva son los tratados internacionales, bilaterales y multilaterales ratificados y publicados válidamente en España en tanto que los mismos pasan a formar parte del derecho interno una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado (art. 96 CE y 1.5 CC) y la regulación interna de esta figura, que incluye el artículo 13.3 de la Constitución, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la Ley de Extradición Pasiva 4/ 1985 de 21 de marzo, aplicable en defecto de Tratado o para lo no previsto por éste⁹³.

Como se ha analizado en apartados anteriores, la primacía del Derecho Internacional sobre el interno y la primacía de los Tratados internacionales y su aplicación directa o automática en el ámbito de la extradición viene siendo apoyada no sólo por la mayoría de la doctrina española⁹⁴ sino por las resoluciones de los distintos órganos judiciales españoles⁹⁵.

3.2.1. Constitución

Atendiendo a la indiscutible jerarquía de las fuentes del derecho interno, la primera referencia a la figura de la extradición puede hallarse, en el ordenamiento jurídico español, en el artículo 13.3 de la Constitución que establece el marco jurídico de esta figura en los siguientes términos: “La extradición solo se concederá en cumplimiento de un Tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”. Cabe destacar que este precepto se refiere exclusivamente a algunos aspectos de la extradición pasiva, lo cual ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina⁹⁶.

García Sánchez resalta que el artículo 13.3 de la Constitución excluye explícitamente de entre las fuentes de la extradición pasiva, determinadas fuentes de Derecho Internacional como es la costumbre, salvo que ésta haya sido declarada, cristalizada o

⁹³ Supra GARCIA SANCHEZ, B., p.77.

⁹⁴ BELLIDO PENADES, R., *LA extradición en derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Civitas, Madrid, 2001, p.20: “...nuestra legislación interna cuya trascendencia no puede pasar desapercibida, tanto por constituir la normativa aplicable en defecto de tratado, como por su valor supletorio de lo dispuesto en éste”; GARCIA SANCHEZ, B., supra p. 84 nota al pie 21: “la mayoría de la doctrina afirma dicha primacía”. Cita a Pastor Borgoñón, De Miguel Zaragoza y Muñoz Conde como ejemplo.

⁹⁵ Ver supra apartado 3.a.

⁹⁶ COBOS GOMEZ DE LINARES, M. A. y CUERDA RIEZU, A., “La otra cara del problema: La Extradición (procedimiento y efectos)”, en RFDUC, núm 157, 1979, p.186-187 opinan que hubiera sido deseable introducir en la Constitución más excepciones a la extradición, citado por GARCIA SANCHEZ, B. supra, p.79.

generada por un Tratado, lo cual tiene una gran trascendencia en relación a la determinación de la naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar. García Sánchez corrobora la afirmación de García Pérez acerca de que éste precepto implica la consagración constitucional del principio *nulla traditio sine lege*. Este trascendente precepto ha sido interpretado en el sentido que se acaba de explicar por parte del Tribunal Constitucional en la Sentencia 141/98 de 29 de junio de 1998: “En el mismo sentido hemos afirmado la vigencia del principio *nulla traditio sine lege* (Auto ATC 274/1987 [RTC 1987\274 AUTO] y 499/1988 [RTC 1988\499 AUTO]), que en definitiva implica que la primera y más fundamental de las garantías del proceso extradictorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13.3 CE: Tratado o Ley, atendiendo al principio de reciprocidad⁹⁷”. En este mismo sentido, podemos encontrar alusiones al hecho de que la primera y más fundamental de las garantías del proceso de extradición es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el artículo 13.3 de la CE en el auto núm. 274/1987 del Tribunal Constitucional⁹⁸ y en el auto núm. 499/1988 de este mismo órgano⁹⁹.

3.2.2. Artículo 23 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1 de julio de 1985

Este artículo regula los distintos criterios que determinan la jurisdicción de los tribunales españoles. El apartado primero recoge el principio de territorialidad mediante la regla general de competencia de nuestros tribunales para el conocimiento de todos los delitos y faltas cometidos dentro de nuestras fronteras, sea cual fuera la nacionalidad del sujeto activo. El segundo apartado sanciona el principio de personalidad activa por el que España extiende su jurisdicción a hechos previstos en la ley interna como delitos cometidos por ciudadanos españoles en el extranjero, o por extranjeros que hubiesen obtenido la nacionalidad con posterioridad a su comisión, siempre que concurren una serie de requisitos. El tercer apartado recoge el principio real que extiende la jurisdicción de los tribunales a los hechos susceptibles de tipificarse según la ley penal

⁹⁷ STC 141 /98 de 29 de junio, Recurso de Amparo núm. 2 018/1997, Sala Segunda del Tribunal Constitucional, FJ II.4.

⁹⁸ Auto núm. 274/1987 de 4 marzo, Sala II del Tribunal Constitucional, FJ 1.

⁹⁹ Auto núm. 499/1988 de 24 de abril, FJ 3: “Tampoco, desde el principio de legalidad en la extradición (art. 25.2 CE) «*nulla traditio sine lege*», adquiriría dimensión constitucional la cuestión para justificar la sustanciación del recurso.”

española como alguno de los delitos que afectan a intereses del Estado español, enumerados con carácter tasado.

Finalmente, el apartado 4 recogía, hasta su reforma el pasado año a través de la LO 1/2009, de 2 de noviembre, complementaria a la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁰⁰, el principio de jurisdicción universal respecto de determinados delitos en los siguientes términos:

“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a. Genocidio, b. Terrorismo, c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, d. Falsificación de moneda extranjera, e. Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, f. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas tóxicas y estupefacientes, g. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, h. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. i. Y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España.”

En España, la sede procesal de los crímenes internacionales de primer grado fue la misma que la de los de segundo grado. Las consecuencias de esta ubicación legislativa sistemática fue la vigencia de todos los crímenes internacionales bajo un idéntico régimen jurídico. Los requisitos para su persecución eran, y son hoy, los mismos. Esta situación, como pone de manifiesto Ollé Sesé, “al confundir la distinta naturaleza de los crímenes, conduce al desconcierto o *error in substantia* sobre las diferentes obligaciones de los crímenes internacionales de primer grado, y de los de segundo grado, en orden a su persecución internacional¹⁰¹”.

¹⁰⁰ BOE núm 266 de 4 de noviembre de 2009. (17492).

¹⁰¹ Supra OLLE SESE, p.199. Este autor lleva a cabo una sistematización de los crímenes internacionales dividiéndolos en: crímenes internacionales de primer grado, que suponen violaciones graves de los DDHH y que asumen el estatus de *ius cogens* (entre ellos incluye el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra) y crímenes internacionales de segundo grado (entre ellos incluye el apoderamiento ilícito de aeronaves o el tráfico de drogas) que se fundamentan en el derecho interno o en el DI, lesionan intereses comunes internacionales o de trascendencia internacional que, por su carácter transnacional o transfronterizo, exigen una adecuada intervención interestatal y determinan la responsabilidad penal individual internacional indirecta a través del derecho interno). Para la clasificación exhaustiva de los delitos internacionales según este autor ver páginas 230-236.

En nuestro país, esta problemática se manifiesta no cuando intenta aplicarse el hasta entonces reconocido principio de jurisdicción universal a los llamados por Ollé Sesé crímenes internacionales de segundo grado sino cuando mediante este principio se intenta perseguir los crímenes internacionales de primer grado (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad). Una de las sentencias que con más fuerza evidencian esta polémica es la STS 327/2003 de 25 de febrero (caso Guatemala) cuyo fundamento jurídico sexto alude a la imposibilidad de interpretar el compromiso de las partes de sancionar y prevenir este delito comprendido en el Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio (analizado más arriba) como aglutinador del principio de jurisdicción universal en base al cual se pretende que los tribunales españoles conozcan del presunto genocidio acaecido en Guatemala. En el siguiente fundamento jurídico se reconoce que, conforme a la legislación española vigente que, en el artículo 23.4 de la LOPJ se reconoce la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal a los delitos de genocidio¹⁰². Para resolver este conflicto, el Tribunal analiza un listado no exhaustivo de tratados internacionales en relación a la persecución de delitos que protegen bienes jurídicos cuya protección interesa en general a la Comunidad Internacional para concluir que en ninguno de ellos se establece de forma expresa la jurisdicción universal. Para justificar la falta de competencia de los Tribunales españoles en este caso, este órgano combina la exigencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador (cuya vigencia deduce del Derecho Internacional consuetudinario apoyándola con sentencias de otros tribunales que posteriormente el TC interpretará en sentido contrario) con el reconocimiento del *aut dedere aut judicare* o principio de justicia supletoria o de derecho penal de representación como principio que legitima la intervención de los tribunales del lugar en el que se encuentre el imputado de manera supletoria siempre que no conceda la extradición. Este razonamiento jurisprudencial es importante a efectos de la construcción consuetudinaria de la referida obligación.

