



## Aut dedere aut iudicare

Marta Sosa Navarro  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[martasosanavarro@gmail.com](mailto:martasosanavarro@gmail.com)

### Resumen

Este trabajo aborda el concepto, origen, función y naturaleza jurídica de una herramienta procesal que ha adquirido un importante protagonismo en los últimos tiempos a la luz de su gran potencial para luchar contra la impunidad en el ámbito de los más graves crímenes internacionales: la obligación de extraditar o juzgar.

### Palabras clave

Obligación de extraditar o juzgar, impunidad, derechos procesales, graves crímenes internacionales, jurisdicción, principio de complementariedad, Corte Penal Internacional.

## Aut dedere aut iudicare

### Abstract

This work addresses the concept, origin, role and legal nature of a procedural tool that has progressively gained relevance in the light of its potential to fight impunity in respect of the most serious international crimes: the obligation to extradite or prosecute.

### Keywords

Obligation to extradite or prosecute, impunity, procedural rights, serious international crimes, jurisdiction, complementarity principle, International Criminal Court.

## 1. ¿Qué es y de dónde viene la obligación de extraditar o juzgar?

La obligación de extraditar o juzgar es una cláusula procesal en virtud de la cual el Estado que halla en su territorio a un presunto delincuente, tiene la obligación de elegir entre una de las siguientes opciones: o lo extradita a un Estado que, habiéndolo reclamado, tenga jurisdicción para conocer del delito de que se trate o abre un procedimiento para que sus tribunales investiguen y enjuicien directamente los hechos. Pero, ¿cuál es el contenido exacto de esta aparente obligación alternativa y cuándo podemos ubicar su nacimiento?

Sin perjuicio del reconocimiento del importante papel que, en el desarrollo y construcción de este principio, desempeñaron algunos religiosos españoles testigos de las atrocidades cometidas por la Corona española en América en el siglo XVI (Abad Castelos, 2012: 70), la mayor parte de la doctrina coincide en otorgar al jurista holandés Hugo Grocio el mérito de haber sentado los cimientos de lo que más tarde se consolidaría como el moderno *aut dedere aut judicare*. En su célebre tratado sobre el derecho de la guerra y de la paz de 1625, Grocio nos presenta la primera versión de esta cláusula, el *aut dedere aut punire*, en los siguientes términos: “Mas, no soliendo permitir las ciudades que otra ciudad armada penetre en su territorio a título de exigir una pena, ni convenga esto, síguese que la ciudad en la cual mora el que es convicto de culpa debe hacer una de las dos cosas, o castigar, requerida ella, al delincuente, según su mérito, o permitir que se le castigue al arbitrio del interpelante; esto último es entregar, lo cual frecuentísimamente ocurre en las historias” (Grocio, 1925 [1625]: 160). Si bien es cierto que se trata de una versión embrionaria que tras la Revolución Francesa tuvo que ser adaptada para incorporar la presunción de inocencia a su enunciado (sustituyendo la obligación de castigar por la obligación de juzgar), el *aut dedere aut punire* grociano, concebido como el derecho del Estado dañado, nace ya circunscrito al ámbito de los crímenes internacionales: “(...) este derecho (...) se ejerce en las más partes de Europa acerca de aquellos crímenes que tocan el estado público o que tienen consigo una gran atrocidad” (Grocio, 1925 [1625]: 169).

172

A pesar de la antigüedad de su primera formulación, la cláusula no volvió a adquirir protagonismo hasta que, tras la segunda guerra mundial, fue incluida en numerosos tratados como herramienta de lucha contra la impunidad en relación a aquellos crímenes internacionales de especial gravedad (Convenios de Ginebra de 1949, Convenio sobre el Tráfico de Personas, 1950, Convenio de la Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, entre otros). Cada uno de estos instrumentos introduce distintos y relevantes matices en la configuración de la referida obligación, lo cual nos conduce, entre otras cosas, a hacernos la siguiente pregunta: ¿es la obligación de extraditar o juzgar una obligación puramente alternativa? Es decir, ¿puede el Estado en el que se halla el presunto delincuente optar libremente entre la extradición o el enjuiciamiento del mismo? Lo cierto es que si bien algunos autores sostienen que la discrecionalidad es total a la hora de elegir entre una u otra posibilidad (Scharf, 2011: párr.1), el análisis de la evolución convencional del *aut dedere aut judicare*, ha permitido constatar que no existe un único modelo de interacción entre ambas figuras que ofrezca una directrices claras sobre los principios que deben guiar las relaciones entre las dos opciones. En este sentido, en un estudio realizado en el 2010, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI), que, a través del nombramiento de un Relator Especial y la creación de un Grupo de Trabajo para investigar este tema, ha trabajado entre el año 2005 y 2014 para intentar ofrecer respuestas acerca del fundamento, contenido, alcance y naturaleza jurídica de esta obligación, clasifica las posibles relaciones entre la extradición y el enjuiciamiento en dos grupos: a) cláusulas que imponen la obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto delincuente se halle en el

territorio del Estado, de la que puede liberarse concediendo la extradición; y b) cláusulas en virtud de las cuales la obligación de juzgar solamente es aplicable cuando se deniega la entrega del presunto delincuente tras una solicitud de extradición (CDI, 2010: 66). Si bien es cierto que esta división se traslada también al ámbito doctrinal (véase, como representantes del primer grupo, Van Steenberghe, 2011: 1089 y como defensores del segundo, Remiro Brotóns, 2007: 1255), el gran número de variables que en cada caso hacen que resulte más adecuado optar por una u otra alternativa y la inexistencia de un consenso internacional acerca de la jerarquía entre ambas opciones, nos lleva a concluir que, al menos en lo que respecta a los más graves crímenes internacionales, la posición más lógica para enfrentar esta cuestión es la esbozada por Michael Plachta, que invita a tomar la decisión sobre si extraditar o juzgar en función del caso concreto (Plachta, 1999: 133).

Con todo, a pesar del carácter abierto y flexible de la moderna configuración del *aut dedere aut judicare*, es preciso subrayar la existencia de un elemento invariable e inherente a su definición: la presencia del sospechoso en el territorio del Estado sobre el que recae la obligación como *conditio sine qua non* para su activación.

## 2. ¿Para qué sirve?

La efectiva aplicación de la obligación de extraditar o juzgar en el ámbito de los más graves crímenes internacionales se presenta así como una herramienta procesal capaz de contribuir a la realización de dos objetivos fundamentales para la consolidación de un derecho internacional cimentado sobre los valores de seguridad y justicia: el respeto y protección de las garantías procesales y la erradicación de la impunidad para las más graves violaciones de derechos humanos.

Vayamos por partes. No cabe duda de que el respeto a los derechos del sospechoso sólo puede asegurarse encauzando cualquier indicio de delito hacia un proceso penal ante un tribunal vinculado por el carácter universal e irrenunciable de los derechos humanos. En este sentido, y sin perjuicio del reconocimiento de variaciones en los estándares de protección de algunos derechos de seguridad jurídica en los distintos sistemas domésticos, regionales e internacionales de protección de los derechos humanos (García Falconi, 2010: 344; Clapham, 2006: 347; Albanese, 1992: 142), es menester subrayar aquí que la efectiva implementación del *aut dedere aut judicare* por parte de un Estado garantizaría que tanto el enjuiciamiento como la extradición del sospechoso se llevaran a cabo en el marco de un procedimiento regulado respetando el contenido mínimo de los referidos derechos, contribuyendo, al mismo tiempo, a su armonización. Yendo un paso más allá, se puede inferir que si se consolidara como un principio universal que rigiera las relaciones de cooperación penal entre los Estados, esta cláusula, al definir el alcance y contenido de las dos alternativas que la componen, desempeñaría un importante papel en la armonización del contenido de los derechos de seguridad jurídica de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos, tanto en el ámbito del proceso como en el marco de la extradición.

Llegados a este punto, es preciso abordar, aunque sea brevemente, los cuatro riesgos fundamentales que se derivan de la exposición a procedimientos de entrega no oficiales y que, como se ha avanzado, se verían superados mediante la aplicación generalizada de la referida cláusula procesal. En primer lugar, cabe destacar el secuestro como alternativa antijurídica a la que recurren algunos Estados para obtener el mismo resultado que se obtendría a través de la extradición



pero evitando aplicar el procedimiento reglado y por ende, evitando observar los requisitos y normas inherentes al mismo (O'Higgins, 1960: 279). El secuestro responde a la aplicación de la máxima *mala captus, bene detentus* (la captura ilegal no precluye el ejercicio de la jurisdicción), en virtud de la cual los Estados reivindican la jurisdicción *in personam* del sospechoso, sin entrar a valorar por qué medios se ha garantizado la presencia del mismo en el territorio, y por ende, ante los tribunales del Estado. El caso Eichmann, en el que uno de los principales arquitectos del Holocausto nazi fue secuestrado por agentes israelíes en Argentina para ser trasladado a este país, donde fue juzgado y ejecutado por un Estado israelí que desoyó las condenas de Naciones Unidas por su actuación, representa el asunto de referencia en este ámbito.