¹⁰² STS 327/2003 de 23 de febrero, FJ 7: “A este respecto, es preciso tener en cuenta que en la doctrina del derecho penal internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte de un Tratado. En tales casos se admite que el principio tiene una justificación indudable. Por el contrario, cuando sólo ha sido reconocido en el derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional. En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede –como ha quedado dicho– contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales. Ambas limitaciones han sido expresamente aceptadas por los Tribunales alemanes (confr. Tribunal Supremo Federal Alemán, BGHSt 27,30: 34,340; Auto de 13-2-1994 [1 BGs 100/1994])”.

A pesar de que el razonamiento jurisprudencial aquí contenido puede ser interesante en tanto que reconoce la vigencia del *aut dedere aut judicare* cuando este esté contenido a nivel convencional¹⁰³, debe subrayarse el hecho de que la jurisdicción de los tribunales españoles es posteriormente reconocida por la STC 327/2005, que otorga una interpretación en sentido contrario al citado Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio afirmando que el mismo sí reconoce la vigencia del principio de jurisdicción universal en relación con el delito de genocidio¹⁰⁴. La pertinencia de las referidas sentencias de cara a esta investigación se explica, a pesar de la reforma de la jurisdicción universal española, en tanto que los razonamientos jurídicos se basan en las disposiciones de los instrumentos convencionales y en el Derecho Penal internacional consuetudinario para motivar sus decisiones finales. (Razonamiento más detallado del TC se verá en el apartado de la jurisprudencia).

En el preámbulo de la referida LO, la modificación del 23.4 de la LOPJ se explica en estos términos:

“En cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate del estado de la Nación, se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica

¹⁰³ STS 327/2003 de 23 de febrero, FJ 9: “Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción. Ello responde, según entiende un sector importante de la doctrina, al llamado principio de justicia supletoria o de derecho penal de representación, al menos en un sentido amplio. Entendido de esta forma o bien, como sostiene otro sector doctrinal, como un elemento de conexión en el ámbito del principio de jurisdicción universal, el Estado donde se encuentre el presunto culpable está legitimado para actuar contra él, cuando se trate de alguno de estos delitos”.

¹⁰⁴ STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala Segunda, Tribunal Constitucional: “Tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional de los Tribunales españoles establecida en el art. 23.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte, y tal como denuncia el Fiscal en su escrito de alegaciones, con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una probatio diabólica. De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica pro actione, se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE.

del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbres del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

La mención a los crímenes de guerra en el preámbulo es criticada por Martínez Rivas en los siguientes términos: “Como se observa fácilmente, el texto de dicha Ley no ha introducido ninguna previsión relacionada con los crímenes de guerra, así que esta alusión contenida en el Preámbulo sobre los “crímenes de guerra”, resulta extemporánea, falsa, descuidada y reveladora de que hubo una enmienda en tal sentido que fue rápidamente olvidada por acuerdo entre los dos partidos políticos mayoritarios en las Cámaras”¹⁰⁵.

Siendo cierto que no se incorpora una mención específica a los crímenes de guerra, los mismos pueden entenderse comprendidos en la referencia específica que se hace a los delitos comprendidos en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario, referencia que este mismo autor acusa de adolecer de una falta total de relevancia jurídica, “es un brindis al sol, un pedaleo de gimnasio, toreo de salón” ya que estos delitos ya eran perseguibles en España por mandato de los citados convenios internacionales.

De este modo, el artículo 23.4 de la LOPJ quedaría formulado como sigue:

“Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

¹⁰⁵ MARTINEZ RIVAS F., Notas de urgencia sobre el principio de jurisdicción universal y la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. II nº1 (2010), p.365.

- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de Derecho Internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatare algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreeserá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

Entre las modificaciones de este artículo, cabe destacar la reformulación del reconocimiento del principio de jurisdicción universal para estos delitos que ahora se ve limitado por la exigencia de la concurrencia de ciertos requisitos. Algunos sectores de la doctrina han interpretado la introducción de estas exigencias como una prueba de la falta de consolidación a nivel internacional del principio de jurisdicción universal como derecho consuetudinario¹⁰⁶.

El hecho de que el preámbulo justifique la incorporación de estos delitos por tratarse de delitos “cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional” puede ser interpretado como un reconocimiento por parte del legislador español del carácter de *ius cogens* de estos delitos, reconocimiento que, en tanto que la reforma ha excluido expresamente la vigencia del principio de jurisdicción universal, puede fundamentar la subsiguiente construcción del *aut dedere aut iudicare* en relación con estas violaciones graves del Derecho Internacional que dañan bienes universales.

¹⁰⁶ Supra MARTINEZ RIVAS, p.361-362.

3.2.3. Ley de Extradición Pasiva 4/1985 de 21 de marzo

El artículo 1 de la Ley de Extradición Pasiva de 1985 (LEP) reconoce el sistema de prelación entre la ley y los Tratados Internacionales: “las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte”.

La interpretación conjunta de las disposiciones citadas nos permite reiterar aquí que, en materia de extradición pasiva, en España , prevalecen los Tratados Internacionales ratificados en España y publicados en el Boletín Oficial del Estado (Arts. 96.1 CE y 1.5 CC) aplicándose la Ley de Extradición Pasiva en defecto de los mismos o supletoriamente. Así lo reconoció la STC 11/1985 de 30 de enero¹⁰⁷ que, aunque hacía referencia a la Ley de Extradición Pasiva de 1958, las afirmaciones contenidas en la misma son trasladables al régimen instaurado a través de la ley de 1985. Sin embargo, esta afirmación no es pacífica y de la lectura de este precepto constitucional han surgido dos teorías doctrinales contrapuestas en relación al carácter jerárquico de esta fuente. La STC 28/1991 de 14 de febrero¹⁰⁸ evidencia los problemas que se derivan de la falta de claridad del artículo 96.1 de la CE y que suscita dudas en torno al rango preeminente de los Tratados sobre las leyes. También conviene destacar que entre la doctrina, hay autores que sostienen que “con carácter general, los Tratados multilaterales prevalecen sobre los bilaterales¹⁰⁹”.

Hasta 1958, España carecía de una normativa interna que regulara la extradición pasiva. Dicho año se promulgó la Ley sobre Extradición de 26 de diciembre. En 1985, esta ley quedó derogada por la Ley de Extradición Pasiva de 1985 que perseguía adaptar la regulación a la Constitución Española de 1978 y a los nuevos Convenios de Extradición que España había ratificado.

En el plano académico, hay opiniones que optan por el carácter complementario de la Ley interna española de Extradición Pasiva respecto de los Tratados de extradición para las cuestiones no reguladas en el Tratado¹¹⁰.

¹⁰⁷ STC 11/1985 de 30 de enero, (Sala 1ª en BOE de 5 de marzo de 1985, FJ 4º, citando el artículo 1 de la ley de 26 de diciembre de 1958.

¹⁰⁸ STC 28/1991 de 14 de febrero. El fundamento jurídico 5º otorga a los tratados internacionales la misma consideración de norma que forma parte del ordenamiento interno por lo que un conflicto entre una ley y un tratado internacional no es una cuestión que deba resolver el TC en tanto que se trata de selección del derecho aplicable.

¹⁰⁹ Supra BELLIDO, p. 35

¹¹⁰ GARCIA SANCHEZ B., Supra, p.99.

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales también avalan esta postura. En 1985 la STC 11/1985 de 20 de enero de 1985 afirmaba que:

“Fundamentalmente la extradición está regulada en España por la Ley de 26 de diciembre de 1958, en cuyo art. 1 se dispone taxativamente:

«Las condiciones, el procedimiento y los efectos de la extradición se regirán:

1. Por lo convenido en los Tratados.

2. Por la presente Ley, cuando no exista Tratado para suplir lo no previsto en él.»

Es decir, la Ley española de extradición tiene un carácter supletorio respecto a los Tratados Internacionales que el Estado español haya suscrito y ratificado o a los que se haya adherido sobre la materia. Con independencia, incluso, de lo dispuesto en el art.96.1 de la Constitución, según el cual «los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno», la citada Ley proclama la primacía de la norma convencional sobre la norma interna, de forma que ésta tiene carácter solamente supletorio”.