Otro de los métodos a los que recurren los Estados para evitar la aplicación de las garantías inherentes a la extradición es la llamada extradición encubierta. En ocasiones, ésta toma forma de expulsión o deportación (Gilbert, 1998: 337), mientras que en otros casos, se efectúa directamente a través del engaño, como el reciente caso del pirata somalí detenido en Bélgica después de ser trasladado a este país bajo el falso pretexto de que se iba a grabar un documental en este Estado sobre su vida, con él como protagonista o el más antiguo caso Soblen, ciudadano norteamericano que, en plena guerra fría, fue deportado a su país por el Reino Unido tras haber sido condenado por espiar para la USSR (O'Higgins, 1964: 521).

La entrega extraordinaria, institucionalizada como alternativa a la extradición tras los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos, en el marco de la guerra contra el terror, es otra de las prácticas que ha sido extensamente denunciada y analizada por parte de la doctrina y las organizaciones de derechos humanos. La misma, que ha vuelto a estar de actualidad en estos días tras la publicación del Informe del Comité de Inteligencia del Senado de EEUU sobre las torturas de la CIA (3 de Diciembre 2014), consiste en la detención ilegal de presuntos terroristas a los que no se le imputa ningún delito y a los que, previo traslado a los llamados "agujeros negros" de la CIA (Sadat, 2006: 309), se somete a torturas y tratos inhumanos o degradantes. La colaboración o aquiescencia de otros Estados, entre los cuales hallamos muchos europeos, ha sido clave a la hora que esta práctica cristalizase (Satherwaite, 2008: 37).

Por último, es posible hallar el asesinato selectivo como último paso en la involución de la cooperación penal internacional en la lucha contra la impunidad, y como alternativa antijurídica al procedimiento rogado. Es una figura que viene siendo utilizada desde hace tiempo por Estados como Israel pero que está ahora en auge a raíz de la nueva tendencia al recurso a los aviones no tripulados por parte de los EEUU para asesinar a supuestos terroristas en Estados como Yemen o Paquistán (Rodríguez-Villasante y Prieto, 2013: 349).

El segundo vacío que pretende colmar esta cláusula procesal es el de la impunidad para las más graves violaciones de derechos humanos. La propia naturaleza de los crímenes internacionales hace que con frecuencia los responsables de los mismos formen parte de la clase política del Estado, utilizando, en muchas ocasiones, el poder que ello les confiere para escapar a la justicia. Si bien es cierto que por un lado existe un marco jurídico convencional que prohíbe la impunidad, identificado sobre todo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1970, en los últimos tiempos ha experimentado un auge en el seno de Naciones Unidas con iniciativas como la aprobación de los Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad de 2005 o el nombramiento de un Relator Especial para la Promoción de

la verdad, justicia, reparación y garantías, que comenzó a funcionar en 2012. Sin embargo, a pesar de esta tendencia, entre los obstáculos que encuentra el derecho penal a la hora de investigar y enjuiciar los más graves crímenes internacionales figuran las leyes de amnistía y la inmunidad de jurisdicción.

En relación a las leyes de amnistía, debe subrayarse que solo en los últimos 30 años se han promulgado más de 20 leyes de amnistía en todo el mundo. En lo que se refiere, sin embargo, al impedimento que representa la figura de la inmunidad de jurisdicción, debe traerse a colación el célebre precedente sentado por el caso del entonces Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo al que, en 2001, acusado de crímenes de lesa humanidad, el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) reconoció la inmunidad de jurisdicción basándose en el derecho internacional consuetudinario. Desde entonces, la propia jurisprudencia de este tribunal ha reconocido unos límites temporales a esta figura.

En cualquier caso, es un tema sobre el que no existe un consenso universal y así lo demuestra el hecho de que, a diferencia del TIJ, los tribunales penales internacionales como la Corte Penal Internacional o los tribunales ad hoc no se sienten vinculados por esta inmunidad de jurisdicción. También entre la doctrina y entre los propios jueces internacionales, hay opiniones que sostienen que la inmunidad *rationae materiae* (por razón de funciones oficiales) no debe aplicarse a los crímenes internacionales.

A todo esto hay que sumarle el hecho de que no existe en la actualidad una red internacional de cooperación penal entre los Estados que permita erradicar los paraísos de impunidad en los que se refugian los autores de las atrocidades citadas. En este contexto, el *aut dedere aut judicare* se presenta como la herramienta procesal idónea para forjar esta necesaria “red de cooperación penal”, en virtud de la cual todos los Estados estarían vinculados por el compromiso de garantizar el enjuiciamiento del presunto autor de un delito ya sea a través de sus propios tribunales o a través de la extradición a un Estado con jurisdicción sobre el asunto.

El cuadro completo de la realidad jurídica en la que se inserta la obligación de extraditar o juzgar como herramienta de lucha contra la impunidad requiere prestar especial atención al rol de la Corte Penal Internacional (CPI). Para ello, es preciso exponer, en primer lugar, las razones por las que la jurisdicción de los tribunales nacionales es preferible a la de la Corte. Este tribunal tiene cuatro limitaciones fundamentales:

1. En primer lugar, la naturaleza convencional del Estatuto de Roma, que condiciona la jurisdicción de la Corte para conocer de un determinado delito a que el Estado en el que se ha cometido haya firmado el Estatuto. Ello implica que casos como el del genocidio del Tíbet, que en estos momentos cuenta con un procedimiento abierto en la Audiencia Nacional española, deban ser investigados y enjuiciados necesariamente por tribunales domésticos, por quedar, a la luz de lo expuesto, fuera de la jurisdicción de la CPI.
2. En segundo lugar, el poder que tiene el Consejo de Seguridad para iniciar y suspender procesos ante la Corte (artículos 13.b y 16 del Estatuto), condiciona la independencia de este órgano (Gutiérrez Espada, 2002: 3; Escobar Hernández, 2000: 201), frente a la objetividad del elemento activador de la competencia en el caso del *aut dedere aut judicare*, que es la presencia del presunto autor en el territorio de un Estado.



3. En tercer lugar, las dificultades probatorias inherentes a un tribunal que se encuentra normalmente a miles de kilómetros del lugar de los hechos, añadido a las limitaciones económicas evidencian también la incapacidad material para conocer de todos los casos de crímenes internacionales que tienen lugar en el mundo (Burke-White, 2008: 68). De hecho, a día de hoy y tras más de diez años de funcionamiento, los únicos procesos concluidos ante la CPI han sido el de Thomas Lubanga, condenado a 14 años de prisión por el crimen de guerra consistente en el reclutamiento de niños soldados para que participaran en las hostilidades que tuvieron lugar entre 2002-2003 en la República Democrática del Congo (CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga, sentencia de 14 de marzo de 2012); y el de Uhuru Kenyatta, Presidente de Kenia acusado de crímenes contra la humanidad acaecidos tras las elecciones presidenciales de 2007 y que el pasado 5 de diciembre fue sobreesido tras la decisión de la Fiscal del CPI de retirar los cargos contra el acusado.
4. Por último, es importante recordar que la Corte solo puede ejercer su jurisdicción sobre los delitos cometidos después del 2002, lo cual representa una limitación temporal importante que generaría importantes vacíos jurídicos que perpetuarían la impunidad si los tribunales domésticos no pudieran ejercer su jurisdicción sobre los más graves crímenes internacionales.

Pero aún en el caso de que ninguna de estas limitaciones afectara a la Corte Penal Internacional, lo cierto es que la jurisdicción de este tribunal está basada en el principio de complementariedad, que se infiere de los artículos 17.1, 18 y 20.3 del Estatuto, en virtud del cual la CPI solo ejercerá su jurisdicción sobre un caso cuando los tribunales nacionales competentes no puedan o no quieran conocer del asunto (Olásolo, 2003: 48; Kleffner, 2008: 100). De ahí, que la mayor parte de la doctrina coincida en ver la jurisdicción de la CPI como una solución *ultima ratio*, y que haya sido incluso calificada por autores como Remiro Brotóns como una jurisdicción basada en la subsidiariedad crítica (Remiro Brotóns, 2007: 1245; Gómez Benítez, 2006: 38).