También conviene hacer referencia al hecho de que el principio de no extradición de nacionales está recogido en el artículo 3 de esta norma. Este precepto ha dado lugar a muchas críticas por parte de la doctrina española. Así, algunos autores consideran que este precepto “tiene una escasa correspondencia con los actuales criterios de cooperación internacional¹¹¹”. Otros autores acusan a este precepto de omitir el principio de someter al autor de un hecho ilícito al órgano judicial del país donde éste se perpetró¹¹².

El riesgo de impunidad que se deriva de la configuración de la nacionalidad como causa de denegación de la extradición de la persona reclamada se ve atenuado, en el ámbito de la legislación española, en el artículo 3.2 LEP, que recoge las consecuencias del *aut dedere aut punire*¹¹³. Realmente, de la interpretación literal de este precepto se puede deducir que a lo que se está haciendo referencia es al principio *aut dedere aut judicare*: “el Gobierno español (...) dará cuenta de los hechos motivadores de la petición al Ministerio Fiscal, con el fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado”. En relación al carácter de primacía de la norma convencional sobre la interna en relación a esta cuestión, se ha interpretado por un sector mayoritario de la

¹¹¹ Supra GOMEZ CAMPELO, E., p.217.

¹¹² Supra GOMEZ CAMPELO, E., citando a FIORE P. y PASTOR BORGONÓN, B, nota al pie 506 y 507.

¹¹³ Supra BELLIDO, p. 104.

doctrina que cuando España haya ratificado convenios internacionales donde se autorice la entrega de los nacionales, el convenio será de aplicación prioritaria a la LEP¹¹⁴.

En Derecho comparado no existe un tratamiento unívoco de este mecanismo de excepción a la entrega. Mientras que los países anglosajones no aceptan este principio como regla general del Derecho Internacional, los europeos del continente asumen su relevancia pero lo ubican en las normas de forma desigual¹¹⁵.

Algunos sectores de la doctrina cuestionan la fundamentación jurídica de la obligación de extraditar o juzgar cuando la misma se deriva de la denegación de la extradición en base a la nacionalidad del individuo¹¹⁶. No obstante, es importante aclarar que en este cuestionamiento, los delitos perseguibles internacionalmente (entre los que están las violaciones graves de Derecho Internacional a las que circunscribe esta investigación) no están incluidos.

3.2.3.1. Especial referencia a la reciprocidad

El papel de la reciprocidad es notable en la regulación española de la extradición. Tanto el artículo 13.3 de la CE como el 1.II de la LEP hacen referencia a esta figura. Esta última norma puede entenderse como aglutinadora de que en los supuestos en que España no tenga tratado con el Estado requirente o teniéndolo no contemple el caso planteado, se puede conceder la extradición, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Extradición Pasiva y que, además, el Estado requirente realice una promesa de reciprocidad de comportarse de la misma manera¹¹⁷.

El reconocimiento del papel del Gobierno en el ámbito de la reciprocidad puede encontrarse en diversos instrumentos normativos. Así, el artículo 278.2 LOPJ sostiene que la determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente corresponderá al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia mientras el artículo 6.II LEP hace referencia a que aunque el Tribunal declare procedente la extradición, el Gobierno podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional atendiendo al principio de reciprocidad. Bellido subraya el carácter de safortunado del artículo 13.3 de

¹¹⁴ Supra BELLIDO, p.105 citando a Manzanares y García Pérez (nota al pie 164).

¹¹⁵ Supra GOMEZ CAMPELO, p.217.

¹¹⁶ Supra GOMEZ CAMPELO, E., p. 221.

¹¹⁷ PASTOR BORGONÓN, Comentarios a la Ley 4/1985 de 21 de marzo de extradición pasiva, en PJ, 1985, p.98, citado por Bellido (supra), p.37.

la CE en cuanto que está redactado en términos en los que reconoce que sólo podrá concederse la extradición atendiendo al principio de reciprocidad, lo cual colisiona con la previsión del artículo 6.II que reconoce al Gobierno la facultad, que no el deber, de denegar la extradición por falta de reciprocidad. Esta redacción condiciona la extradición pasiva a que el Estado requirente atienda a las solicitudes de extradición activa realizadas por las autoridades españolas¹¹⁸.

No obstante, el papel de la reciprocidad en el ámbito de la extradición es un tema ampliamente debatido por la doctrina. En sentido contrario también podemos encontrar posiciones que sostienen que el rechazo de la reciprocidad como fuente de la extradición es consecuencia de que la consideración de esta institución ha evolucionado, pasando de ser concebida como un acto de soberanía o acto político a considerarse un acto jurídico, acto reglado en el que deben ser respetados ante todo los derechos fundamentales¹¹⁹.

3.2.4. Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación Jurídica Internacional Penal

Este Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el 9 de mayo de 1997, aunque no ha llegado a entrar en vigor por no contar con los apoyos necesarios en el Congreso de los Diputados, puede traerse a colación como indicador del reconocimiento y vinculatoriedad del Derecho Internacional consuetudinario, cuya vigencia no exige la existencia de un Tratado para cooperar en materia de extradición. A pesar de que el principio al que se alude en este caso como fundamentador de la cooperación en este ámbito sea el principio de reciprocidad, no debemos infravalorar el valor del precedente que sienta este Proyecto en tanto que reconoce y por ende, contribuye a construir una costumbre internacional con fuerza vinculante. De manera específica, la obligación de extraditar o juzgar se reconoce en el artículo 33.3 de este instrumento.

3.2.5. Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional¹²⁰.

Esta ley, promulgada con la finalidad de desarrollar a nivel interno el ratificado Estatuto de Roma, otorga a los tribunales españoles un carácter subsidiario en relación a la Corte Penal Internacional cuando los hechos denunciados (cometidos en otro Estado y por

¹¹⁸ Supra BELLIDO, p. 42.

¹¹⁹ Supra GARCIA SANCHEZ, p.48.

¹²⁰ LO 18/2003, de 10 de diciembre (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2004).

extranjeros) sean de competencia de la Corte (artículo 7.2). El hecho de que se pueda volver a presentar la denuncia ante los Tribunales españoles (art. 7.3), en caso de que no se acuerde la apertura de la investigación o la Corte inadmita el asunto, es interpretado por Ollé Sesé como la admisión en el Derecho interno español de la jurisdicción universal y el reconocimiento de su obligatoriedad, para los crímenes de primer grado de competencia de la CPI: genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión¹²¹. Sin embargo, tras la reforma del artículo 23.4 LOPJ que introduce la exigencia de algún nexo del delito con España, este precepto puede ser interpretado como reconocedor de la obligación de extraditar o juzgar en tanto que tipologizado del principio de jurisdicción universal en relación a las mencionadas violaciones graves de Derecho Internacional. Un análisis conjunto del precepto de la LOPJ reformado con el artículo 7.3 de esta Ley teniendo en cuenta que los delitos aquí contemplados son concebidos como violaciones del *ius cogens*, cuya persecución se concibe como una obligación *erga omnes* para todos los Estados¹²², permite extraer la conclusión de que si el delito en cuestión presenta algún nexo con España y suponiendo que el caso en cuestión no se haya abierto o se haya inadmitido por la CPI, podemos afirmar la aplicabilidad del *aut dedere aut judicare*.

3.3. Jurisprudencia y práctica de los tribunales

El análisis puramente teórico de la legislación deber ser completado con el estudio de las sentencias de los tribunales nacionales que se han pronunciado confirmando o refutando, en la praxis, el sentido y el alcance que la doctrina ha otorgado a las distintas disposiciones que regulan la figura de la extradición. La evolución en el tratamiento de esta institución en el ámbito español, tanto a nivel legislativo como a nivel judicial, representa la piedra angular de cara a dilucidar la concepción de costumbre internacional del *aut dedere aut judicare*.

El análisis jurisprudencial realizado tiene por objeto algunas de las sentencias de la Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional que aluden de manera directa al principio cuya naturaleza jurídica se intenta dilucidar en este trabajo en relación con las violaciones graves de Derecho Internacional ya definidas: el *aut dedere aut judicare*.

¹²¹ Supra OLLE SESE, p.230.

¹²² Supra OLLE SESE, p.322.