Este estado de las cosas es precisamente lo que justifica la importancia de determinar la naturaleza jurídica y por ende, el alcance, de una herramienta procesal con el potencial de empoderar a los tribunales nacionales permitiéndoles ejercer el papel protagonista que les corresponde en la represión de los crímenes internacionales.

### 3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare*?

La capacidad del *aut dedere aut judicare* para cumplir con los ambiciosos objetivos que se propone depende, en última instancia, de su eficacia y de su ámbito de aplicación. Esto se encuentra inevitablemente ligado al número de Estados a los que obliga y a la naturaleza misma de esta obligación. Por este motivo, resulta fundamental determinar si estamos ante una cláusula que recoge un compromiso convencional vinculante solo para los Estados firmantes o si, por el contrario, esta obligación alternativa, al menos con respecto a determinados crímenes internacionales, ha cristalizado ya como costumbre internacional obligando, por consiguiente, a todos los Estados a observar su cumplimiento, independientemente de que hayan manifestado o no su acuerdo a través de los citados convenios o tratados.

Sin ánimo de exhaustividad, es preciso subrayar que son numerosos los instrumentos convencionales que incorporan, en relación con los más graves crímenes internacionales, la obligación de extraditar o juzgar como mecanismo de lucha contra la impunidad. Así, a nivel internacional, cabe citar, a modo de ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949 reguladores de los crímenes de guerra y su Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, la Convención contra la Tortura de 1984 o la Convención para la Protección contras Desapariciones Forzadas del 2006. A escala regional, destacan, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Extradición de 1957, Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 o el Convenio para la Represión del Terrorismo de este mismo año. En América Latina, la obligación alternativa ha sido incluida tanto en la Convención Interamericana sobre Extradición de 1981, como en la serie de tratados reguladores de subtipos de crímenes internacionales que le siguen (entre ellos, la Convención Interamericana para prevenir la tortura de 1985 o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994). En los ámbitos regionales africanos y del mundo árabe también es posible hallar ejemplos de instrumentos convencionales reconocedores de esta cláusula procesal: entre ellos, el Convenio de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo de 1999 o el Acuerdo Árabe de Riad para la Cooperación Judicial de 1983.

Sin embargo, tal y como se ha adelantado, las limitaciones inherentes a la naturaleza de una obligación convencional exigen, si se quiere otorgar a la misma la efectividad y la vinculatoriedad que le corresponden de acuerdo con el derecho internacional, dilucidar si se trata de una obligación que ha cristalizado ya como costumbre internacional, y que afecta, por ende, a todos los Estados.

Las primeras aproximaciones monográficas al estudio de esta cuestión han abordado el tema desde un punto de vista bien demasiado prescriptivo (Bassiouni, Wise, 1995) bien demasiado general (Mitchell, 2009) para poder ofrecer respuestas definitivas y concretas a la pregunta aquí planteada. En este sentido, el trabajo más extenso publicado sobre esta cuestión es la monografía de la investigadora Claire Mitchell, que se centra en abordar las fuentes de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes internacionales en sentido amplio. Es de justicia reconocer que a través de esta investigación, Mitchell sienta las bases metodológicas sobre las que debe asentarse un estudio detallado e individual de la naturaleza jurídica de la obligación con respecto a cada uno de los crímenes internacionales. La misma autora reconoce que de los resultados de su investigación solo puede desprenderse que hay indicios de la existencia o emergencia de obligaciones consuetudinarias con respecto a estos delitos (Mitchell, 2009: 68). A día de hoy, tras la decisión de la CDI de no pronunciarse acerca de la naturaleza consuetudinaria del *aut dedere aut judicare*, rechazando incluso incluir en el borrador de artículos presentado como parte del producto final de su investigación un artículo que reconocía la costumbre internacional como fuente de la obligación alternativa (CDI, 2014: 17), la que escribe estas palabras sostiene que, a día de hoy, solo se ha respondido a la pregunta de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar, de manera exhaustiva, con respecto a un concreto crimen internacional: el crimen de lesa humanidad.