3.3.1. Tribunal Constitucional

En un principio, este órgano se caracterizó por su escasa doctrina ya que entendía que la extradición representaba un problema de legalidad ordinaria. Sin embargo, en los últimos años la jurisprudencia en este ámbito ha aumentado considerablemente, sobre todo desde la consideración de la extradición como instituto que protege los derechos fundamentales. Con el objeto de evidenciar la posición del Alto Tribunal en relación a la naturaleza jurídica de la obligación objeto de esta investigación se analizarán a continuación algunas de las sentencias que más se han ocupado de concretar su alcance jurídico y los términos en los que ésta debe articularse:

➤ STC 11/85 DE 30 DE ENERO DE 1985 (BOE de 5 de marzo de 1985)

En este caso, se plantea la extradición de un ciudadano italiano por delitos cometidos en su país de origen, siendo de aplicación en ambos Estados el Convenio Europeo de Extradición.

La conveniencia de traer a colación esta sentencia viene determinada por el reconocimiento que en el fundamento jurídico 4 se hace de la primacía de los Tratados Internacionales sobre la legislación interna citando, a este fin, el artículo 1 de la ley de 1958. Se trata del reconocimiento jurisprudencial de la jerarquía normativa y primacía de las fuentes, afirmado normativa y doctrinalmente, a la que ya se ha hecho alusión en apartados anteriores de este trabajo:

“Es decir, la Ley española de extradición tiene un carácter supletorio respecto a los Tratados Internacionales que el Estado español haya suscrito y ratificado”.

Por consiguiente, este razonamiento jurídico, si bien evidencia que nuestro Tribunal confirma la naturaleza de primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno no puede ser utilizado como reconocedor de la configuración del *aut dedere aut judicare* como Derecho Internacional consuetudinario ya que se limita a reconocer la vigencia de esta obligación de la misma manera que reconoce la vigencia de cualquier otra obligación contenida en un instrumento de naturaleza convencional. En lo que a la construcción de la citada obligación como Derecho Internacional consuetudinario se

refiere, aquí la aplicabilidad de esta obligación es resultado exclusivo del principio *pacta sunt servanda*.

➤ STC 87/2000 de 27 de marzo de 2000

Este caso analiza la aplicabilidad de una prohibición de extraditar a nacionales contenida en una ley interna (LEP) cuando en el Convenio, ratificado por ambas partes en el conflicto, se prevé la denegación de la extradición como una facultad.

“La tesis que subyace al planteamiento del recurrente reside en que el artículo 3.1 L.E.P. contiene una prohibición absoluta de extraditar a los españoles, mientras que la Audiencia Nacional entiende que no concurre el presupuesto que permitiría la aplicación supletoria de la Ley de Extradición Pasiva, dado que el Convenio Europeo de Extradición no guarda silencio sobre la cuestión, sino que simplemente prevé la facultad de denegarla”.

De estos razonamientos jurisprudenciales debe notarse, por un lado, el reiterado reconocimiento por parte del TC de la primacía de las disposiciones convencionales sobre el Derecho interno en esta materia, y por otro lado, la tendencia en los Convenios y Tratados Internacionales a garantizar el enjuiciamiento de los presuntos autores de los delitos recogidos en los correspondientes instrumentos, evitando la formulación de prohibiciones como la que puede hallarse en la LEP referente a la no extradición de nacionales. La ausencia de este tipo de preceptos en Convenios Internacionales ratificados por países que, como España, reconocen principios prohibitivos como el mencionado, sugiere la existencia de una tendencia a nivel internacional a establecer mecanismos en el Derecho Internacional (convencional o consuetudinario) que eviten la impunidad y que impidan la formación de vacíos legales que dejen sin enjuiciar a los presuntos delincuentes. La mencionada obligación de extraditar o juzgar, en caso de reconocerse y aplicarse garantizaría, a un menor nivel, el éxito de la lucha contra la impunidad.

“En este contexto, la cuestión analizada, la conformidad a la Constitución de la extradición de nacionales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, no podría ser resuelta siempre en idéntico sentido, pues dependerá, al menos, de la existencia o no de Tratado y de las previsiones del mismo respecto de la cuestión. Así, sería posible sostener que, en ausencia de Tratado, la prohibición de extraditar nacionales contenida en la Ley de Extradición Pasiva cobraría su fuerza vinculante y, en consecuencia, su relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva dado el taxativo tenor literal de su art. 3.1, pues difícilmente podría

considerarse razonable o no arbitraria una resolución que a pesar del mismo acceda a la extradición de un nacional”.

➤ STC 237/2005 de 26 septiembre de 2005, Sala 2ª del Tribunal Constitucional (Caso Guatemala)

En este caso, el Alto Tribunal revoca una sentencia del TS que niega la competencia de los Tribunales españoles para conocer de un delito de genocidio acaecido en Guatemala, que aparentemente carece de vínculo alguno con España. La argumentación utilizada por el TC representa uno de los precedentes más importantes en el ámbito de la jurisdicción española en tanto que fundamenta la competencia del órgano español a través del reconocimiento de la vigencia de l Derecho Internacional consuetudinario, al que otorga un carácter prioritario en el ámbito de las violaciones enjuiciadas:

“En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho Internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él¹²³”.

A pesar de que en este caso concreto se discute la procedencia de aplicar el principio de jurisdicción universal a un supuesto de genocidio, el valor del razonamiento jurídico que subyace a la motivación del Tribunal para justificar la competencia de los tribunales españoles debe tenerse presente también cuando se intente defender la cristalización y vigencia del *aut dedere aut iudicare* en relación con los delitos que, como el genocidio, han sido catalogados por el Derecho Internacional consuetudinario como violaciones de *ius cogens*. Estando este último principio englobado dentro del principio de jurisdicción universal, la relevancia de la afirmación de la vigencia del mismo que se lleva a cabo en esta sentencia es más que evidente.

“La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo [RTC 2000, 87], F. 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada

¹²³ STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala II del Tribunal Constitucional, FJ 5.

uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como «la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional¹²⁴».

3.3.2. Audiencia Nacional

Hasta noviembre de 2009, España era uno de los pocos países europeos que contenía una disposición en la que se reconocía expresamente el principio de jurisdicción universal (artículo 23.4 de la LOPJ). La Audiencia Nacional, en aplicación de este principio inició diversos procesos para enjuiciar la comisión de algunas de las violaciones más graves del Derecho Internacional. La complejidad del ejercicio de una jurisdicción que no cuenta con otra justificación que la grave naturaleza de los delitos enjuiciados y que choca continuamente con la negativa de los Estados a ceder su soberanía, sumado a las tensiones diplomáticas que provoca el enjuiciamiento de un tipo de delitos que se imputan con frecuencia a dirigentes de Estados extranjeros o autoridades, ha tenido como resultado que la mayoría de los casos no hayan avanzado más allá de la apertura del procedimiento. A título de ejemplo, puede citarse la apertura de procesos criminales por las matanzas en Gaza en 2002 contra sujetos del Gobierno Israelí, por el delito de genocidio ocurrido en el Tibet, por la matanza de hutus en Ruanda, por la matanza de jesuitas en 1989 contra el ex Presidente salvadoreño, por el genocidio maya contra el ex presidente del Gobierno de Guatemala o por los famosos casos Pinochet, Scilingo o Couso, analizados seguidamente.

➤ Pinochet, Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (no. 1998/28720, rec. 84/1999)

El caso Pinochet constituye un precedente revolucionario en el ámbito del efectivo reconocimiento y justificación de la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal. La detención del General Pinochet por parte de las Autoridades del Reino Unido que este Estado reconocía la competencia de los tribunales españoles, que resultaba de la

¹²⁴ STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala II del Tribunal Constitucional, FJ 9.

aplicación del principio de justicia universal basado en el carácter internacional de los intereses violados.

Sin entrar en el análisis profundo de una sentencia cuya relevancia ha inspirado la publicación de libros enteros¹²⁵, conviene, a efectos de identificar apoyos jurisprudenciales a la tan reconocida y con frecuencia teórica aplicabilidad directa del Derecho Internacional consuetudinario en el ámbito de los delitos de *ius cogens*, resaltar algunos de los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico duodécimo del Auto de solicitud de extradición de Pinochet de la AN de 3 de noviembre de 1998:

“..absolutamente todos los tratadistas reconocen la vigencia directa del principio internacional de protección universal en materia de jurisdicción sobre los delitos de genocidio”.

Las líneas reproducidas, al ser esgrimidas por la AN como argumento para justificar la jurisdicción de los tribunales españoles representan un importante precedente de reconocimiento por un lado, de la aplicabilidad directa del Derecho Internacional consuetudinario, sin necesidad de contar con una legislación interna que positivice este contenido y por otro lado, del carácter de *ius cogens* del delito de genocidio.

El “principio internacional de protección universal en materia de jurisdicción” es una expresión que puede interpretarse como aglutinadora del *aut dedere aut iudicare* como mecanismo que posibilita el cumplimiento de este enunciado. Su aplicación directa por un tribunal como la AN para justificar su competencia, junto al paralelo reconocimiento convencional de la vigencia de este principio (que determina su supremacía sobre un principio de jurisdicción universal de más difícil prueba y aceptación por parte de una comunidad internacional que todavía venera la ficción de la soberanía nacional) y la argumentación doctrinal expuesta, podrían ser indicadores más que determinantes de la naturaleza de Derecho Internacional consuetudinario, y por tanto aplicable, de la obligación de extraditar o juzgar.

¹²⁵ GARCIA ARAN, M., LOPEZ GARRIDO, D., Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

➤ Caso Scilingo, Sentencia de 19 de abril de 2005, No. 16/2005.

Esta sentencia representa en palabras de Jaén Vallejo “una de las mayores expresiones de ejercicio del principio de justicia universal por dicho Tribunal¹²⁶”. Esta sentencia fue recurrida en casación; en la sentencia 798/2007 de 1 de octubre el TS confirmó el pronunciamiento jurídico de la AN.

La impunidad de la que disfrutaban los autores de algunas de las más flagrantes violaciones del Derecho Internacional en Argentina fue el resultado de las Leyes de Punto y Final y de Obediencia Debida, promulgadas tras el fin de la “Guerra Sucia” (siendo estas leyes declaradas inconstitucionales dos meses después de que la AN dictara su sentencia). En este contexto, Scilingo fue condenado por un delito de lesa humanidad a 30 años de privación de libertad.

Por un lado, debe destacarse la contundencia con la que se afirma por parte del órgano jurisdiccional la prevalencia de la jurisdicción universal para el enjuiciamiento de estos delitos sobre las leyes internas argentinas citadas que impedían la apertura de estos procedimientos.

No obstante, a efectos del presente trabajo, el razonamiento jurídico que debe subrayarse es aquel recogido en los fundamentos de derecho que reconoce la vigencia del principio de jurisdicción universal en todos los Estados del mundo fundamentándolo en el Derecho Internacional, aparentemente consuetudinario en tanto que no se hace referencia explícita a la recepción de este principio en un Convenio o Tratado Internacional:

“En esta línea ha sido innovadora la argumentación del juez argentino Cavallo, en auto de 6 de marzo de 2001, que declaraba nulas las Leyes de obediencia debida y punto final. En dicho auto se contienen importantes consideraciones, que hacemos totalmente nuestras:

«(...) el carácter de *ius cogens* y *erga omnes* que se les reconoce a algunas conductas consideradas como crímenes contra el Derecho de Gentes. Una primera consecuencia que surge ante la comisión de conductas de esta naturaleza es que la Humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal, aún cuando el derecho doméstico del Estado o Estados donde tuvieron lugar no las considere prohibidas penalmente (...). Conductas como las descritas afectan por igual a toda la humanidad y por lo tanto su carácter criminal no queda librado a la voluntad de un Estado o más Estados particulares, sino que es definido en un ámbito en el que las voluntades estatales individuales se integran

¹²⁶ JAEN VALLEJO, M. Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.

con otras para afirmar principios y reglas que en ciertos casos regirán para un Estado aun contra su voluntad. Tampoco el interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables (responsabilidad de los individuos) queda en cabeza del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos. Por el contrario, toda la Humanidad y los Estados en que ésta se organiza tienen un interés equivalente al enjuiciamiento y sanción punitiva a sus autores o partícipes. Para asegurar que tal interés sea efectivamente satisfecho, el derecho de gentes asigna competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en su contra (jurisdicción universal) (...) al enjuiciar y penar a los responsables el Estado (incluso el del territorio donde los hechos ocurrieron) actuará en interés del conjunto de la comunidad internacional, interés superior al suyo individual»”.

3.3.3. Tribunal Supremo

➤ Caso Couso STS N°1240/2006 de 5 de diciembre de 2006

La presente sentencia responde a la trágica muerte del periodista español José Couso en Iraq como consecuencia de un ataque por parte del ejército estadounidense al hotel Palestina, en el que se encontraba alojado. En este supuesto, el TS resuelve un recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Sección 2ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (Auto de 8 de marzo de 2006), que estimó un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal declarando la falta de jurisdicción de la AN para perseguir a los presuntos responsables de los hechos referidos.

De los motivos esgrimidos para justificar el recurso de casación cuya finalidad era que se declarara la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de lo que los demandantes calificaban de “crimen de guerra”, debe traerse a colación aquel que hace referencia a la infracción de ley por inaplicación del artículo 23.4 de la LOPJ. El fundamento de derecho duodécimo afirma que la AN, al declarar la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de los hechos referidos “ha dejado de aplicar el citado artículo de la LOPJ, y, al propio tiempo, ha vulnerado los Convenios de Ginebra (arts. 146 y 147 del Convenio IV) y los artículos 51.1, 51.4 y 5 y 79 del Protocolo Adicional I”.

Después de reconocer que los hechos descritos pueden llegar a ser calificados como crimen de guerra en virtud del IV Convenio de Ginebra, el Tribunal, en lo que puede considerarse un reconocimiento a la vigencia y obligatoriedad del principio *aut dedere aut judicare*, identifica una relación estrecha entre el caso presente y el derecho a la tutela judicial efectiva, “diversificado en el derecho al acceso a la jurisdicción y en el

derecho a obtener una respuesta fundada en Derecho”, claros guiños a la búsqueda de mecanismos que garanticen esta respuesta fundada en derecho y al rechazo a la impunidad. Para apoyar su postura, este Tribunal cita la STC 237/2005, FJ 2: “cuando del acceso a la jurisdicción se trata, dicha revisión también habrá de ser procedente en los casos que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigurosa, excesivamente formalista o desproporcionada en relación a los fines que preserva y los intereses que se sacrifican”. Se trae también a colación la aplicabilidad, en este caso ilimitada, del principio de jurisdicción universal. Resulta curiosa la referencia que este Tribunal, después de haber basado la competencia de los Tribunales españoles en el principio de jurisdicción universal reconocido en el 23.4 LOPJ, hace a la existencia de “un punto de conexión legítimo ante que justificaría también la extensión extraterritorial de la jurisdicción española”, afirmación que ya en esta época parece ir en la línea de la reciente reforma de la jurisdicción universal española.

Lo que puede extraerse de esta célebre sentencia de cara a la fundamentación de esta investigación es el énfasis que pone el Tribunal Supremo en la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el conocimiento de los hechos por parte de un Tribunal, que en este caso es español y responde a la aplicación de un principio de jurisdicción universal reconocido en la LOPJ, pero que en última instancia puede entenderse como expresión del compromiso de lucha contra la impunidad que en otros casos podrá materializarse a través de la aplicación de un derecho internacional convencional o consuetudinario.

➤ Caso Cavallo (Argentina) sentencia nº 705/2007 de 17 de julio

Ricardo Cavallo era un ex oficial que sirvió a la junta militar argentina durante la “Guerra Sucia” entre 1978 y 1983. Era parte de una escuadra que secuestró, torturó y mató a sospechosos de rebeldía/subversión. Después de que la dictadura militar hubiera caído, se iniciaron algunos procedimientos para enjuiciar a algunos de los autores de estos delitos que fueron frenadas mediante la promulgación de dos leyes de amnistía: la Ley de Punto Final y la Ley de Obediencia Debida. Casi todos los generales y oficiales se vieron beneficiados por estas normas. Cavallo fue arrestado en México el 24 de agosto del 2000, en base a una orden de detención dictada por el juez español Baltasar Garzón, siendo extraditado a España en junio de 2003 para ser juzgado por delitos de terrorismo y genocidio. La jurisdicción española en este caso se cuestionó en tanto que su competencia se basaba en el principio de jurisdicción universal reconocido en el

LOPJ de 1985. La duda sobre la aplicabilidad de una ley que no había sido promulgada en el momento de los crímenes se resolvió a favor de la aplicabilidad de esta ley de manera en tanto que se trataba de una ley procesal cuya aplicación retroactiva no infringiría el principio de legalidad. Tras la declaración de inconstitucionalidad de estas leyes por parte del Tribunal Constitucional argentino, el Tribunal Supremo revoca la decisión de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 2006 que había declarado no poseer jurisdicción para conocer del caso.