Así, a modo de cierre pero también como una invitación a que se desarrolle esta línea de investigación con respecto a otros crímenes internacionales se presentarán, a continuación, de manera muy resumida, las conclusiones de la tesis doctoral que ha intentado determinar si el *aut dedere aut judicare* ha cristalizado o no como costumbre internacional con respecto al crimen de lesa humanidad (Sosa



Navarro, 2013). Las fuentes estudiadas para responder a la pregunta han sido las siguientes: las resoluciones de la Asamblea General, la evolución de la jurisprudencia del TIJ, las manifestaciones de los Estados en contextos internacionales, la legislación doméstica y la jurisprudencia nacional. En cuanto a las resoluciones, en este trabajo se han identificado al menos cinco ejemplos pertinentes de cara a la cristalización del *aut dedere aut judicare* como costumbre internacional.

En lo que respecta la evolución de la jurisprudencia del TIJ, el caso que ha tenido un mayor impacto en la cristalización de esta figura como derecho consuetudinario ha sido el caso de Hissène Habré, ex dictador de Chad acusado de torturas y crímenes de lesa humanidad. Tras refugiarse en Senegal, algunas de sus víctimas interponen denuncias contra él ante los Tribunales belgas que, tras emitir órdenes de detención y solicitar reiteradamente y sin éxito la colaboración del país africano decide denunciar esta situación ante el TIJ al entender que Senegal estaba incumpliendo la Convención contra la Tortura, que incorporaba la obligación de extraditar o juzgar. El TIJ dicta su sentencia el 20 de julio de 2012. Se trata esta de una sentencia que aunque hace importantes aportaciones a la definición de la cláusula, como el situar el momento de activación de la obligación en el momento en el que se constata la presencia del acusado en el territorio, o el corroborar la tendencia hacia la limitación de la operatividad de la inmunidad de jurisdicción esbozada en el caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000, también resulta decepcionante ya que por ejemplo, el tribunal se niega a aplicar el artículo 7.1 de la Convención a las torturas perpetradas con anterioridad a la entrada en vigor del instrumento internacional para Senegal.

Sin embargo, y aunque se ha de reconocer que el Tribunal ha dejado pasar la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad, a pesar de la invitación de Bélgica a hacerlo, esta sentencia ha supuesto un impulso sin precedentes de los organismos regionales africanos y ha dado lugar a una importante reforma estructural del sistema penal en Senegal, que pasa así a formar parte del grupo de Estados que han adecuado su normativa interna al derecho internacional.

En cuanto a la tercera fuente, sin perjuicio de que son numerosos los escenarios internacionales en los que un Estado puede manifestar su voluntad, se hará alusión exclusivamente a las respuestas dadas por parte de los Estados a las preguntas acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula formuladas por la CDI. De los 29 Estados que han respondido, 12 otorgan a la cláusula naturaleza convencional mientras que sólo Bélgica le reconoce carácter de costumbre internacional con respecto a los crímenes de guerra. Se desprende de este análisis que las comunicaciones enviadas a la CDI por parte de los gobiernos son una muestra insuficiente que no constituye una fuente concluyente en el marco de esta investigación.

En cuarto y penúltimo lugar, llegamos a la legislación doméstica como fuente para determinar la cristalización de una costumbre internacional. La incorporación de la cláusula alternativa, con respecto a los crímenes de lesa humanidad a leyes aprobadas internamente representa sin duda una de las manifestaciones más directas de la práctica de los Estados con respecto a este tema. Del análisis de la legislación penal y procesal de 180 Estados se ha podido concluir que: 19 Estados han incorporado la obligación de extraditar o juzgar a su legislación interna en sentido puro, 19 Estados lo han hecho mediante remisión a instrumentos convencionales mientras que 11 la incorporan bien en sentido puro bien mediante remisión al derecho convencional. Por otro lado, 65 países se limitan a reconocer el

alcance extraterritorial de la jurisdicción de sus tribunales mientras que en 66 Estados la obligación de extraditar o juzgar sencillamente no se reconoce.

Sin embargo, la aprobación de legislación no es la única manera de manifestar la práctica de los Estados. Por último y a modo de conclusión de este apartado, hallamos el rol fundamental de los tribunales en la generación de práctica estatal y por ende, en la cristalización de un determinado principio como costumbre internacional. Se han identificado más de una docena de casos en países de los 5 continentes en los que los tribunales domésticos han aplicado la obligación de extraditar o juzgar en relación a crímenes de lesa humanidad.

De entre todos, por su actualidad y conexión con España, se ha escogido a modo de ejemplo para ilustrar esta tendencia el procedimiento abierto por los tribunales argentinos para investigar las torturas cometidas durante el franquismo. Sirva para corroborar lo expuesto el reconocimiento que la jueza que se ocupa del caso hace de la vigencia la obligación de extraditar o juzgar, específicamente en relación a los crímenes de lesa humanidad, en el razonamiento jurídico de la orden de detención que dicta contra estos presuntos torturadores y que formula en los siguientes términos:

“(...) como sostiene Relva en su artículo, los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *ius cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable. Los deberes jurídicos que ello acarrea son la obligación de enjuiciar o extraditar (*aut dedere aut judicare*)”.

#### 4. Conclusión y reflexión final

Llegados a este punto y tras haber presentado los resultados del que representa el único análisis específico de la naturaleza jurídica de la cláusula objeto de estudio, es preciso traer a colación dos cuestiones fundamentales para el ulterior desarrollo de este tema. Por un lado, es esencial subrayar la existencia de una Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad redactada en el seno del Instituto de Derecho de la Universidad de Washington en el 2011, bajo la dirección de Leila Sadat, que incorpora, como mecanismo procesal de lucha contra la impunidad el *aut dedere aut judicare*. A la luz de lo expuesto, puede concluirse que, de ser aprobada, tras su entrada en vigor, la misma tendría un efecto declarativo del derecho consuetudinario existente, lo cual confirmaría la emergente naturaleza de costumbre internacional de esta obligación alternativa con respecto a uno de los más graves crímenes internacionales existentes: el crimen de lesa humanidad.

Se evidencia una vez más la necesidad de llevar a cabo un análisis exhaustivo de las fuentes de la costumbre internacional aquí desglosadas con el fin de extender las respuestas acerca de la naturaleza jurídica de esta cláusula a otros crímenes internacionales.

Por último, es esencial poner de manifiesto que la constatación de las lagunas existentes en el estudio de esta figura responde precisamente al gran potencial de esta herramienta procesal para lograr los ambiciosos objetivos presentados al inicio de este artículo. En este sentido, en un período histórico en el que el derecho internacional es constantemente objeto de críticas por su falta de efectividad y el carácter político de sus decisiones, el fracaso del ejercicio efectivo de la jurisdicción extraterritorial para crímenes internacionales (Langer, 2011) requiere un diagnóstico realista y una solución, que si bien transitoria, resulte constructiva y permita consolidar un derecho penal y procesal internacional sólido.



Todo lo cual nos lleva a hacernos la siguiente pregunta, no con el objetivo de dar una respuesta cerrada o tajante pero sí de invitar a la reflexión: a la luz de las características de la obligación de extraditar o juzgar, entre las que resalta el carácter objetivo y habilitador de su elemento activador (la presencia del acusado en el territorio de un Estado), ¿podemos coincidir con autores que, como Gómez Benítez, afirman que “el Derecho internacional desarrolló el principio *aut dedere aut judicare* como expresión razonable de la jurisdicción universal?” (Gómez Benítez, 2006: 41).

Es posible que así sea, pero el problema es que para que sea eficaz, la obligación de extraditar o juzgar requiere una implementación universal. A menos que todos los Estados incorporen y apliquen este principio, es imposible erradicar los paraísos de impunidad a través del mismo. En este contexto y a modo de cierre, conviene traer a colación la evolución de la regulación de esta cuestión en España. Como es bien sabido, hasta el año 2009, en España se reconocía el principio de jurisdicción universal en su versión más absoluta. Cuando la competencia de los tribunales españoles para investigar crímenes internacionales comenzó a resultar incómoda en el marco de las relaciones con Estados como Israel, China y EEUU, esta se limitó, pasándose a exigir la concurrencia de algunos de los siguientes requisitos: que las víctimas sean españoles (principio de la personalidad pasiva), que el presunto autor se encuentre en el territorio o (y aquí está la clave) que el caso tuviera alguna conexión o vínculo relevante con España, siempre y cuando no se hubiese ya abierto la investigación en otro Estado competente. Estas limitaciones resultaron no ser suficientes para evitarle a España conflictos diplomáticos, lo cual dio lugar a una nueva reforma en el 2014 que, con el fin de impedir una interpretación amplia del vínculo de conexión relevante con España, condicionó la apertura del caso (para estos crímenes internacionales) a que el acusado estuviera presente en el territorio.