En este caso, el Tribunal Supremo afirmó que el principio de universalidad no conocía más límite que la *res judicata* por lo que el mero desarrollo de investigaciones en Argentina no justifica la declaración de falta de jurisdicción por parte de los Tribunales Españoles. Este Tribunal corrobora mediante este pronunciamiento su reconocimiento al principio de jurisdicción universal cuando se trata de delitos de Derecho Internacional, cuya gravedad se ve reconocida con frecuencia a través de instrumentos convencionales que pretenden su erradicación. La naturaleza de estas violaciones del Derecho Internacional que determinaba la procedencia de la aplicación del principio de jurisdicción universal a los referidos crímenes, no se veía desplazada por el inicio de investigaciones por parte de los órganos judiciales argentinos.

Razonamiento del Tribunal Supremo que conviene destacar en tanto que evidencia la acusada esquizofrenia interpretativa de nuestro Tribunal cuyo brote más fuerte está sufriendo en estos momentos la historia española.

4. CONCLUSIÓN

La diferencia principal entre el principio de jurisdicción universal, y la obligación de extraditar o juzgar es que el segundo es un principio alternativo, para garantizar el efectivo enjuiciamiento del presunto autor de las referidas violaciones, parte de un presupuesto que está ausente en el principio de jurisdicción universal: la presencia del imputado en el territorio del Estado sobre el que recae el cumplimiento alternativo de extraditar o juzgar. Este principio, aunque deducible del sentido de la propia expresión, viene recogido de manera expresa en algunos de los Tratados ratificados por España¹²⁷.

En este sentido, se puede afirmar que la propia construcción del *aut dedere aut judicare* ya exige un vínculo o nexo con el Estado que va a aplicar este principio con la finalidad de evitar la impunidad. Este nexo podría contribuir a reducir la resistencia que provoca el ejercicio de una justicia extraterritorial. Se trata de una jurisdicción que traspasa sus propias fronteras para, sin ningún tipo de relación con los hechos, autores o víctimas del crimen, conocer de casos respecto de los cuales se consideran competentes otros Estados que interpretan el esfuerzo por evidenciar la universalidad de unas violaciones que atacan al conjunto de la Humanidad como un ataque a su tan preciada soberanía.

Una vez más, la descripción del Derecho Internacional del abogado alemán Gerhart Niemeyer vuelve a mostrar su vigencia: “El Derecho Internacional es un edificio construido sobre un volcán: la soberanía nacional. Cada vez que el volcán entra en erupción, el edificio vuela por los aires”.

Cierto es que el vínculo al que he hecho referencia (“que el autor de la violación se encuentre en el territorio del Estado que debe aplicar este principio”) no se configura como uno de los criterios de competencia o jurisdicción tradicionalmente reconocidos (que incluyen el principio real, personal y territorial, recogidos por ejemplo en el artículo 23 de la LOPJ y anteriormente expuestos). La legitimidad de este nexo para justificar el “intervencionismo” que puede tener como resultado la aplicación de este principio se presenta, en mi opinión como una fórmula que permite, durante la época de

¹²⁷ Entre ellos podemos encontrar el Convenio sobre la Tortura o el II Protocolo de la Convención de la Haya para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. Estos instrumentos enuncian la obligación alternativa en los siguientes términos: “La parte en cuyo territorio se comprobare la presencia del presente autor...”

transición en la que estamos, el equilibrio entre el avance del reconocimiento de la supremacía del Derecho Penal Internacional sobre el Derecho interno y una cesión de la soberanía nacional por parte de los Estados. Este vínculo representa una ficción a la que los Estados se pueden acoger para legitimar su actuación tendente a garantizar el enjuiciamiento de los presuntos autores de las violaciones más graves del Derecho Internacional, de cara a otra combativa y resistente ficción: la soberanía nacional.

¿Con qué herramientas contamos para averiguar si la obligación de extraditar o juzgar se configura como Derecho Internacional consuetudinario, con las consecuencias que esto lleva aparejado en relación con su obligatoriedad?

En esta línea de investigación acerca de los requisitos para poder calificar un principio como Derecho Internacional consuetudinario, Ollé Sesé, aludiendo en este caso al principio de jurisdicción universal, se refiere a lo que él denomina “los dos indicadores de verificación: el Derecho Internacional convencional y la práctica de los Estados tanto en el terreno legislativo como en el judicial, como posible reafirmación de una práctica consuetudinaria¹²⁸”. Resulta interesante ante de cara a identificar analogías con la hipótesis que aquí se intenta defender el hecho de que este autor concluya que “de acuerdo con la evolución del Derecho Internacional reflejada en los convenios estudiados en materia de crímenes internacionales de primer grado y de segundo grado se incluyen disposiciones sobre jurisdicción universal permitiendo, en todo caso, su ejercicio. También algunos convenios analizados reflejan, como manifestación o vertiente del principio de jurisdicción universal, la obligación *aut dedere aut judicare*, juzgar o extraditar, condicionada en ocasiones a que el presunto responsable se encuentre en el territorio donde fuere aprehendido”. Esta última frase junto con el hecho de que este autor cite a Oppenheim, en un apartado de su obra en el que señala los convenios que determinan el principio *aut dedere aut punire*, de forma prácticamente coincidente con los convenios aquí expuestos, representan un importante apoyo doctrinal, amparado jurisprudencial y convencionalmente de cara a la defensa de la cristalización del *aut dedere aut judicare* como Derecho Internacional consuetudinario, al menos dentro del alcance de este estudio: en relación a su consideración como tal desde el punto de vista español.

¹²⁸ Supra OLLE SESE, p.240.

Este autor considera que para determinar si España goza o no de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de lo que él denomina un crimen internacional de primer grado (que, como se ha visto antes, aglutinan a las violaciones graves de Derecho Internacional que protagonizan este trabajo), el planteamiento debe efectuarse desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional y no exclusivamente desde el derecho doméstico.

Afirma que la condición de *ius cogens* de estos crímenes (derivada del derecho convencional o consuetudinario) despliega toda su eficacia sobre las obligaciones que los Estados han contraído para el enjuiciamiento de estos crímenes lo cual haría innecesaria un precepto interno como el 23 de la LOPJ ante el deber de la aplicación directa del DPI (convencional, consuetudinario y principios).

El alcance de este trabajo se limita a intentar responder a esta pregunta en relación con España. Lo que se pretende averiguar a través del análisis de su práctica convencional, legislativa y jurisprudencial es la naturaleza jurídica que España reconoce a la obligación de extraditar o juzgar.

Para abordar el análisis de la naturaleza del principio *aut dedere aut iudicare* conviene aludir al trabajo de sistematización, clarificación y definición de la costumbre en el Derecho Internacional de Anthea Elizabeth Roberts: “Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation” de 2001.

Una de las principales aportaciones del citado artículo es la distinción que hace entre la costumbre moderna y la costumbre tradicional, considerada esta última el resultado de una práctica general y consistente seguida por los Estados por considerarse una obligación legal¹²⁹.

Este tipo de costumbre se centra en la práctica de los Estados, en la forma de interacción interestatal y en la aquiescencia. La *opinio iuris* tiene en este ámbito una consideración secundaria, soliendo invocarse para distinguir entre las que son obligaciones jurídicas y las que no lo son. Otras características de la costumbre tradicional son su naturaleza evolutiva y el hecho de que se identifique a través de un proceso inductivo. También ha de destacarse el carácter práctico que suele atribuirse a esta costumbre¹³⁰.

¹²⁹ North Sea Continental Shelf, (FRG/Den.;FRG/Neth.), 1969 ICJ REP. 3, 44 (Feb.20).

¹³⁰ En este sentido, Roberts distingue entre “Facilitative and moral customs”. Las primeras promueven la existencia y cooperación pero no tratan cuestiones morales sustantivas (como por ejemplo que los barcos pasen por la izquierda) mientras que las segundas, en el caso extremo prohíben acciones independientemente de que faciliten o no la cooperación y coexistencia entre los Estados y tienen un alto

En cuanto a la costumbre moderna, ésta se deriva de un proceso deductivo que em pieza con unas declaraciones generales de normas en lugar de con prácticas particulares de los Estados. Se desarrolla más rápidamente porque se deduce de Tratados multilaterales, declaraciones en foros internacionales como la Asamblea General, que tienen la capacidad de declarar costumbres existentes, consolidar costumbres emergentes y generar nuevas costumbres¹³¹. La costumbre moderna suele tener un fuerte contenido moral e incluso teleológico¹³².