Lo que viene a reconocer esta última reforma no es otra cosa que la obligación de extraditar o juzgar para estos crímenes internacionales. Si bien es cierto que no se trata de un reconocimiento negativo *per se*, ya que como se ha visto, se trata de una herramienta procesal con un gran potencial para luchar contra la impunidad, el problema es que, en el caso español, este reconocimiento es una regresión, un retroceso. El destino último que debemos perseguir como comunidad internacional es el de erradicar la impunidad mediante un reconocimiento y aplicación apolítica del principio de jurisdicción universal, pasando quizás, primero y temporalmente, por la obligación de extraditar o juzgar. Realizar este recorrido a la inversa necesariamente pone en duda el alcance del compromiso de un Estado con los derechos humanos.

## Bibliografía

- ABAD CASTELOS, M., (2012), “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, pp. 65-90.
- ALBANESE, S., (1992), *Algunas comparaciones entre los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos. Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Rocca, Buenos Aires.
- BASSIOUNI, M.C., y WISE, E.M., (1995), *Aut dedere aut judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht, Boston.

- BURKE-WHITE, W.W., (2008), "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice", *Harvard International Law Journal*, vol. 49, pp. 53-108.
- CLAPHAM, A., (2006), "Regional Human Rights Bodies". En: *Human Rights Obligations of Non-State Actors, Academy of European Law*, Oxford University Press, Oxford.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)"*, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Informe Final del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar ("aut dedere aut judicare")*, 66º período de sesiones, 5 de junio 2014, Doc. A/CN.4/L.844,
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., (2000) "Reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución Internacional", *Revista española de derecho militar*, núm. 75, pp. 171-205.
- GARCÍA FALCONI, R., (2010), "Límites y alcance de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: AMBOS, K., MALARINO, E., y ELSNER, G. (eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung e.v., Montevideo, pp. 341-357.
- GILBERT, G., (1998), *Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition and other mechanisms, International Studies in Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (2006), "Complementariedad de la Corte Penal Internacional y Jurisdicción Universal de los Tribunales Nacionales", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, núm. 82, pp. 35-62.
- GROCIO, H., (1925 [1625]), *Del derecho de la guerra y de la paz* (trad. Jaime Torrubiano Ripoll), Editorial Reus, Madrid.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., (2002), "La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas: la discutida posición del Consejo de Seguridad", *Anuario de Derecho Internacional*, 18, pp. 3-31.
- KLEFFNER, (2008), *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, New York.
- LANGER, M., (2011), "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", *American Journal of International Law*, Vol. 105, núm. 1, pp. 1-49.
- MITCHELL, C., (2009), *Aut Dedere aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://books.openedition.org/iheid/249> (fecha de consulta: 30 de enero de 2015).
- O'HIGGINS, P., (1960), "Unlawful seizure and irregular extradition", *British Yearbook of International Law*, vol.36, --. 279-320.
- O'HIGGINS, P., (1964), "Disguised Extradition: The Soblen Case", *Modern Law Review*, vol. 27, pp. 521-539.
- OLÁSULO, H., (2003), "Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, pp. 47-76.
- PLACHTA, M., (1999), "(Non)-Extradition of Nationals: A Neverending Story?", *Emory International Law Review*, vol. 13, pp. 77-160.
- REMIRO BROTONS, A. et al., (2007), *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., (2013), "'Targeted killing': de los ataques letales selectivos a los asesinatos selectivos y a las ejecuciones extrajudiciales". En: DÍAZ BARRADO, C.M. et al., *Derecho internacional*



- humanitario y derechos humanos: reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Civitas, Madrid, pp. 349-350.
- SADAT, L., (2006), "Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law", *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, pp. 309-342.
- SATHERWAITE, M., (2008), *The US Program of extraordinary rendition and secret detention under international human rights law, CIA "extraordinary rendition" flights, torture and accountability—a European approach*, European Center for Constitutional and Human Rights, Alemania.
- SCHARF, M., (2011), "Aut dedere aut judicare", *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.mpepil.com> (fecha de consulta: 30 de enero de 2015).
- SOSA NAVARRO, M., (2013), *Aut dedere aut judicare, crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional*, Tesis Doctoral, Dtores: Ana Manero Salvador, Carlos Fernández Liesa, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, diciembre 2013.
- VAN STEENBERGHR, R., (2011), "The obligation to extradite or prosecute. Clarifying its nature", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, pp. 1089-1116.