Atendiendo a esta clasificación, podemos traer a colación aquí la naturaleza de Derecho Internacional consuetudinario que, como costumbre moderna, las conclusiones deducidas de los Tratados Internacionales ratificados por España, nos permiten atribuirle a este principio.

Los Tratados multilaterales analizados contemplan, en su totalidad, de una u otra forma, la referida obligación. Los bilaterales analizados no son tan contundentes en algunos casos, entre otras cosas porque no se limitan a regular la extradición para los autores de las más graves violaciones de Derecho Internacional, sino que sus preceptos son aplicables a los presuntos autores de delitos menores.

Ello explica, sin que se cuestione la vigencia de la referida obligación, cuando se trata de violaciones de *ius cogens*, que en muchos de los Tratados bilaterales analizados la nacionalidad del individuo requerido se configura como causa para denegar la extradición. En el plano doctrinal, el debate ha resultado en la primacía de la posición contraria a la exclusión de la extradición, esencialmente por apreciar que la tesis favorable se fundamenta en un sentimentalismo político contrario a las exigencias de la solidaridad internacional¹³³.

De manera global, puede dilucidarse en los Tratados y Convenios Internacionales analizados una tendencia a garantizar el enjuiciamiento de los presuntos autores de los delitos recogidos en los instrumentos evitando la formulación de prohibiciones como la no extradición de nacionales.

contenido moral (por ejemplo normas de *ius cogens* que prohíben el genocidio), Roberts, Anthea E., *Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation*, American Journal of International Law, vol. 95:757, 2001, p. 764.

¹³¹ EDUARDO JIMÉNEZ DE A RÉCHAGA, *Custom, in Change and Stability in International Law-making* 1, 2-3 (Antonio Cassese and Joseph H.H Weiler eds. 1988) p.48.

¹³² Supra nota al pie 8, p.765.

¹³³ BELLIDO PENADES, R. *La extradición en derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Civitas, Madrid, 2001, p. 102 citando a Quintano, Jiménez de Asúa, Manzanares, Pastor y Sebastián.

La legislación interna y la jurisprudencia podrían, a la luz de la definición de Roberts, considerarse elementos configuradores de la costumbre tradicional. A nivel de legislación interna, como se ha analizado en el apartado correspondiente, el reconocimiento del carácter de Derecho Internacional consuetudinario de esta obligación y sobre todo su aplicabilidad a la figura de la extradición, en tanto que costumbre, es dudosa. A nivel constitucional, el artículo 13.3 enuncia el principio “*nulla traditio sine lege*” en relación a la extradición, excluyendo expresamente entre las fuentes de la extradición pasiva la costumbre.

Por otra parte, el tratamiento que la LOPJ otorga a la figura de la extradición ha sufrido una reforma clave en el 2009. Tras esta reforma, el principio de jurisdicción universal que se contemplaba, entre otros, respecto de los crímenes contra la Humanidad aquí recogidos, podría entenderse sustituido por el *aut dedere aut judicare*. A esta conclusión se puede llegar mediante la interpretación conjunta de la naturaleza de violaciones de *ius cogens* que la ley de reforma de este artículo reconoce a los ilícitos en él contemplados junto con una interpretación de la expresión “constatarse algún vínculo de conexión relevante con España” que reconozca la presencia del individuo en el territorio de un Estado como vínculo.

No obstante, estando estas valoraciones al margen del presente trabajo, las presuntas manifestaciones contrarias al reconocimiento de la aplicabilidad de este principio como Derecho Internacional consuetudinario, se salvarían atendiendo a las ya analizadas relaciones de jerarquía entre el Derecho interno y Tratados Internacionales, ya que los crímenes contra la Humanidad a los que se refiere este trabajo es tan en su totalidad recogidos, como se ha visto ya, en Tratados Multilaterales ratificados por España que reconocen la referida obligación. Sin embargo, estas consideraciones, que de algún modo reducen las lagunas que se puedan producir en España, tienen una relativa trascendencia a efectos de la consolidación de esta obligación como costumbre, en tanto que la aplicabilidad de la misma se fundamenta en el carácter obligatorio de los instrumentos convencionales.

La jurisprudencia de los Tribunales nacionales en relación con la obligación de extraditar o juzgar es bastante escasa en tanto que en la mayoría de los casos que pueden traerse a colación realmente versan sobre la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal. Las conclusiones que pueden extraerse de las sentencias analizadas puede

resumirse, a grosso modo, afirmando que el reconocimiento del *aut dedere aut judicare* se infiere del propio reconocimiento que las sentencias aquí analizadas hacen de la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal. Estando comprendida esta obligación alternativa en el más amplio principio, el razonamiento expuesto con anterioridad nos serviría para sostener que la posición de nuestros tribunales hasta ahora ha sido favorable al reconocimiento de la aplicabilidad de este principio tanto en virtud de la legislación interna como en virtud del Derecho Internacional. Todavía es pronto para juzgar los cambios que la reforma de la LOPJ pueden provocar en la postura de nuestros Tribunales¹³⁴.

La posición de la doctrina estudiada, tanto nacional como internacional, ha manifestado, desde el constructivismo, no solo el reconocimiento de la naturaleza de Derecho Internacional consuetudinario del *aut dedere aut judicare* sino la necesidad, en aras de la justicia, de consolidación definitiva de este principio en el Derecho Internacional. No obstante, también se puede encontrar una minoría discrepante¹³⁵.

El análisis realizado, aunque no sirve para llegar a una conclusión definitiva sobre la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare*, trata de establecer criterios que evidencien las posturas de los Estados con el fin de contribuir a dar una respuesta a la CDI, que tiene como objetivo determinar, a nivel global, la naturaleza jurídica de la célebre obligación.

De todo lo anterior se puede deducir que la práctica convencional, legislación interna y práctica judicial española nos permiten concluir que España reconoce la naturaleza convencional del *aut dedere aut judicare*. Para las lagunas que se plantean, interpretaciones alternativas o falta de referencia explícita o práctica unánime en este sentido podría acudir al constructivismo, en tanto que del éxito de la consideración como Derecho Internacional consuetudinario depende la consolidación de un mecanismo tendente a evitar la impunidad.

¹³⁴ MARTÍNEZ RIVAS (supra p. 369 y ss) hace una valoración de los distintos tribunales en relación al principio de jurisdicción universal.

¹³⁵ MALCOLM N. SHAW, p.686: “The practice of extradition (...) is based upon bilateral treaty law and does not exist as an obligation upon states in customary law”.

Este constructivismo no debe ser entendido en el sentido de herramienta para crear una ficción que permita el reconocimiento de la naturaleza de Derecho Internacional consuetudinario de esta costumbre. El carácter de violación de *ius cogens* reconocido por la sociedad internacional a los crímenes internacionales respecto de los cuales se intenta averiguar la vigencia del *aut dedere aut iudicare* como Derecho Internacional consuetudinario, lo dota del contenido y de la justificación jurídica necesaria para que el recurso al constructivismo, en este supuesto, esté legitimado en tanto que posibilita el cumplimiento de uno de los principios fundamentales del DPI: su función de evitar la impunidad¹³⁶.

¹³⁶ La cristalización de estas violaciones graves del Derecho Internacional como violaciones de *ius cogens* se, en la actualidad, una afirmación indiscutible en el seno de la Sociedad Internacional en tanto que reconocida en innumerables sentencias, convenios y declaraciones. Así lo manifiesta la doctrina más autorizada: Cherif Bassiouni afirma que los crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra son crímenes internacionales *ius cogens* e imponen la obligación de extraditar o castigar, lo que permite a los Estados fundarse en la universalidad para procesar, castigar o extraditar (Bassiouni, M.C., citado por Olle Sese, supra. P.229).

5. BIBLIOGRAFIA

- BASSIOUNI, M.C., “Internacional Extradition: United States Law and Practice”, Oxford University Press, Inc. New York, 2007.
- BASSIOUNI, M.C., Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and contemporary practice in 42 VA.J. INT’L L, 2001.
- BELLIDO PENADES, R., LA extradición en derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea), Civitas, Madrid, 2001
- BUENO ARUS, F., DE MIGUEL ZARAGOZA, J., Manual de Derecho Penal Internacional, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003.
- CASSESE, A., “International Criminal Law”, Oxford University Press, New York, 2008.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., Curso de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- COBOS GOMEZ DE LINARES, M.A. y CUERDARIÉZU, A., “La otra cara del problema: La Extradición (procedimiento y efectos)”, en RFDUC, núm 157, 1979
- DÍEZ DE VELASCO, M., Instituciones del Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- GAETA, P. in CASSESE, A., The Oxford Companion to International Criminal Justice, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- GARCIA ARAN, M., LOPEZ GARRIDO, D., Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., La extradición en el Ordenamiento Interno Español, Internacional y Comunitario, Editorial Comares, Granada, 2005.
- GOMEZ CAMPELO, E., Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español, Servicio de Publicaciones Universidad de Burgos, Burgos, 2005
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., SAÉNZ DE SANTA MARIA, P.A., “Curso de Derecho Internacional Público, Ed. Civitas, Madrid, 2008.
- GRAEFFRATH, B., Leave to the Court what belongs to the Court: The Lybian Case, European Journal of International Law, 4, 1993.
- JAEN VALLEJO, M. Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., Custom, in Change and Stability in international Law-making 1, 2-3 (Antonio Cassese and Joseph H.H Weiler eds., 1988.

KRESS C., “Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus”, p. 1, in *The European Journal of International Law* Vol. 20 no. 4, EJIL 2010;

MALCOLM N. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008.

MARTINEZ RIVAS F., Notas de urgencia sobre el principio de jurisdicción universal y la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. II nº1, 2010.

MICHAEL J. MATHESON, The Amendment of the War Crimes Act, p.49, *The American Journal of International Law*, Vol 101:48, 2007.

OLLE SESE, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Madrid, 2008.

PASTOR BORGÑOÑON, Comentarios a la Ley 4/1985 de 21 de marzo de extradición pasiva, en *PJ*, 1985.

PAUST, J., “Customary International Law: Its Natures, Sources and Status as Law of the United States, 12 MICH. J. INT’L L.59, (1990), revised in *INTERNATIONAL LAW AS OF THE UNITED STATES* 1 (1996) en “*International Criminal Law, Cases and Materials*”, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2000

PLACHTA, M., The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare, *European Journal of International Law*; 12, 1, 2001

PIERRE KLEIN, LAURENCE BOISSON DE CHAZOUMES, XUE HANGIN, DAVID CARON, “The state of state responsibility”, *American Society of International Law*, Washington, 2002.

QUINTANO RIPOLLES, A., *Tra tado de Derecho Penal Intenacional e Internacional Penal*, tomo I, Madrid 1955, tomo II, Consejo de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1957.

REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional público*, 2. *Derecho de los Tratados*, Madrid, 1987.

ROBERTA ARNOLD, “The Abu Ghraib Misdeeds: will there be Justice in the Name of the Geneva Conventions?”, *Journal of International Criminal Justice* 2, Oxford University Press, 2004.

ROBERTS, ANTHEA E., Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation, *American Journal of International Law*, vol. 95:757, 2001

THEODOR MERON, “Revival of Customary Humanitarian Law”, The American Journal of International Law, Vol 99, Iss.4, p. 827, Washington, 2005.

WISE, E and BASSIOUNI, M.C, *Aut Dedere Aut Judicare*,: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995.

Ministerio de Justicia en 2008: “Convenios de asistencia jurídica internacional en materia penal”, Ministerio de Justicia, 2008 y el “Prontuario del CGPJ”, elaborado por dicha institución, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado: <http://www.prontuario.org/>

Documentos Naciones Unidas

Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

ICTY President’s report to the UN General Assembly on the activities of the Tribunal during 1997 (UN Doc. A/RES/52/475, 18 september 1997).

Order of the ICTY President in *Blaskic* (3 april 1996, S7), the annual report for 1996 of the ICTY President to the General Assembly (A/51/292, 16 august 1996) at S 182 as well as *Milosevic* (decision on preliminary motions (S47).

A/RES/60/147.

E/CN.4/2005/L.48, p.7 de 13 de abril de 2005.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56º período de sesiones, Anexo, p.345, UN Doc. A/59/10.

Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), 2006, p.19, UN Doc. A/CN.4/571.

Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/63/10), 2008.

Sentencias

Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000, (République Démocratique du Congo c. Belgique), Arrêt du 14 Février 2002, Opinion Dissidente de Mme Van Der Wyngaert P. 174, Cour Internationale de Justice.

Asunto del trato de los nacionales polacos en el territorio de *Dentzing*, C.P.J., Serie A/B, n.44:28, y asunto de las escuelas minoritarias en Albania Serie A/B, n.64:19-20;

Asunto de los nacionales americanos en Marruecos, C.I.J., Rec. 1952: 212.

Asunto de la competencia en materia de pesquerías, C.I.J., Rec.1973: 18.

Prosecutor v. TIHOMIR BLASKIC, IT-95-14 -AR (Judgement on the request of the Republic of Croatia for Review of the decision of the trial chamber II of 18 July 1999) de 29 de octubre de 1997.

North Sea Continental Shelf, (FRG/Den.;FRG/Neth.), 1969 ICJ REP. 3, 44 (Feb.20).

Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Caso Gonzáles y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

STS 327/2003 de 23 de febrero.

STC 11/85 de 30 de enero.

STC 87/2000 de 27 de marzo.

STC 102/2000 de 10 de abril.

Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 30 de junio de 1998 y de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la AN de 19 de mayo de 1998.

STC 141/98 de 29 de junio, Recurso de Amparo núm. 2018/1997, Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

Auto núm. 274/1987 de 4 marzo, Sala II del Tribunal Constitucional.

Auto núm 499/1988 de 24 de abril, Sala II del Tribunal Constitucional.

STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala Segunda, Tribunal Constitucional.

STC 11/1985 de 30 de enero, Sala 1ª en BOE de 5 de marzo de 1985.

STC 28/1991 de 14 de febrero.

STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala II del Tribunal Constitucional.

STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala II del Tribunal Constitucional.

ANEXO.

OTROS DOCUMENTOS A TENER EN CUENTA Y QUE PUEDEN DETERMINAR LA CRISTALIZACIÓN DEL AUT DEDERE AUT JUDICARE COMO COSTUMBRE INTERNACIONAL

➤ Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. Resolución de 3074 (XXVIII) AG de 3 de diciembre de 1973 por la que se aprueban estos principios confirmó que los crímenes de lesa humanidad y los de guerra, donde quiera que hayan sido cometidos, serán objeto de investigación¹³⁷.

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/extradicion.htm>

➤ Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad.

El artículo 21 recomienda a todos los Estados que se incluya, en todos los documentos internacionales de Derechos Humanos y que se refieren a crímenes graves conforme al DI, una cláusula de competencia universal aplicable a esos delitos. Aunque la claridad de este artículo impide que surjan dudas acerca del reconocimiento de este principio, los términos en los que se formula esta segunda parte de este precepto nos sugieren que también se está recomendando la inclusión del reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar. Así, la segunda parte de este artículo reza como sigue: “Los Estados deberán garantizar que cumplan plenamente todas las obligaciones jurídicas que han asumido para iniciar procesos penales contra las personas respecto de las cuales hay pruebas fidedignas de responsabilidad individual por delitos graves por Derecho Internacional si no extraditan a los sospechosos o los transfieren para ser juzgados ante un Tribunal internacional o internacionalizado”¹³⁸.

En este caso, la expresión utilizada por la Comisión de Derechos Humanos parece albergar el reconocimiento del *aut dedere aut judicare* en los términos de triple

¹³⁷ Supra OLLE SESE, p.229.

¹³⁸ Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principio 21, p.13.

alternativa planteada por el relator especial para este tema, definida al comienzo de este trabajo.

➤ Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones

Estos principios fueron aprobados por la Resolución 60/147 de la AG el 6 de diciembre de 2005¹³⁹ y también en ellos puede identificarse el reconocimiento a la obligación de extraditar o juzgar a través de la misma construcción de triple alternativa que encontramos en el documento anterior¹⁴⁰.

➤ Customary International Humanitarian Law, March 2005 Rule 157 reconoce la obligación de extraditar o juzgar

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/612?OpenDocument>

¹³⁹ A/RES/60/147.

¹⁴⁰ E/CN.4/2005/L.48, p.7 de 13 de abril de 2005: “Con tal fin, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal. Además, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes y prestar asistencia judicial y otras formas de cooperación para la administración de la justicia internacional, en particular asistencia y protección a las víctimas y a los testigos, conforme a las normas jurídicas internacionales de derechos humanos y sin perjuicio de disposiciones jurídicas internacionales tales como las relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en relación a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional.