

Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea**

M. Cherif Bassiouni***

SÍNTESIS

... La **jurisdicción universal** ha llegado a ser la técnica preferida por aquellos que buscan prevenir la impunidad para los crímenes internacionales ... La **jurisdicción universal** no se encuentra tan bien establecida en el derecho internacional convencional y consuetudinario como sus más entusiastas defensores, incluyendo importantes organizaciones de derechos humanos, pretenden que está ... Lo que sigue es una evaluación de la evolución de la **jurisdicción universal** con respecto a los crímenes internacionales contrarios al *jus cogens* basada en fuentes del derecho internacional convencional y consuetudinario ... Sin embargo, la **jurisdicción universal** para prevenir y eliminar la piratería ha sido ampliamente reconocida en el derecho internacional consuetudinario como el crimen internacional por excelencia al cual se aplica la universalidad ... Si bien el derecho internacional consuetudinario y los trabajos de los tratadistas reconocen a la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud como crímenes internacionales contrarios al *jus cogens*, la práctica de los Estados no ha evidenciado el hecho que la jurisdicción criminal universal haya sido aplicada a todas las formas y manifestaciones de esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud ... En

* Una versión diferente del presente artículo está programado para ser publicado en *Princeton Project on Universal Jurisdiction* (Universidad de Princeton, a publicarse en 2001). Con respecto a ambas versiones, el autor agradece sinceramente el apoyo de investigación de Steven Becker.

Reimpreso con la autorización del Proyecto Princeton sobre **Jurisdicción Universal**. Los Principios Princeton fueron parte de un proyecto desarrollado por el Programa de Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton y la Escuela Woodrow Wilson de Asuntos Públicos e Internacionales, la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Americana para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Holandés de Derechos Humanos y el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos; Presidente y Editor del Proyecto, Profesor Stephen Macedo; Presidente del Comité de Redacción, Profesor M. Cherif Bassiouni; Miembros del Comité Directivo, Profesor Gary J. Bass, Sr. William J. Butler, Profesor Richard A. Falk, Profesor Cees Flinterman, Profesor Bert B. Lockwood, y Sr. Stephen A. Oxman. Para mayores detalles acerca del proyecto, incluyendo comentarios explicativos y material de conferencia, ver *Princeton Project on Universal Jurisdiction* (Princeton University Program in Law and Public Affairs, 2001) y *Universal Jurisdiction* (Princeton University Press, en imprenta 2001).

** Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y reproducido con la autorización expresa del *Virginia Journal of International Law*. (N. del T.: Se ha seguido estrictamente la enumeración de las notas de pie de página del texto original).

*** Profesor, Escuela de Derecho, Universidad DePaul; Presidente del International Human Rights Law Institute, Universidad DePaul.

aquellos casos en que dos Estados acuerdan incorporar una norma en particular en un tratado, su acuerdo es suficiente para hacer que esa norma tenga un carácter legal, obligatoria para ellos; pero en el terreno del derecho internacional consuetudinario, la visión compartida de las Partes acerca del contenido de qué es lo que ellos consideran como la norma no es suficiente ... No obstante, es el efecto acumulativo de los mismos lo que confiere peso a la proposición de que la **jurisdicción universal** es parte del derecho internacional consuetudinario ...

I. Introducción

La **jurisdicción universal** ha llegado a ser la técnica preferida por aquellos que buscan prevenir la impunidad para los crímenes internacionales¹. Si bien no cabe duda de que es una técnica útil y, a veces, necesaria, también tiene aspectos negativos. El ejercicio de la **jurisdicción universal** se encuentra generalmente reservado para los crímenes internacionales más graves, tales como crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, y el genocidio. Sin embargo, puede haber otros crímenes internacionales respecto de los cuales un tratado aplicable establece dicha base jurisdiccional, como es el caso del terrorismo².

La **jurisdicción universal** sin limitaciones puede causar fracturas en el orden global y la privación de los derechos humanos individuales cuando es usada de una manera motivada políticamente o para fines vejatorios³. Aun con la mejor de las intenciones, la **jurisdicción universal** puede ser utilizada en forma imprudente, creando fricciones innecesarias entre Estados, potenciales abusos de acciones legales, y un apremio indebido de individuos procesados o perseguidos por procesamiento en conformidad con esta teoría.

La **jurisdicción universal** debe en consecuencia ser utilizada en una forma cautelosa que minimice las posibles consecuencias negativas, permitiéndole, al mismo tiempo, alcanzar sus objetivos útiles. También debe ser armonizada con otras teorías jurisdiccionales⁴. Más aún, debería tenerse en cuenta que el derecho internacional privado no ha desarrollado todavía normas o criterios de suficiente claridad para considerar prioridades en el ejercicio de la jurisdicción penal en aquellos casos en que más de un Estado reclama jurisdicción.

Las teorías de jurisdicción evidenciadas en los tratados y en la práctica consuetudinaria de los Estados son esencialmente territoriales y están fundadas en la nacionalidad, ya sea del perpetrador o de la víctima. En consecuencia, los conflictos jurisdiccionales entre los Estados han sido pocos. No obstante ello, según aparece del caso Lockerbie⁵, la falta de claridad en las

¹ Ver, en general, *The Pinochet Precedent: How Victims Can Pursue Human Rights Criminals Abroad*, Human Rights Watch Update (Human Rights Watch), septiembre de 2000 [referido en adelante en este trabajo como Human Rights Watch]; **Jurisdicción Universal: 14 Principios sobre el Ejercicio Efectivo de la Jurisdicción Universal** (Amnistía Internacional) [referidos en adelante en este trabajo como **Jurisdicción Universal: 14 Principios**]; *Universal Jurisdiction in Europe: Criminal Prosecutions in Europe Since 1990 for War Crimes, Crimes Against Humanity, Torture and Genocide (Redress)*, junio de 1999 [referido en adelante en el presente trabajo como **Jurisdicción Universal en Europa**].

² Ver *infra* notas 166-187 y texto acompañado.

³ Ver *infra* notas 237-239 y texto acompañado.

⁴ Ver *infra* notas 238 y texto acompañado.

⁵ Ver “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.K.*)” (27 de febrero de 1998), en

obligaciones derivadas de los tratados relativas a la precedencia de la obligación de someter a proceso por sobre la obligación de extraditar, conduce a tensiones entre los Estados interesados y a un punto muerto jurisdiccional. En Lockerbie, estos problemas se mantuvieron por casi diez años, hasta que se obtuvo una solución negociada que involucraba un cambio de competencia relativa⁶.

La **jurisdicción universal** no se encuentra tan bien establecida en el derecho internacional convencional y consuetudinario como sus más entusiastas defensores, incluyendo importantes organizaciones de derechos humanos⁷, pretenden que está. Dichas organizaciones han confeccionado listas de países que ellos alegan se basan en la **jurisdicción universal**. En el hecho, las disposiciones legales que ellas citan no apoyan esa proposición, o a lo menos no en la forma inequívoca que ellas indican⁸.

Debido a que la **jurisdicción universal** ha sido pocas veces utilizada como fundamento en decisiones judiciales nacionales, todavía debe clarificarse su relación con otras materias legales internacionales. Entre ellas, por ejemplo, está la interrogante de si los jefes de Estado y los diplomáticos pueden invocar inmunidad como una prohibición para el ejercicio de la **jurisdicción universal**⁹. Con respecto a ciertos crímenes internacionales, la defensa sustantiva de la inmunidad ha sido eliminada desde la Carta de Nuremberg y las sentencias del Tribunal Militar Internacional en Nuremberg (TMI)¹⁰. Dicha eliminación de inmunidad

<http://www.icj.org/icjwww/idocket/iluk/ilukjudgment/iluk<uscore>judgment&uscore:980227.htm>; “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.S.*)” (27 de febrero de 1998), 37 *I.L.M.* 587; “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.K.*)”, 1992 *I.C.J.* 3 (14 de abril); “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.S.*)”, 1992 *I.C.J.* 114 (14 de abril).

⁶ Ver Omer Y. Elagab, “The Hague as the Seat of the Lockerbie Trial: Some Constraints”, 34 *Int’l Law* 289 (2000); Michael P. Scharf, “Terrorism on Trial: The Lockerbie Criminal Proceedings”, 6 *ILSA J. Int’l & Comp. L.* 355, 356-57 (2000).

⁷ Ver *supra* nota 1 e *infra* nota 54.

⁸ Ver investigaciones contenidas en publicaciones mencionadas *supra* en nota 1. El ejemplo más reciente de este desafortunado fenómeno es la extendida **Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implement Legislation**, septiembre de 2001. Dichos esfuerzos, sin embargo, sólo conducen a falsas expectativas y desilusión.

⁹ Por ejemplo, existe una errónea idea que el caso Pinochet fue fundado en la **jurisdicción universal**, cuando, en realidad, la decisión adoptada por la Cámara de los Lores se basó en la interpretación de la legislación inglesa y la Convención contra la Tortura, la cual había sido ratificada por el Reino Unido. Ver *infra* notas 21-25 y texto acompañado.

¹⁰ El Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente (TMIEO) suprimieron la inmunidad sustantiva para crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La Carta del Tribunal Militar Internacional, 8 de agosto de 1945, artículo 7, 59 Stat. 1544, 8 U.N.T.S. 279 [referida en adelante en este trabajo como la Carta TMI]; la Carta del Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente (TMIEO), 19 de enero de 1946, T.I.A.S. N° 1589 en 3, modificada el 26 de abril de 1946, artículo 6., T.I.A.S. N° 1589 en 11 [referida en adelante en el presente trabajo como la Carta Modificada TMIEO].

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) suprimieron la inmunidad sustantiva para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. El Estatuto del TPIY, artículo 7(2), S.C. Res. 808, UN SCOR, 48ª Sesión, 3217ª reunión, UN Doc. S/RES/808 (1993), anexo al Informe del Secretario General en Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1993), UN Doc. S/2-5704 & Add. 1 (1993) [referido en adelante en el presente trabajo como el Estatuto TPIY]; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda,

sustantiva significa que un acusado no puede fundarse en su condición de jefe de Estado o diplomático para presentarla como una defensa sustantiva que resulte en la exoneración de la responsabilidad penal por esos crímenes. Sin embargo, hasta ahora, no existe un tratado o una práctica legal consuetudinaria que remueva la inmunidad temporal de los jefes de Estado o diplomáticos en tanto que ellos se encuentren ocupando sus cargos, con la excepción del procesamiento de Slobodan Milosevic por el TPIY en tanto que él era jefe de Estado¹¹.

Por ejemplo, el Artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)¹² establece:

1. “El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”¹³.

El Artículo 7(2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) señala: “La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario de gobierno, no le exonerará de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena”¹⁴. Fue en conformidad con la presente disposición que Slobodan Milosevic fue sometido a proceso por el TPIY mientras él era jefe de Estado de la República Federal de Yugoslavia. El Artículo 6(2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)¹⁵ emplea el mismo lenguaje que aquel que se contiene en el Artículo 7(2) del Estatuto del TPIY.

artículo 6(2), S.C. Res. 955 UN SCOR, 49ª Sesión, 3453ª reunión, Anexo, UN Doc. S/RES/955 (1994) [referido en adelante en el presente trabajo como el Estatuto TPIR].

¹¹ Ver *infra* notas 19-20 y texto acompañado.

¹² El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suprimió la inmunidad sustantiva para el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y, eventualmente, la agresión, cuando se encuentren definidos y adoptados por la asamblea de los Estados parte. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, artículo 27, UN Doc. A/CONF.183/9 [referido en adelante en el presente trabajo como el Estatuto CPI], reimpreso en 37 *I.L.M.* 999 (1998). Debería tenerse en consideración que el Artículo 27 se encuentra en la Parte III, la cual tiene como título “Principios Generales de Derecho Penal”. Sin embargo, a pesar que la Parte IX no contiene ninguna referencia a la inmunidad, el Artículo 98 pareciera permitir las inmunidades. Ver id. Artículo 98, reimpreso en 37 *I.L.M.* 999 (1998). Para un análisis de esta materia, ver *infra* notas 13-20 y texto acompañado.

Así, se puede concluir que la inmunidad sustantiva ha sido suprimida para algunos crímenes y por ciertos instrumentos legales. Una posición de desarrollo progresivo puede con justificación ser que la supresión de dicha inmunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra constituyen una parte del derecho internacional consuetudinario. Los opositores de la visión progresiva argumentarán que su supresión se encuentra vinculada a ciertos instrumentos legales y a procesos judiciales que no reflejan la práctica consuetudinaria de los Estados.

¹³ *Id.* art. 27.

¹⁴ Estatuto TPIY, *supra* nota 10, art. 7(2).

¹⁵ Estatuto TPIR, *supra* nota 10, art. 6(2).

Los estatutos del TPIY y del TPIR, sin embargo, no se refieren al tema de la inmunidad procesal, esto es, si los jefes de Estado o diplomáticos pueden todavía beneficiarse de la inmunidad de procedimiento en tanto que se mantienen en el cargo y, para los últimos, mientras se encuentren acreditados ante un país en el cual prestan servicios. En conformidad con el derecho internacional consuetudinario existente, los jefes de Estado y los diplomáticos pueden todavía alegar inmunidad de procedimiento en oposición al ejercicio de jurisdicción penal nacional. Sin embargo, si son llevados a juicio, ellos no pueden oponer la inmunidad como una defensa sustantiva al crimen imputado si éste es uno de los crímenes mencionados más arriba o si es un crimen respecto del cual un tratado en forma específica no permite dicha defensa, como es el caso con respecto al Artículo 27 de la CPI. Con respecto a los diplomáticos acreditados en un país en el cual prestan servicios, ellos tienen el beneficio de la Convención de Viena en relación con el Derecho de Inmunidad Diplomática, la cual establece a favor de ellos inmunidad de procedimiento pero no sustantiva¹⁶. Es probablemente por estas razones que los estatutos del TPIY y del TPIR no se refieren a estas materias.

No obstante lo dispuesto por el Artículo 27 del Estatuto de la CPI, el Artículo 98 del Estatuto establece la primacía de otros tratados multilaterales al referirse a la inmunidad:

1. “La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.
2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”¹⁷.

Presumiblemente, este lenguaje se aplica a los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas (CEF) y a los diplomáticos cubiertos por las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Relaciones Consulares¹⁸. Entonces, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 98, un jefe de Estado, diplomático u otro funcionario cubierto por inmunidad en conformidad con un tratado o en conformidad con el derecho internacional consuetudinario podría todavía invocar inmunidad de procedimiento, si fuere aplicable.

¹⁶ 18 de abril de 1961, 23 U.S.T. 3227, 500 U.N.T.S. 95. Ver también la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963, 21 U.S.T. 77, 596 U.N.T.S. 261; ver en general Eileen Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (2ª ed. 1998); Linda S. Frey & Marsha L. Frey, *The History of Diplomatic Immunity* (1999).

¹⁷ Estatuto CPI, *supra* nota 12, art. 98.

¹⁸ Para una visión general de la naturaleza de los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas, ver M. Cherif Bassiouni, “Law and Practice of the United States”, en 2 *International Criminal Law* 191, 216-18 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999).

Vale la pena mencionar que el TPIY sometió a proceso a Slobodan Milosevic mientras era jefe de Estado en funciones y solicitó su extradición, la cual la República de Serbia concedió el 28 de junio de 2001¹⁹. Bélgica, fundándose en la **jurisdicción universal**, recientemente sometió a proceso al Ministro de Relaciones Exteriores subrogante de la República Democrática del Congo, señor Abdoulaye Yerodia Ndombasi por incitación al genocidio en el Congo²⁰. Con posterioridad, el acusado pasó a desempeñarse como Ministro de Educación, pero dicho cambio de cargo no incidió en el problema, por lo cual la CIJ se encuentra todavía considerando el caso. El acusado no es un ciudadano de Bélgica, y fue sometido a proceso mientras él se encontraba en el Congo. Dado que no había una relación con Bélgica, este caso debe ser distinguido de aquel de cuatro acusados rwandeses sometidos a proceso en conformidad con la misma ley belga y sentenciados por crímenes cometidos en Ruanda: todos ellos estaban domiciliados en Bélgica y se encontraban físicamente presentes en el territorio belga al tiempo en que fueron arrestados.

En Pinochet I²¹ un Comité de Apelación de la Cámara de los Lores mantuvo por un margen de tres a dos que el ex Presidente chileno Augusto Pinochet no gozaba de inmunidad con respecto a crímenes bajo el derecho internacional²². En Pinochet III²³, un cuerpo ampliado de la Cámara de los Lores, al interpretar el alcance de la Sección 134 de la Ley de Justicia penal de 1988, dictaminó que un jefe de Estado no puede alegar inmunidad por tortura, en la medida que ella no puede constituir un acto oficial²⁴. Los Lores de la Ley (*Law Lords*) sin embargo, sostuvieron que el Senador Pinochet se encontraba protegido por inmunidad por los cargos de homicidio y conspiración para asesinar²⁵.

Un Estado puede fundarse en la **jurisdicción universal** en el uso de facultad para legislar. Pero cuando un Estado se funda en la **jurisdicción universal** para ejercer su facultad para hacer cumplir la ley, necesariamente tiene que estar sujeto a ciertas obligaciones legales internacionales, tales como inmunidad de procedimiento para jefes de Estado y diplomáticos, y también tiene que estar subordinado a los reclamos jurisdiccionales de otros Estados que buscan ejercitar su jurisdicción penal cuando dichos reclamos se encuentran fundados en intereses de mayor peso y se busca ejercerlos en forma efectiva y de buena fe.

¹⁹ Ver *Prosecutor v. Milosevic (Indictment)* (24 de mayo de 1999), en <http://www.un.org/icty/indictment/english/mil-ii990524e.htm>. El primer juicio de un jefe de Estado por genocidio y crímenes contra la humanidad fue *Prosecutor v. Kambanda*, caso N° ICTR-97-23-S, 4 de septiembre de 1998; *Prosecutor v. Kambanda*, caso N° ICTR-97-23-I, 19 de octubre de 2000. Jean Kambanda fue Primer Ministro de Ruanda, y Presidente subrogante al tiempo de la matanza Hutu de los Tutsis.

²⁰ Ver Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (*Congo v. Belg.*) (Orden) (8 de diciembre de 2000), en <http://www.icj-cij.org/www/idocket/icobe<uscore>iorder<uscore>provisional&uscore:measure<uscore>20001208.htm>. Para un análisis de este caso, ver *infra* notas 223-227 y texto acompañado.

²¹ *R. v. Bow St. Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (N° 1), 3 *WLR* 1456 (H.L.(E.) 1998).

²² Christine M. Chinkin, United House of Lords: *Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (N° 3), 93 *Am. J. Int'l L.* 703, 704 (1999).

²³ *R. v. Bow St. Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (N° 3), 2 *WLR* 827 (H.L.(E) 1999).

²⁴ Chinkin, *supra* nota 22, en 708.

²⁵ *Id.*

Otro impedimento para el ejercicio de la **jurisdicción universal** es la aplicación de las leyes nacionales de prescripción, aun cuando dichas prescripciones hayan sido removidas con respecto a crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad²⁶. Desafortunadamente, la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad²⁷ ha sido ratificada por sólo 43 Estados. La más reciente Convención Europea Relativa a la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad²⁸ sólo tiene dos ratificaciones. Bajo tales circunstancias, es válido preguntar si la existencia de esas dos convenciones (y otras manifestaciones de *opinio juris* internacional) constituye una expresión de derecho internacional consuetudinario, o si el limitado número de ratificaciones revela la insuficiencia de apoyo internacional.

Como último punto de la presente introducción, pero en el primer lugar cuando se trata del análisis legal de la **jurisdicción universal**, se encuentra el problema de cómo justificar este tipo de jurisdicción. En el ejercicio de la **jurisdicción universal**, un Estado actúa en representación de la comunidad internacional en una forma equivalente al concepto romano de *actio popularis*²⁹. El Estado que ejerce jurisdicción actúa en representación de la comunidad internacional porque tiene un interés en la preservación del orden global como un miembro de dicha comunidad. Ese Estado también puede tener su propio interés en el ejercicio de la **jurisdicción universal**. Pero si esos intereses fueran fundados jurisdiccionalmente, ese Estado estaría ejerciendo su propia jurisdicción penal sobre la base de una teoría de jurisdicción diferente a la universalidad, esto es, la territorialidad extendida, la personalidad activa, la personalidad pasiva, o el interés económico protegido.

Como un *actio popularis*, la **jurisdicción universal** puede ser ejercida por un Estado sin ninguna conexión o vínculo jurisdiccional entre el lugar de la comisión, la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima y el Estado que la ejercita. La base es, en consecuencia, exclusivamente la naturaleza del crimen³⁰ y el propósito es exclusivamente la reforzar el orden global, garantizando que se responda por la perpetración de ciertos crímenes. Precisamente debido a que un Estado que ejerce la **jurisdicción universal** lo hace en representación de la comunidad internacional, éste debe colocar los intereses generales de la comunidad internacional por encima de los suyos propios. El presente artículo explora la evolución histórica de la **jurisdicción universal**, así como también su existencia y apreciación en las leyes internacionales y nacionales. Evalúa el status de la **jurisdicción universal** como

²⁶ M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* 224-27 (2ª ed. 1999) [referido en adelante en este trabajo como Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad].

²⁷ 26 de noviembre de 1968, 754 U.N.T.S. 73 [referido en adelante en el presente trabajo como Convención de las N.U. sobre la Imprescriptibilidad].

²⁸ Europ. T.S. N° 82 [referido en adelante en el presente trabajo como Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad].

²⁹ Ver Marc Henzlin, *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International* (2000); ver también *infra* nota 56 y texto acompañado.

³⁰ Esta es una de las materias que se encuentran en la actualidad pendientes ante la Corte Internacional de Justicia en la disputa entre la República Democrática del Congo y Bélgica. Ver Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 (*Congo v. Belg.*), en 19 (Orden) (8 de diciembre de 2000, en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idoc.../icobe<uscore>iorder<uscore>provisional<uscore>measure<ucore>20001208.htm>). Ver también *supra* nota 20, e *infra* notas 223-227 y texto acompañado.

una teoría internacional reconocida y la medida en la cual ella se encuentra incorporada en las leyes nacionales y es aplicada en las decisiones judiciales nacionales.

II. Jurisdicción Penal Extraterritorial y Consideraciones de Orden Global

El término jurisdicción, ya sea que se aplique a materias civiles o penales, incluye las facultades de prescribir, sentenciar y hacer cumplir. También incluye los medios por los cuales el ejercicio de la jurisdicción es obtenido sobre una persona. En el sistema post Westfaliano de derecho internacional centrado en los Estados y fundado en la soberanía, estas facultades han sido reservadas a los Estados³¹. Por implicación, estas facultades incluyen a una entidad que ejercita algunos de los atributos de la soberanía³². Un Estado soberano o un ente jurídico que posee algunos atributos soberanos puede hacer cumplir la prescripción de otro Estado, o del derecho internacional, aun cuando el Estado que la hace cumplir pueda no haber prescrito aquello que él hace cumplir³³.

Las facultades de prescribir, sentenciar y hacer cumplir se derivan de la soberanía. Entonces, el ejercicio de la jurisdicción penal nacional ha estado históricamente ligado, si no limitado, al territorio de un Estado y, por extensión, al territorio bajo el dominio y control de una autoridad legal dada que ejerce prerrogativas soberanas de hecho o de derecho³⁴.

La soberanía y la jurisdicción prescriptiva se encuentran ligadas en forma inseparable, pero la jurisdicción para sentenciar y hacer cumplir no se encuentran necesariamente ligadas a

³¹ La facultad de hacer cumplir es un corolario de la facultad de prescribir, pero el ejercicio de estas dos facultades no son necesariamente co-existentes. Cada una de estas facultades puede ser ejercitada sin la otra. Adicionalmente, sólo porque un Estado puede prescribir por la posibilidad de su ejercicio de **jurisdicción universal** no significa que él puede ejercitar su prerrogativa en todas las circunstancias. Ver Kenneth C. Randall, “**Universal Jurisdiction** Under International Law”, 66 *Tex. L. Rev.* 785, 786 (1988).

³² Ver *International Law* de Oppenheim 462-88 (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9ª ed. 1992). Las entidades que ejercitan algunas de las facultades de soberanía estatal incluyen: fuerzas militares que legítimamente ocupan territorios extranjeros en conformidad con la legislación humanitaria internacional en su ejercicio legítimo de facultad jurisdiccional sobre dichos territorios y personas en esos territorios; entidades similares a los Estados que ejercen atributos legítimos sobre ciertos territorios y sus habitantes los cuales se encuentran bajo su dominio y control; y las Naciones Unidas en el ejercicio de su facultad jurisdiccional sobre ciertos territorios y sus habitantes en conformidad con un mandato del Consejo de Seguridad. Ver Clive Parry, “The Trusteeship Council”, en *The United Nations: The First Ten Years*, 47 - 58 (1957).

³³ El derecho penal internacional prescribe ciertas conductas que los Estados están obligados a hacer cumplir, especialmente aquellas prescripciones que tienen su origen en el derecho internacional consuetudinario de *jus cogens*. Ver M. Cherif Bassiouni, “The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework”, en 1 *International Criminal Law* 3-126 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999) [referido en adelante en el presente trabajo como Bassiouni, Fuentes y Contenido]; M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Ergo Omnes*”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 4, 63 (1996) [referido en adelante en el presente trabajo como Bassiouni, Crímenes *Jus Cogens*].

³⁴ Se refiere a la jurisdicción territorial como un principio debido a su reconocimiento universal. Ver S.S. Lotus (*Fr. v. Turk.*), 1927 *P.C.I.J.* (ser. A) N° 10, en 25 (7 de septiembre), reimpresso en 2 Manley O. Hudson, *World Court Reports* 20 (1935). A otras bases jurisdiccionales se refiere como teorías debido a que ellas no se encuentran reconocidas universalmente, pero su reconocimiento se encuentra suficientemente bien establecido como para garantizar su reconocimiento como que constituyen parte del derecho internacional consuetudinario. Para un análisis de teorías de jurisdicción, ver Christopher Blakesley, “Extraterritorial Jurisdiction”, en 2 *International Criminal Law* 33-105 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999); M. Cherif Bassiouni, *International Extradition in United States Law and Practice* 295-382 (3ª ed. 1996) [referido en adelante en el presente trabajo como Bassiouni, Extradición].

la soberanía³⁵. La razón para dicha limitación contextual es evitar conflictos jurisdiccionales entre Estados, lo cual puede amenazar la estabilidad del orden jurídico internacional. Ello también provee consistencia y pronosticabilidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los Estados de modo de evitar una potencial denegación de derechos y el abuso de procesos judiciales mediante la sujeción de las personas a múltiples procesamientos por la misma conducta. Ligar la jurisdicción a la territorialidad, aunque permitiendo que la jurisdicción se extienda extraterritorialmente en casos de un nexo jurídico válido al Estado que hace cumplir, es la forma más efectiva de alcanzar esos resultados. Por ello es que el derecho internacional privado provee algunas normas para la resolución de conflictos jurisdiccionales entre Estados³⁶. Es por ello también que las excepciones a la territorialidad están afectas a ciertas limitaciones. Esto es particularmente cierto respecto a la **jurisdicción universal** cuando es ejercida sin vínculos territoriales³⁷.

La soberanía no limita el ejercicio de la jurisdicción penal a Estados individuales; por el contrario, éste puede ser extendido a una acción estatal colectiva. Este concepto fue aplicado en conexión con el establecimiento por los Aliados de la Segunda Guerra Mundial³⁸ del TMI en 1945 y el TMIEO con sede en Tokio³⁹ en 1946. La facultad que los Aliados ejercieron en forma colectiva estaba fundada en la facultad que ellos podrán haber ejercido en forma singular.

La sentencia del TMI señala expresamente esta idea:

“Las Potencias Firmantes crearon este Tribunal, definieron el derecho que debía administrar y dictaron los reglamentos para la debida conducción del Proceso. Al hacer

³⁵ Los Estados pueden estar obligados a juzgar o hacer cumplir resoluciones por obligaciones contenidas en tratados, o pueden delegar sus facultades para juzgar o hacer cumplir resoluciones en otro Estado o en un ente internacional. Ver *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*, 15 de mayo de 1972, Europ. T.S. N° 73; Julian Schutte, “The European System”, en 2 *International Criminal Law* 643-59 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999); Ekkehart Müller-Rappard & M. Cherif Bassiouni, *European Inter-State Cooperation in Criminal Matters* (2ª ed. 1991); ver también Estatuto de la CPI, *supra* nota 12, art. 14; M. Cherif Bassiouni, “Observations on the Structure of the (Zutphen) Consolidated Text”, 13bis *Nouvelles Etudes Pénales* 5, 15 (1998) (analizando la materia de la complementaridad bajo el Estatuto CPI).

³⁶ La mayoría de los autores sobre derecho internacional privado apenas tratan el tema del conflicto de leyes penales. Lo mismo ocurre con respecto a los autores estadounidenses que tratan del conflicto de leyes. Ver, por ejemplo, Alberto A. Ehrenzweig, *A Treatise on the Conflict of Laws* (1962); Arthur Taylor von Mehren & Donald Theodore Trautman, *The Law of Multistate Problems: Cases and Materials on Conflict of Laws* (1965). Para conflicto de leyes penales, ver la temprana obra seminal de Henri Donnedieu de Vabres, *Les Principes Modernes du Droit Pénal International* (1928). Ver también Maurice Travers, *Le Droit Pénal International* (5 vols. 1920-1922).

³⁷ Por ejemplo, a los Estados con una conexión territorial debería concedérseles prioridad siempre que ellos busquen, de buena fe, procesar a una persona acusada del mismo delito por el cual otro Estado, basándose en la universalidad, también pretenda procesarla. Sin embargo, en aquellos casos en que se descubra que el Estado que busque ejercer jurisdicción universal pueda ser el foro más efectivo, la materia debería ser tratada como una de conflicto de jurisdicción en el cual el peso agregado de los factores será él que determine el foro más apropiado. Ver *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* 403 (1987) [referida en adelante en el presente trabajo como Recopilación (Tercera) de Relaciones Exteriores]. Cf. H.D. Wolswijk, “*Locus Delicti* and Criminal Jurisdiction”, 46 *Neth. Int’l L. Rev.* 361 (1999) (comentando con respecto a la interacción entre *locus delicti* y jurisdicción extraterritorial).

³⁸ Carta TMI, *supra* nota 10.

³⁹ Carta Modificada TMIEO, *supra* nota 10.

esto, ellas han hecho en forma conjunta aquello que cualesquiera de ellas podría haber hecho en forma singular, porque no existe duda alguna que cualquier nación tiene el derecho para establecer de este modo tribunales especiales para aplicar la ley”⁴⁰.

Tanto en el TMI como en el TMIEO, los Estados involucrados ejercieron sus facultades para hacer cumplir el derecho penal internacional sobre una base jurisdiccional territorial debido a que ellas ejercían prerrogativas soberanas de hecho sobre los territorios ocupados en aquellos lugares en los que esos tribunales fueron establecidos. Con posterioridad, en 1993 y 1994, el Consejo de Seguridad estableció, en conformidad con sus facultades bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁴¹, el TPIY⁴² y el TPIR⁴³, respectivamente. En estas dos instancias, el Consejo de Seguridad asumió una prerrogativa cuasi soberana aplicable a un contexto territorial⁴⁴. El Consejo enunció normas legales sustantivas las cuales sobreviven en el derecho penal internacional, y estableció provisiones para su cumplimiento territorial a través de esos dos tribunales ad hoc⁴⁵. La CPI, sin embargo, actúa en conformidad con una delegación de facultad jurisdiccional otorgada por los Estados que son parte en el tratado de su establecimiento, y es en consecuencia aplicable únicamente a los Estados parte. No obstante, esto no significa que los nacionales de Estados que no son parte no puedan estar sujetos a la jurisdicción de la CPI si ellos han cometido un crimen dentro de la jurisdicción de la CPI: en el territorio de un Estado parte o contra ciudadanos de un Estado parte, y se encuentran en el territorio de un Estado parte o en el territorio de un Estado no parte dispuesto a ceder jurisdicción a la CPI.

Hasta la década de los años '20 la práctica de los Estados, tanto con respecto a la facultad para prescribir y la facultad para hacer cumplir, conservó la conexión entre soberanía estatal en su contexto territorial y el ejercicio judicial de la jurisdicción penal nacional. El juez Altamira, en su opinión de minoría en el caso *Lotus*, señaló:

“Es cierto que entre los principios más ampliamente reconocidos del derecho internacional se encuentran los principios de que la jurisdicción de un Estado es de

⁴⁰ Sentencia TMI, 30 de septiembre de 1946, reimpressa en *22 Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting in Nuremberg* 411, 444 (1950). [traducción libre]

⁴¹ Carta N.U., cap. 7.

⁴² Estatuto TPIY, *supra* nota 10. Ver M. Cherif Bassiouni & Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (1996); Virginia Morris & Michael P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis* (2 vols. 1995).

⁴³ Estatuto TPIR, *supra* nota 10. Ver Virginia Morris & Michael P. Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda* (2 vols. 1998) (destacando el significado del TPIR).

⁴⁴ Estas decisiones del Consejo de Seguridad son, sin embargo, descritas por las Naciones Unidas y asesores jurídicos gubernamentales, así como también por algunos autores, como diferentes del ejercicio de la soberanía. Dado que el resultado es el mismo con respecto a los aspectos legales de la jurisdicción, uno no puede evitar referirse a una autoridad de profesión no legal, William Shakespeare, quien expresó tan elegantemente una sabiduría popular universal: “¿Qué hay en un nombre? Esa a lo que llamamos rosa con cualquier otro nombre conservaría su dulce aroma”. William Shakespeare, *La Tragedia de Romeo y Julieta*, acto 2, escena 2, II. 43-44, en *The Riverside Shakespeare* 1058, 1068 (1974).

⁴⁵ El establecimiento de estos dos tribunales evidenció un nuevo concepto en el ejercicio de la jurisdicción judicial por un órgano de las Naciones Unidas. Ver Theodor Meron, “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, 88 *Am. J. Int'l L.* 78, 78 (1994).

naturaleza territorial y de que con respecto a sus nacionales un Estado tiene una jurisdicción preferente, si no exclusiva...”

“... Yo debería tener mucha dificultad en reconocer como bien fundado un intento, por ejemplo, por parte de un tribunal que actúa sobre la base de una ley nacional, de ejercer jurisdicción sobre un extranjero que residía a bordo de un barco navegando bajo la bandera de su propio país - y que no bajó a tierra con la intención de permanecer en ella - por una pretendida infracción cometida fuera del territorio del país que reclama ejercitar jurisdicción sobre él. Dicha extensión de las excepciones aceptadas hasta este momento con respecto al principio de jurisdicción territorial y nacional me parecen sin ninguna justificación”⁴⁶.

Durante este tiempo, ni la legislación como tampoco la práctica de los Estados, salvo por contadas excepciones, incluían la jurisdicción penal extraterritorial, excepto con respecto a la conducta de sus ciudadanos bajo la teoría de la “personalidad activa”⁴⁷. En conformidad con esta teoría, sin embargo, existe una conexión entre la facultad soberana de un Estado para prescribir una conducta y sus nacionales a los cuales les es aplicable en forma extraterritorial⁴⁸.

⁴⁶ S.S. *Lotus (Fr. v. Turk.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) N° 10, en 95-96 (7 de septiembre) (Altamira, J., disintiendo), reimpreso en 2 Manley O. Hudson, *World Court Reports* 20, 83-84 (1935). El Juez Altamira también señaló: “Con respecto al derecho penal en general, es fácil observar que en el derecho nacional, con la excepción de un número muy pequeño de Estados, la jurisdicción sobre los extranjeros por ofensas cometidas en el exterior ha sido siempre muy limitada: Ella ya sea ha (1) sido confinada a ciertas categorías de ofensas; o (2) sido limitada, cuando el alcance de la excepción ha sido mayor, por condiciones especiales bajo las cuales la jurisdicción debe ser ejercida y la cual limita en gran medida sus efectos”. [traducción libre]

Id. en 99, reimpreso en 2 Manley O. Hudson, *World Court Reports* 20, 86 (1935). Ver Wade Estey, Nota, “The Five Bases of Extraterritorial Jurisdiction and the Failure of the Presumption Against Extraterritoriality”, 21 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 177 (1997). Para aplicaciones judiciales de la doctrina de la “personalidad pasiva”, ver *United States v. Layton*, 509 F. Sup. 212, 215-16 (N.D. Cal.) apelación denegada, 645 F. 2ª 681 (9º Cir. 1981); *United States v. Benitez*, 741 F. 2ª 1312, 1313 (11º Cir. 1984); *United States v. Yunis*, 681 F. Sup. 896, 901-03 (D.D.C. 1988); ver también *Restatement (Third) of Foreign Relations*, *supra* nota 37, 402 cmt. g. Cf. *Act for the Prevention and Punishment of the Crime of Hostage-Taking*, 18 U.S.C. 1203 (1994 & Sup. IV 1998); *Act for the Prosecution of Terrorist Acts Abroad Against United States Nationals*, 18 U.S.C. 2331 (1994); 18 U.S.C. 7(1), 7(8) (1994); 18 U.S.C. 1653 (1994) (delineando limitaciones con respecto al ejercicio de jurisdicción penal por los Estados Unidos).

⁴⁷ Esto es evidenciado en “Harvard Research in International Law: Jurisdiction with Respect to Crime”, 29 *Am. J. Int’l L.* 443 (sup. 1935). Ver también *Restatement (Third) Foreign Relations*, *supra* nota 37, 402; Donnedieu de Vabres, *supra* nota 36. En conformidad con la teoría de la personalidad activa, un Estado puede procesar a una persona que ha cometido un crimen en otro Estado en el entendido que el crimen en cuestión también constituye un crimen en el Estado de la nacionalidad. Eso es referido como la “doble criminalidad”. Ver Bassiouni, Extradición, *supra* nota 34, en 346; Blakesley, *supra* nota 34, en 43. En tales casos, sin embargo, el Estado que hace efectivo el cumplimiento se basa en su propia legislación, pero eso es esencialmente debido a la facilidad y consistencia en la aplicación. Los Estados no se encuentran, sin embargo, obligados a exigir “doble criminalidad”. El cumplimiento nacional puede requerir que disposiciones legales internacionales sean incorporadas en la legislación nacional dependiendo de las exigencias constitucionales nacionales y otras leyes nacionales. Este es el caso con respecto a Estados que siguen la doctrina “dualista” con relación a la aplicación nacional de obligaciones legales internacionales, y también con respecto a Estados que siguen la doctrina “monística” en conexión con tratados que no se bastan por sí solos para su aplicación.

⁴⁸ Los Estados, sin embargo, se apoyan en la extradición como un medio de asegurar la jurisdicción *in personam* con el objeto de sujetar a un nacional a su jurisdicción de ejecución. Bassiouni, Extradición, *supra* nota 34.

Desde la década de los años 20, sin embargo, los Estados desarrollaron una legislación nacional aplicable en forma extraterritorial siempre que algún vínculo territorial existiera entre la conducta prescrita y su impacto dañino dentro del territorio del Estado que busca ejercer su jurisdicción de cumplimiento penal, o siempre que la conducta dañina ocurriera contra sus ciudadanos. Esto estaba basado en las teorías del “interés protegido”, también referidas como teorías de “territorialidad objetiva”⁴⁹ y “personalidad pasiva”⁵⁰. Luego del término de la Segunda Guerra Mundial, los Estados expandieron su facultad para prescribir, especialmente en áreas económicas, siempre que la conducta extraterritorial producía un impacto territorial y también como una forma de proteger a sus ciudadanos en el exterior. Estas teorías de jurisdicción extraterritorial reflejan una conexión territorial o una conexión entre las facultades de prescribir y de hacer cumplir la ley entre un Estado y sus nacionales.

El alcance de un Estado puede ser universal con respecto a las teorías jurisdiccionales extraterritoriales descritas más arriba, pero en todas ellas existe una conexión o nexo jurídico entre la soberanía y la territorialidad del Estado que hace cumplir, la nacionalidad del perpetrador o la víctima, o el impacto territorial de la conducta prescrita extraterritorialmente. Así, el alcance universal de la jurisdicción nacional extraterritorial no es igual a la **jurisdicción universal**. Tampoco el hecho de que la conducta que es condenada universalmente implica que la **jurisdicción universal** es aplicable a dicha conducta.

El uso indiscriminado del término “universal” como una caracterización espacial y temporal de conceptos jurídicos tales como jurisdicción, y también en conexión con conceptos morales y expresiones de condena, causó la confusión terminológica que se hace evidente en los escritos de algunos juristas y en algunas opiniones judiciales⁵¹. Partidarios de la responsabilidad penal internacional ven la **jurisdicción universal** como uno de los medios más efectivos para alcanzar su objetivo. Con frecuencia, sin embargo, ellos se basan en ciertas opiniones judiciales y literatura jurídica como respaldo para la proposición que la **jurisdicción universal** sin limitaciones no es un mero *desideratum*, sino que una ley establecida. La fundamentación en dichas fuentes, sin embargo, es a menudo injustificada o estirada en forma excesiva. Así, ellos cruzan la línea entre la *lex lata* y *de lege ferenda*. Por el contrario,

⁴⁹ *Id.* en 353; Blakesley, *supra* nota 34, en 50.

⁵⁰ Bassiouni, Extradición, *supra* nota 34, en 349; Blakesley, *supra*, nota 34, en 54-55. Esto se basa en la noción que los Estados tienen un derecho para proteger a sus ciudadanos cuando un acto criminal les causa daño sin consideración al *locus* de la ocurrencia de la conducta criminal. Pero eso presupone que el acto criminal se encuentra proscrito por el Estado que pretende hacer cumplir o el Estado territorial. Esa teoría se encuentra fundada en una conexión entre el Estado que pretende exigir el cumplimiento y la víctima de la conducta proscrita.

⁵¹ Ver, por ejemplo, *Attorney General of Israel v. Eichmann*, 36 *I.L.R.* 5, 34 (Jm. D.C., 1961), afirmado, 36 *I.L.J.* 277 (Isr. S. Ct. 1962) (confundiendo la condena universal con el derecho a ejercitar **jurisdicción universal**). Para un análisis de las opiniones Eichmann, ver *infra* notas 198-204 y texto acompañado.

Un reciente simposio sobre jurisdicción universal, realizado en la New England School of Law, cuyos resultados fueron publicados en 35 *New Eng. L. Rev.*, 227-470 (2001), evidencia este punto, excepto por las posiciones realistas de David Scheffer, *id.* en 233, y Alfred Rubin, *id.* en 265. Scheffer en especial dice, “Yo espero disipar la noción de que la mera existencia de un crimen de **jurisdicción universal** significa que en efecto éste puede ser procesado universalmente, en cualquier tribunal, y bajo cualesquiera circunstancias y en conformidad con principios aceptados universalmente de derecho penal internacional. La **Jurisdicción Universal** no es un estándar ampliamente aceptado. Todos hablan acerca de la **jurisdicción universal**, pero casi nadie la practica. Ella ha sido en gran medida un ejercicio retórico desde la Segunda Guerra Mundial”. [traducción libre]. *Id.* en 233.

importantes entidades académicas dedicadas al mismo objetivo han conservado esta importante distinción jurídica entre qué es y qué debería ser. Entre ellas se encuentran la *International Association of Penal Law* y la *International Law Association*, las cuales han por largo tiempo expresado el *desideratum* que los Estados ejerzan **jurisdicción universal** sobre ciertos crímenes internacionales, pero sin hacer reclamos infundados acerca de su existencia actual⁵². Sintetizando este *desideratum*, el fallecido profesor Donnedieu de Vabres (quien también fue juez en el TMI y uno de los fundadores de la *Association Internationale de Droit Pénal*) con justicia señaló:

*“Il est dès lors inutile de pénétrer le détail des spéculations philosophiques par lesquelles on a voulu l'étayer utile - internationalement, universellement utile - et juste, cette compétence répond aux desiderata don't s'inspire, pour organiser la répression, la doctrine neo-classique, fondement de prèsques toutes les législations positives”*⁵³.

III. El Fundamento Teórico de la **Jurisdicción Universal**

La teoría de la **jurisdicción universal**⁵⁴ es extraña al concepto de soberanía nacional, la cual constituye la base histórica para la jurisdicción penal nacional. La **jurisdicción universal** trasciende la soberanía nacional. Adicionalmente, el ejercicio de la **jurisdicción universal** desplaza el derecho del acusado a ser procesado por el “juez natural”, un sello distintivo del ejercicio tradicional de la jurisdicción territorial⁵⁵. La lógica detrás del ejercicio de dicha jurisdicción es: (1) ningún otro Estado puede ejercer jurisdicción sobre la base de las doctrinas tradicionales; (2) ningún otro Estado tiene un interés directo; y (3) existe un interés de la comunidad internacional de que las normas se hagan cumplir. Entonces, los Estados ejercitan la **jurisdicción universal** no únicamente como una jurisdicción nacional, sino también como representantes de la comunidad internacional. En otras palabras, el Estado que ejercita la

⁵² Ver “Resolution of the Third International Congress of Penal Law” (Palermo 1933), en 10 *Revue Internationale de Droit Pénal* 144, 157 (1933); *International Law Association, Report of the 34th Conference* 378, 383-384 (1926); *Resolution of the International Congress of Comparative Law* (La Haya, 1932); *International Conference for the Unification of Criminal Law*, Art. 7 (Varsovia, 1927). En 2000, la *International Law Association* emitió un informe sobre **jurisdicción universal**. La Universidad de Princeton también publicó un informe, *Los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal* (2001).

⁵³ Donnedieu de Vabres, *supra* nota 36, en 69. “*L’attribution d’une compétence très subsidiaire au juge du lieu d’arrestation donne satisfaction à un besoin de sécurité, à un sentiment élémentaire de justice.*” *Id.* en 445. Ver también Maurice Travers, 1 *Le Droit Pénal International* 73 (1920); Mercier, Rapport, *Annuaire de l’Institut de Droit International* 87, 136 (1933).

⁵⁴ Ver Hays Butler, *Universal Jurisdiction: A Compilation of Documents* (3 vols. 2000); ver también, e.g., Jordan J. Paust, M. Cherif Bassiouni & Michael Scharf *et al.*, *International Criminal Law: Cases and Materials* (2ª ed. 2000); Steven Ratner & Jason Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* (2001); *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses* (Committee on International Human Rights Law and Practice, International Law Association), 2000, en 20-21 [referido en adelante en este trabajo como **Jurisdicción Universal** con Respecto a Graves Ofensas a los Derechos Humanos] (concluyendo que los Estados tienen derecho a ejercitar **jurisdicción universal** con respecto a genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y tortura, pero recomendando que “los grandes infractores de los derechos humanos deberían ser juzgados en el Estado en el cual ellos cometieron sus delitos”).

⁵⁵ Ver, e.g., Convención Europea de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950, art. 13, Europ. T.S. N° 5, 213 U.N.T.S. 221; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, art. 25, O.A.S.T.S. N° 36; 1144 U.N.T.S. 123.

jurisdicción universal lleva a cabo un *actio popularis* contra personas que son *hostis humani generis*⁵⁶.

Se pueden identificar dos posiciones como bases para trascender el concepto de soberanía. La primera es la posición universalista que se deriva de una cosmovisión idealista. Esta posición universalista idealista reconoce ciertos valores centrales y la existencia de intereses internacionales dominantes que son comúnmente compartidos y aceptados por la comunidad internacional y por lo tanto que trascienden la singularidad de los intereses nacionales. La segunda posición es una de naturaleza pragmática orientada hacia políticas que reconozcan que en ocasiones ciertos intereses comúnmente compartidos de la comunidad internacional requieren un mecanismo de coacción que trascienda los intereses de la soberanía singular.

Estas dos posiciones comparten elementos comunes, a saber: (a) la existencia de valores y/o intereses comúnmente compartidos por la comunidad internacional; (b) la necesidad de expandir los mecanismos de coacción para contrarrestar las transgresiones más graves de esos valores/intereses; y (c) la presunción de que un sistema de coacción jurisdiccional extendido producirá disuasión, prevención y retribución, y en definitiva promocionará resultados de orden universal, justicia y paz. En conformidad con ambas posiciones, el resultado es dar a cada una y la totalidad de las soberanías, así como también a órganos internacionales, la facultad de dar cumplimiento, ya sea individual o colectivamente, a ciertas proscripciones internacionales. Esta teoría se aplica cuando la proscripción se origina en la legislación penal internacional y no en la legislación nacional de un Estado determinado. En otras palabras, los crímenes contemplados en forma exclusiva bajo la legislación nacional no pueden dar origen a la **jurisdicción universal**.

La posición universalista y aquella políticamente orientada difieren en cuanto a: (a) la naturaleza de las fuentes de los valores/intereses que dan origen a una prescripción internacional o supranacional; (b) qué constituye la comunidad internacional y su membresía; y (c) la naturaleza y la extensión de los derechos legales y las obligaciones que atañen a los Estados⁵⁷.

La posición universalista puede ser derivada de concepciones metafísicas y filosóficas que han surgido en diferentes culturas y en diferentes tiempos, pero que convergen en ciertos

⁵⁶ Para un análisis de las circunstancias bajo las cuales un Estado puede proceder *actio popularis* como consecuencia de una infracción de *obligatio erga omnes*, ver Roman Boed, "The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations", 33 *Cornell Int'l L.J.* 297, 299-301 (2000). Ver también a Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (1997); Andre de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes* (1996); cf. Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (*Belg. v. Spain*), 1970 *I.C.J.* 3, 32 (5 de febrero) (definiendo obligaciones *erga omnes*).

⁵⁷ Esas materias son analizadas por M. Cherif Bassiouni & Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Prosecute or Extradite in International Law* 3-69 (1995). El caso para una *civitas* internacional máxima apoyando el deber de procesar o extraditar es válido; es dudoso, sin embargo, que ella incluya **jurisdicción universal** que no sea una base jurisdiccional subsidiaria para hacer cumplir la obtención de estas metas. En efecto, *aut dedere aut judicare* puede bien ser alegado como un sustituto para la teoría de jurisdicción universal. En opinión de este autor, la **jurisdicción universal** complementa *aut dedere aut judicare* en que siempre que un Estado no extradita y procede a someter a proceso éste puede no necesitar apoyarse en la universalidad.

aspectos. Por ejemplo, en las tres religiones monoteístas del Judaísmo, Cristianismo e Islamismo, la soberanía total descansa en el Creador, y las transgresiones de las normas del Creador confieren la facultad de coacción por parte de la comunidad religiosa, sin consideración a cualesquiera limitaciones referidas a espacio o tiempo⁵⁸.

Los juristas y filósofos occidentales, a contar del siglo XV, en parte fundados en los conceptos del derecho natural del Cristianismo, desarrollaron una posición universalista idealista. Pero, contrariamente a la visión de algunos autores contemporáneos que se refieren a ellos, estos juristas y filósofos tempranos no extendieron su visión universalista de ciertos crímenes universales a la jurisdicción penal universal a ser ejercida por cualesquiera y la totalidad de los Estados⁵⁹. Cesare Beccaria en su panfleto de 1764, *Del Delitti e Delle Pene*⁶⁰, expresó una visión universalista idealista en el sentido de que existe una comunidad de naciones que comparten valores comunes que la totalidad de los miembros de la comunidad internacional se encuentran obligados hacer cumplir, tanto en forma colectiva como singular. Pero él no la extendió a la **jurisdicción universal**. Beccaria expresó su punto de vista como sigue:

“Existen también aquellos que piensan que un acto de crueldad cometido, por ejemplo, en Constantinopla, podría ser castigado en París por esta razón: que aquel que ofende a la humanidad debería a toda la especie humana por enemiga, y debería ser el objeto de repudio universal, como si los jueces fueren los caballeros errantes de una naturaleza humana en general, en lugar de los guardianes de convenciones específicas entre los hombres”⁶¹.

Con posterioridad, Hugo deGroot (Grotius), en sus dos volúmenes *De Jure Belli Ac Pacis*, publicado por primera vez en 1625, argumentó a partir de la misma premisa filosófica pero se basó en un enfoque pragmático orientado políticamente a la persecución de *hostis humani generis* en alta mar. La premisa de Grotius fue la noción de *mare liberum*, lo cual no

⁵⁸ Esta es la razón por la cual el Ayatola Khomeini emitió en 1989 un edicto de muerte por blasfemia contra el escritor Salman Rushdie por su libro *The Satanic Verses* (1988). La mayoría de los Estados del mundo reaccionaron negativamente al alcance extraterritorial tal como lo hicieron muchos tratadistas. Ver M. Cherif Bassiouni, *Religious Discrimination, and Blasphemy, Address Before the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law in Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law* 432-35 (1989); Hurst Hannum, *Religious Discrimination, and Blasphemy, Address Before the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law in Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law* 427-28 (1989); Virginia Leary, *Religious Discrimination, and Blasphemy, Address Before the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law in Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law* 428-30 (1989); Ved Nanda, *Religious Discrimination, and Blasphemy, Address Before the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law in Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law* 430-31 (1989). Este es un ejemplo de por qué la **jurisdicción universal** debería ser cuidadosamente circunscrita. Sin embargo, han habido muchas posiciones en contrario expresadas por escritores musulmanes en Occidente, así como también en el mundo musulmán, las cuales han tomado una posición en apoyo del *fatwa* del Ayatola, abogando de hecho por la **jurisdicción universal**.

⁵⁹ Para una síntesis de estos puntos de vista con respecto a esta materia, incluyendo aquellos de Grotius, Heineccius Burlamaqui, Vattel, Rutherford, Kent y otros, ver Henry Wheaton, *Elements of International Law* 181 (R.H. Dana ed., 8ª ed. 1866).

⁶⁰ Cesare Beccaria-Bonesana, *An Essay on Crimes and Punishment* (Academia Reprints ed. 1953) (1819).

⁶¹ *Id.* en 135; Bassiouni & Wise, *supra* nota 57, en 27. [traducción libre]

constituyó necesariamente una nueva doctrina, pero en conformidad con la cual él postuló el derecho de libertad de navegación en alta mar. Debido a que el derecho de libertad de navegación en alta mar tenía una aplicación universal, concluyó que una infracción a ese derecho por piratas debería ser castigado universalmente. Es esa doctrina la que pasó a ser el fundamento de la teoría moderna de la **jurisdicción universal** para ciertos crímenes internacionales.

Para el naturalista, el concepto de delitos universales puede ser identificado con referencia al derecho natural⁶², en tanto que para un positivista legal, no puede serlo⁶³. Así, la evolución de conceptos legales, tales como *nullum crimen sine lege, nula poena sine lege*⁶⁴, la génesis de los cuales se encuentra en los escritos de Montesquieu⁶⁵, y que más tarde se reflejan en el positivismo del derecho penal de las codificaciones penales europeas del siglo XIX⁶⁶, se contradice con la noción abstracta de delitos universales identificados por referencia a la ley natural⁶⁷. Estas codificaciones incorporaron los principios de la legalidad en el derecho penal e hicieron difícil que se continuara aceptando la posición universalista expresada por algunos pocos juristas y filósofos anteriores.

Muchos tratadistas legales a contar del siglo XIX han abogado por la teoría de la **jurisdicción universal** sin necesariamente clarificar el fundamento filosófico de esa teoría o sus elementos legales. En lugar de ello, ellos argumentan en gran medida en la forma en que lo hicieron los universalistas tempranos en el sentido de que ciertos crímenes internacionales implican que todos los Estados, sin consideración a la existencia de alguna legislación nacional, y aun contra la legislación nacional, tienen la facultad de procesar, sin tomar en cuenta una conexión territorial con el crimen o alguna conexión con la nacionalidad del autor o la víctima. Tal vez la expresión más articulada del problema fue hecha en 1924 por Donnedieu de Vabres, quien señaló:”

“Dans sa notion élémentaire et son expression absolue, le système de la répression universelle, ou de l’universalité du droit de punir est celui qui attribue vocation aux tribunaux répressifs de tous les Etats pour connaître d’un crime commis par un individu quelconque, en quelque pays que ce soit.”

⁶² Para diferentes expresiones del derecho natural, ver *The Natural Law Reader* (Brendan F. Brown ed., 1960) (expresando el derecho natural en base del catolicismo); Lloyd L. Weinreb, *Natural Law and Justice* (1987). Ver también *Advisory Opinion, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 551 (8 de julio) (Weeramantry, J., disintiendo); Saul Mendlovitz & Merav Datan, “Judge Weeramantry’s Grotian Quest”, 7 *Transnat’l & Contemp. Probs.* 401 (1997).

⁶³ Para estas diferentes filosofías del derecho, ver Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad, *supra* nota 26, en 89-122.

⁶⁴ *Id.* en 123-67.

⁶⁵ 2 Charles de Secondat Montesquieu, *De L’Esprit des Lois, Oeuvres Complètes* (Roger Caillois ed., 1951). La máxima deriva del derecho romano.

⁶⁶ Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad, *supra* nota 26, en 123-67. El origen europeo moderno para los “principios de legalidad” es atribuido a Paul Anselm von Feuerbach, quien por primera vez los explicó en su *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts* (1801). Ver también Giuliano Vassalli, *Nullum Crimen Sine Lege*, en 5 *Novissimo Digesto Italiano: Apéndice* 292 (1987).

⁶⁷ Bassiouni, *supra* nota 26, en 123-67.

L'Etat qui, se prévalant de cette doctrine, exerce sa compétence universelle, ne revendique nullement un droit de souveraineté qui le serait propre, soit a l'égard de l'acte qu'il réprime, soit vis-à-vis de son auteur. Il n'agit pas pour la défense de ses intérêts. Il intervient, à défaut de tout autre Etat, pour éviter, dans un intérêt humain, une impunité scandaleuse. Il suit de la que son intervention a un caractère très subsidiaire. Elle ne se manifeste que si l'Etat qui juge a le délinquant en sa possession.

Tel qu'on vient de le définir, le système de l'universalité du droit de punir a sa modeste origine dans un texte du Code de Justinien, C. III, 15, Ubi de criminibus agi oportet, I, qui, déterminant le ressort, en matière pénale, des gouverneurs de l'Empire, donne à la fois compétence au tribunal du lieu de commission du délit, et à celui du lieu d'arrestation du coupable (judex deprehensionis). L'interprétation tendancieuse des glossateurs substitua au judex deprehensionis le judex domicilli.

Néanmoins, il fut admis pendant tout le moyen age, dans la doctrine italienne, et dans le droit qui gouvernait les rapport des villes lombardes, qu'à l'égard de certaines catégories de malfaiteurs dangereux - banniti, vagabundi, assassini, - la simple présence, sur le territoire, du criminel impuni, étant une cause de trouble, donnait vocation à la cite pour connaître de son crime. Au xvi siècle, Doneau rétablit la véritable signification du texte fondamental, C. III. 15. I, favorable au forum deprehensionis. Ayrault écrit, à la même époque: 'Il semble que, franchement et volontairement, nous nous rendions sujets aux lois de la patrie dont nous corrompons le repos.' Au xvii siècle, cette idée se fait jour dans les écrits du Hollandais Paul Voet, au xviii siècle, dans ceux de l'Allemand Henricus de Cocceji. Elle pénètre jusqu'à notre époque, ou elle est fréquemment reproduite. Il en résulte que la commission de certains crimes, d'une exceptionnelle gravité, est une source de compétence universelle.

Il appartient à Grotius qui fut, à l'aube du xvii siècle, le grand vulgarisateur, sinon le fondateur du droit international, d'attacher à la théorie de la compétence universelle toute sa valeur philosophique. A l'heure ou les grandes unités politiques, de constitution récente, se dressaient les unes contre les autres, il formula, comme un précurseur, la loi de la solidarité humaine. Il existe, dit-il, une société universelle des hommes, societas generis humani. Le crime, envisagé comme une violation du droit naturel qui la régit, droit non écrit, mais grave dans la conscience individuelle, est une offense à l'humanité tout entière. L'obligation de punir qu'il engendre est universelle. Elle se traduit, pour l'Etat dans le pouvoir duquel le criminel est tombé, par l'alternative fameuse d'extrader ou de punir: aut dedere, aut punire. L'influence de Grotius peut s'observer dans la doctrine de ses successeurs hollandais, scandinaves ou allemands. On la rencontre au xviii siècle, et dans la période révolutionnaire, où la pure tendance individualiste et humanitaire résiste au socialisme, à l'étatisme issus du Contrat social. On la retrouve, au cours du xix siècle, dans les écrits de nombreux théoriciens, et dans quelques législations positives⁶⁸.

Esta visión doctrinal, la cual es esencialmente una orientada políticamente a pesar de estar fundada en la filosofía del derecho natural, ha recibido un apoyo creciente entre los juristas en

⁶⁸ Donnedieu de Vabres, *supra* nota 36, en 135-36 (notas de pie de página omitidas).

el siglo XX⁶⁹, pero no ha sido respaldada por la práctica de los Estados. En efecto, sólo se ha informado de unos pocos casos conocidos por los tratadistas en los cuales se haya aplicado una doctrina de **jurisdicción universal** irrestrictamente sin que existiera un vínculo con la soberanía o territorialidad del Estado que la hace cumplir⁷⁰.

Un Informe de 1990 del Consejo de Europa sintetiza apropiadamente la situación contemporánea de la ley y la práctica de los Estados⁷¹:

“Existen considerables diferencias de opinión entre los Estados miembros en relación con el propósito del principio de la universalidad, en conformidad con el cual la jurisdicción penal es ejercida con respecto a delitos cometidos en el extranjero, sin que sea necesario que los requisitos subyacentes en los principios mencionados anteriormente se encuentren presentes.”

Algunos Estados sólo están dispuestos a aplicar el principio a ciertos delitos si ellos se encuentran autorizados u obligados a hacerlo así, de conformidad con el derecho internacional. Algunas convenciones autorizan que los Estados se atribuyan **jurisdicción universal**. Otras requieren dicha acción jurisdiccional de modo de no dejar ciertos delitos sin castigo. La mayoría de los Estados se ha sentido en libertad para incorporar el principio en sus legislaciones nacionales sin ninguna de dichas autorizaciones u obligaciones. No obstante, muchos de este último grupo han evidentemente tratado de mantenerse en línea con convenios internacionales existentes cuando establecen la **jurisdicción universal**. Sin embargo, también hay una cantidad de Estados que se han reservado un considerable grado de **jurisdicción universal** con respecto a delitos que no se encuentran cubiertos por ningún instrumento internacional. Ellos asumen que cualquier conflicto de competencia con otros Estados que pueda resultar de su jurisdicción así extendida, puede ser evitado en la práctica por una aplicación amplia del principio de la jurisdicción discrecional o bien mediante la imposición de condiciones para el procesamiento, tales como que se cuente con la autorización de un órgano central o que el imputado se encuentre presente. Este último requisito es, de hecho, impuesto por la totalidad de los Estados para el ejercicio de jurisdicción basada en este principio, a lo menos en la práctica.

Algunas convenciones parecieran permitir la aplicación de la **jurisdicción universal** en relación con delitos cubiertos en ellas. Los Convenios de la Cruz Roja de 1949 podrían ser un ejemplo, a pesar que no todos los Estados partes en estos convenios han establecido **jurisdicción universal** en conformidad con estos instrumentos. La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y el Protocolo de Modificación de 1972, y el Convenio de Sustancias

⁶⁹ Ver Butler, *supra* nota 54.

⁷⁰ La mayoría de ellos se relacionan con piratería. Ver Alfred Rubin, *The Law of Piracy* (2ª ed. 1998). Algunos casos informados por tratadistas se refieren a procesamientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pero no pudieron ser encontrados por este autor. Ver William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes* 360-68 (2000). Para un análisis de práctica estatal contemporánea, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

⁷¹ *Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Report of the European Committee on Crime Problems*, Consejo de Europa (1990). El informe fue preparado por el *Select Committee of Experts on Extraterritorial Jurisdiction* (PC-R-EJ), establecido por el Comité Europeo para Problemas Penales (CDPC) en 1984. [traducción libre]

Psicotrópicas Viena de 1971 son también ejemplos. Algunos Estados han establecido jurisdicción basados en la universalidad con respecto a los delitos cubiertos por esos tratados.

Otras convenciones claramente contemplan o requieren la aplicación de la **jurisdicción universal**. Ejemplo de ello son algunos tratados sobre falsificación, piratería, secuestro y acciones que ponen en peligro la seguridad de la aviación civil. Virtualmente todos los Estados han establecido la **jurisdicción universal** con respecto a dichas ofensas. Convenciones comparables que contemplan la adopción de la jurisdicción universal son aquellas relacionadas con la lucha contra el terrorismo, la prevención de la tortura, la protección del personal diplomático, la protección física de material nuclear y la toma de rehenes.

La máxima *aut dedere aut judicare* se encuentra reflejada en un número cada vez mayor de convenciones, aun cuando el medio se traduce en una legislación nacional y sus efectos difieren de un Estado a otro y aun de categoría a categoría de delito dentro de un mismo país.

A veces no hay una distinción clara entre el principio de universalidad y otros principios en los cuales se basa la jurisdicción extraterritorial, tales como el principio de la “representación” o el principio de la protección. Existen a menudo diferencias de opinión acerca de cuál principio debería formar la base de un modo particular de jurisdicción extraterritorial. También se ha mostrado que, bajo circunstancias especiales, se han establecido formas de jurisdicción que no pueden ser clasificadas bajo ninguno de los principios tradicionales de jurisdicción que se describen más arriba. Estos se pueden hallar, por ejemplo, en el derecho militar, en ciertas leyes de emergencia y en la legislación relativa a impuestos y derechos de aduana.

La dificultad de la categorización de estas diferentes formas de jurisdicción penal legislativa extraterritorial puede tal vez ser explicada por el hecho de que ella no siempre tiene una base teórica sólida. El comité consideró que era su deber estudiar las bases teóricas para dicha jurisdicción y, siempre que fuera posible, describirlas o desarrollarlas⁷².

La **jurisdicción universal** ha sido en efecto a menudo confundida con otras teorías de jurisdicción penal extraterritorial. Pero, según se analiza más adelante, con pocas excepciones, la legislación y la práctica de los Estados demuestra sin contrapesos una conexión entre el crimen y el Estado que aplica la norma, basada en el impacto territorial del crimen o en la nacionalidad de quien lo perpetra o bien en la nacionalidad de la víctima. Según se analiza más adelante, el reconocimiento explícito o implícito de la teoría de la **jurisdicción universal** en el derecho internacional convencional ha sido limitado a ciertos crímenes internacionales. No obstante, la aplicación de la jurisdicción internacional sobre ciertos crímenes internacionales no necesariamente significa que tal jurisdicción puede carecer de toda conexión con el Estado que la aplica, o que ella tiene precedencia sobre otras teorías de jurisdicción. En lugar de ello, la **jurisdicción universal** para ciertos crímenes internacionales constituye una teoría de jurisdicción que se funda en la política de fortalecer la responsabilidad penal internacional, por medio de la cual el Estado que la aplica actúa en representación de la comunidad internacional en el cumplimiento de sus obligaciones

⁷² *Id.* en 14-16.

internacionales y también en la búsqueda de sus propios intereses nacionales. Pero ello no significa que este ejercicio de aplicación de la norma reemplaza los intereses que otros Estados tienen en hacerla cumplir ni tampoco los intereses de organismos internacionales como el TPIY, el TPIR y la CPI. Por ello se debe aplicar un criterio de equilibrio en el ejercicio de la **jurisdicción universal**.

Los tratadistas, incluyendo el autor de este artículo, respaldan la proposición de que existe una teoría independiente de la **jurisdicción universal** con respecto a crímenes internacionales *ius cogens*. Las premisas para dicha teoría son tanto la posición universalista idealista histórica y la posición política pragmática mencionadas anteriormente⁷³. Con el objeto de respaldar dicha teoría, sin embargo, es necesario comprender la evolución histórica de esa teoría y su contenido y aplicación contemporánea. Más aún, se hace indispensable contar con directrices para la aplicación de esta teoría con el objeto de evitar conflictos jurisdiccionales, interrupciones del orden global, abusos y denegación de justicia, y para mejorar la predecibilidad de las prioridades jurisdiccionales y la consistencia en las disputas jurisdiccionales y los resultados.

IV. La **Jurisdicción Universal** en el Derecho Penal Internacional

Las fuentes primarias del derecho penal internacional sustantivo son las convenciones y la práctica consuetudinaria que recurren a los principios generales del derecho, así como los escritos de los juristas esencialmente como un medio de interpretar las convenciones y las costumbres⁷⁴. El derecho internacional convencional es la mejor fuente del derecho penal internacional sustantivo en tanto que es más apto para satisfacer el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*⁷⁵. Pero ello no excluye el derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho como fuentes del derecho penal internacional sustantivo, siempre que ellos cumplan con el estándar de especificación equivalente a aquel del derecho internacional convencional.

La reflexión teórica sobre jurisdicción penal universal y su aplicación⁷⁶ debe tener en cuenta: (1) la legislación nacional, con el objeto de determinar si ella existe en la mayoría de los sistemas legales nacionales que representan los principales sistemas de justicia penal del mundo⁷⁷, y (2) el derecho penal internacional convencional para determinar la existencia de normas legales internacionales que contengan provisiones para la aplicación de la **jurisdicción**

⁷³ Ver *supra* nota 68 y texto acompañado.

⁷⁴ Bassiouni, Fuentes y Contenido, *supra* nota 33, en 3-126.

⁷⁵ Ver *supra* notas 64-66 y texto acompañado. Para un análisis del proceso de establecimiento del derecho internacional consuetudinario, ver *infra* notas 188-194 y texto acompañado.

⁷⁶ “En su declaración clásica, sin embargo, la teoría de la universalidad comprende actos cometidos más allá de la jurisdicción territorial de algún país, siendo la piratería en alta mar el delito paradigma”. Rena Hozore Reiss, “The Extradition of John Demjanjuk: War Crimes, Universal Jurisdiction, and the Political Offense Doctrine”, 20 *Cornell Int’l L. J.* 281, 303 (1987) (citando 1 M. Cherif Bassiouni, *International Jurisdiction, United States Law and Practice*, ch. 6, 6 (1983)). Ver *id.* en 303 n. 161 (“La justificación para el principio de la universalidad descansa en el hecho de que sin dicha jurisdicción ningún país podría procesar al criminal”). [traducción libre]

⁷⁷ M. Cherif Bassiouni, “General Principles of International Law”, 11 *Mich. J. Int’l L.* 768-818 (1990); ver también Rene David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* 22-32 (5ª ed. 1973). Para una revisión de legislación nacional que pretende autorizar la **jurisdicción universal**, ver el Apéndice del presente trabajo.

universal por parte de sistemas de justicia penal nacionales y por entes resolutivos establecidos en forma internacional⁷⁸.

La investigación académica con respecto a la legislación nacional pone en evidencia que muy pocos Estados tienen disposiciones que permitan a sus sistemas judiciales ejercitar la **jurisdicción universal** con respecto a alguien que ha cometido un crimen internacional *jus cogens*, sin consideración al tiempo y el lugar de la ocurrencia del crimen, su impacto sobre el territorio del Estado que la aplica, la participación en el mismo por parte de uno de sus nacionales o su ejecución contra de uno de sus nacionales⁷⁹. La práctica judicial de los Estados también es limitada. En el conocimiento de este autor, ninguna práctica estatal existe en la actualidad por la cual un Estado haya recurrido a la **jurisdicción universal** sin la existencia de una legislación nacional, aún cuando los tratados internacionales contienen disposiciones proveyendo dicha base jurisdiccional.

La práctica colectiva de los Estados en el establecimiento de órganos judiciales internacionales luego del término de la Segunda Guerra Mundial, incluyendo cinco comisiones investigadoras internacionales y cuatro tribunales penales internacionales *ad hoc*, muestra nada de ello ha sido basado en la teoría de la **jurisdicción universal**⁸⁰. El Estatuto de la CPI tampoco establece la **jurisdicción universal** para las “situaciones” que son referidas a ella por los Estados sino que únicamente un alcance universal acerca de los crímenes que caen dentro de la jurisdicción de la Corte⁸¹. Estos crímenes son: genocidio, crímenes contra la humanidad, y crímenes de guerra, los cuales son crímenes internacionales *jus cogens*⁸². Dado a que las “referencias”⁸³ a la CPI son hechas por un Estado parte⁸⁴, o por un Estado no parte⁸⁵, se hace difícil argumentar que la jurisdicción de la CPI fluye de la teoría de la **jurisdicción universal**. Sin embargo, las “referencias” por parte del Consejo de Seguridad por crímenes que caen bajo la jurisdicción de la Corte constituyen **jurisdicción universal** debido a que ellos pueden trascender la territorialidad de un Estado parte⁸⁶. Dicha disposición podría ser interpretada como que permite al Consejo de Seguridad referir una “situación” a la CPI, aun cuando ella se aplique a crímenes que ocurren fuera del territorio de un Estado parte y que involucren la responsabilidad de nacionales de Estados que no son parte.

⁷⁸ M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions* (1997) [referido en adelante en el presente trabajo como Bassiouni, Convenciones DPI]. Para un análisis de la práctica estatal contemporánea con respecto a la **jurisdicción universal**, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

⁷⁹ Ver *supra* nota 8 y texto acompañado.

⁸⁰ M. Cherif Bassiouni, “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, 10 *Harv. Hum. Rts. J.* 11 (1997).

⁸¹ Ver Estatuto CPI, *supra* nota 12, art. 14; ver también M. Cherif Bassiouni, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History* (1998).

⁸² Estatuto CPI, *supra* nota 12, arts. 6, 7 y 8.

⁸³ *Id.* art. 14.

⁸⁴ *Id.* Alemania, Nueva Zelanda y Canadá son ejemplos de países que han dictado recientemente legislación de implementación nacional.

⁸⁵ *Id.* art. 12(3).

⁸⁶ *Id.* art. 14.

En el derecho penal internacional hay 27 categorías de crímenes⁸⁷. Estas 27 categorías se desprenden de 276 convenciones concluidas entre 1815 y 1999⁸⁸. Algunas de estas convenciones incluyen disposiciones penales que las distinguen de otras leyes internacionales convencionales. Estos crímenes internacionales son: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado, posesión y/o uso ilegítimo de armas, robo de materiales nucleares, mercenarismo, *apartheid*, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, tortura, experimentación humana ilegítima, piratería, secuestro de aeronave, actos ilegales contra la navegación marítima civil, actos ilegales contra personas protegidas internacionalmente, toma de rehenes civiles, uso ilegal del correo, terrorismo nuclear, financiamiento del terrorismo internacional, tráfico ilegal de drogas y sustancias peligrosas, destrucción y/o robo de tesoros nacionales y herencia cultural, actos ilegales contra el medio ambiente, tráfico internacional de materiales obscenos, falsificación de monedas, interferencia ilegal con cables submarinos y soborno de funcionarios públicos extranjeros⁸⁹. Entre las disposiciones penales contenidas en estas convenciones hay disposiciones relativas a jurisdicción penal y, de éstas, únicamente 32 convenciones contienen una referencia a una teoría jurisdiccional⁹⁰ y, entre ellas, solamente de unas pocas, analizadas más adelante, se puede decir que reflejan en forma explícita o implícita la **jurisdicción universal**. Por el contrario, 98 disposiciones reflejan la obligación de procesar y 68 de extraditar, evidenciando la preferencia legislativa a favor esta técnica de cumplimiento de la ley por sobre aquella que confiere **jurisdicción universal** a todos y cada uno de los Estados⁹¹.

Debido a que el derecho penal internacional convencional y consuetudinario se sobreponen con respecto a ciertos crímenes, es útil examinar si la **jurisdicción universal** vis-à-vis los crímenes internacionales *jus cogens* se origina en conformidad con alguna de las fuentes del derecho penal internacional. Lo que sigue a continuación es una apreciación de la evolución de la jurisdicción internacional con respecto a los crímenes internacionales *jus cogens* basada en las fuentes del derecho internacional convencional y consuetudinario. Estos crímenes internacionales *jus cogens* son: piratería, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, *apartheid* y tortura⁹².

Es útil señalar que varias convenciones de derecho penal internacional que se aplican a crímenes que no han sido catalogados como *jus cogens* contienen una disposición respecto a la **jurisdicción universal**. Esto evidencia el reconocimiento y la aplicación que se ha conferido a esta teoría.

⁸⁷ Ver Bassiouni, Convenciones DPI, *supra* nota 78. Esa investigación se refiere únicamente a 25 categorías ya que dos más fueron agregadas desde 1997.

⁸⁸ *Id.* en 20-21, que se refiere únicamente a 274 dado que dos nuevas convenciones fueron adoptadas entre 1997 y 1999.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.* en 5, 20-21.

⁹¹ *Id.* en 20-21. En tanto que *aut dedere aut judicare* es propiciado como una máxima *civitas*, debería tenerse presente que la fórmula es más prevalente en convenciones relacionadas con drogas y terrorismo. Ver Bassiouni, Convenciones DPI, *supra* nota 78, en 789-842, 893-1018; Bassiouni & Wise, *supra* nota 57, en 11-19.

⁹² Bassiouni, Crímenes *Jus Cogens*, *supra* nota 33.

Los crímenes internacionales *jus cogens* analizados más adelante en el orden de su emergencia en el derecho penal internacional son: (1) piratería; (2) esclavitud; (3) crímenes de guerra; (4) crímenes contra la humanidad; (5) genocidio; (6) *apartheid*; y (7) tortura.

A. Piratería

La piratería es considerada la base de la jurisdicción penal universal para crímenes internacionales *jus cogens*, pero ese no fue siempre el caso. El término piratería tiene su origen en la literatura griega como *peirates* y se hace referencia a él La Iliada⁹³ y La Odisea de Homero⁹⁴, así como Historia de la Guerra del Peloponeso de Tucídides⁹⁵. Luego aparece en la literatura romana, especialmente en los escritos de Cicerón, quien alude a los piratas como *pirata* y *praedones* (predadores basados en tierra, posteriormente referidos como bandoleros y bandidos)⁹⁶. A Cicerón también se le atribuye la noción de que *pirata* y *praedones* son *hostis humani generis*⁹⁷. Grotius, basándose en Aristóteles y Cicerón, se refirió a la teoría de *hostis humani generis* y su aplicación en tiempo de guerra, el cual era el contexto en el cual la piratería era vista en su época⁹⁸.

La temprana historia de definir la piratería no estuvo, sin embargo, vinculada a la **jurisdicción universal** como lo estuvo en los siglos XIX y XX. El profesor Alfred Rubin en forma autoritativa documenta esta historia hasta el tiempo presente⁹⁹. Alberigo Gentili¹⁰⁰ y

⁹³ Homero, La Iliada (trad. A.T. Murria, 1971).

⁹⁴ Homero, La Odisea (trad. A.T. Murria, 1960).

⁹⁵ Tucídides, La Guerra del Peloponeso (trad. C.M. Smith, 1969).

⁹⁶ Cicerón, Contra Verres II (trad. L.H.G. Greenwood, 1953). Ver también Cicerón, *De Officiis* (trad. L.H.G. Greenwood, 1953); Cicerón, *De Re Publica* (trad. C.W. Keyes, 1928).

⁹⁷ Coleman Philippon retraza esa evolución histórica, tanto con respecto a su significado sustantivo como a su ejercicio de jurisdicción en Grecia y Roma. 2 Coleman Philippon, *The International Law and Custom of Ancient Greece* (1911).

⁹⁸ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (trad. Francis W. Kelsey, 1925) (1625). Grotius también se apoyó en el Antiguo y Nuevo Testamento y en Aristóteles y Cicerón para una perspectiva universal. Ver Cicerón, *De Re Publica*, *supra* nota 96, en 211 (bk. III, XXII):

“El verdadero derecho es el razonamiento correcto en conformidad con la naturaleza; es de aplicación universal, sin cambios y duradero; él obliga a cumplir por su orden, y desvía de delito por sus prohibiciones. Y no deposita sus órdenes o prohibiciones sobre los hombres buenos en vano, a pesar que tampoco tiene efecto alguno sobre los malvados. Constituye un pecado tratar de modificar este derecho, así como tampoco está permitido intentar derogar alguna parte del mismo, y es imposible abolirlo completamente. Nosotros no podemos ser exonerados de sus obligaciones por disposición del senado o el pueblo, y nosotros no necesitamos mirar fuera de nosotros mismos para un expositor o interprete de él. Y no existirá un derecho diferente en Roma y en Atenas, o leyes diferentes ahora y en el futuro, sino que uno e inmutable derecho será válido para todas las naciones y en todos los tiempos, y habrá un amo y rector, esto es, Dios, sobre todos nosotros, porque Él es el autor de este derecho, su promulgador, y el juez que lo hace cumplir. Quienquiera que es desobediente está huyendo de sí mismo y denegando su naturaleza humana, y en razón de este solo acto él sufrirá la peor de las sanciones, aun si escapa de aquello que es comúnmente considerado castigo”. [traducción libre]

Id. Ver también Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad, *supra* nota 26, en 108 n. 71.

⁹⁹ Rubin, *supra* nota 70.

¹⁰⁰ Gentili, *De Jure Belli Libri Tres* (trad. J.C. Rolfe, 1933) (1612). Ver, por ejemplo, el trabajo de Gentili *De Jure Belli* (1612), reimpresso en *Classics of International Law* (1933); Grotius, *supra* nota 98. Para una breve evaluación de estos trabajos, ver Peter Haggemacher, Grotius y Gentili: “A Reassessment of Thomas E. Holland’s Inaugural Lecture”, en *Hugo Grotius and International Relations* ch. 4 (1992) [referido en adelante en el presente trabajo como Grotius y Relaciones Internacionales]; G.I.A.D. Draper, “Grotius’ Place in the Development of Legal Ideas About War”, en *Grotius and International Relations*, *supra*, ch. 5.

Balthasar Ayala¹⁰¹ adoptaron la visión universalista de la piratería y su castigo universal por todos los Estados debido a que él estaba ordenado por *ius gentium*. Pero su aplicación del concepto de piratería estaba esencialmente referido al contexto de guerra, como el fenómeno era entonces considerado. Grotius, sin embargo, cuyo enfoque era más pragmático, vio el problema de tratar a los piratas como parte de su visión de un cierto orden en alta mar. Desde una perspectiva jurisdiccional, Grotius, un defensor de la libertad en alta mar, *mare liberum*, postuló el principio de que las naves en alta mar eran una extensión de la territorialidad del Estado de la bandera. Así, el Estado de la bandera podría ejercer su jurisdicción sobre naves y personas no nacionales por actos de piratería. El principio según el cual todos y cada uno de los Estados podían ejercer su jurisdicción sobre todos y cada uno de los piratas no fue, por tanto, una aplicación de la **jurisdicción universal**. En lugar de ello, podría decirse que fue el reconocimiento de la aplicación universal de la jurisdicción del Estado de la bandera en su derecho a defenderse contra los piratas y eventualmente perseguirlos tanto como una medida preventiva como sancionadora.

La temprana ley de la piratería y sus aplicaciones jurisdiccionales se desarrollaron en las legislaciones y prácticas nacionales de las principales naciones navieras entre los siglos XV y XVII. A pesar de que éstas se desarrollaron sobre la base de distintos conceptos y técnicas legales, los resultados fueron similares. La razón es probablemente la similitud de intereses en precaverse de los peligros de la piratería. Estos desarrollos se basaron en el reconocimiento de la facultad del Estado de la bandera de capturar y castigar a los piratas que cometían ese crimen, en la forma en que estaba definido por la ley nacional. Este fue especialmente el caso con Inglaterra y en los primeros años de los Estados Unidos de Norteamérica¹⁰². Como lo plantea Rubin, la evolución de la jurisprudencia, la promulgación de leyes y los escritos de los tratadistas estaban basados en una falsa comprensión del término piratería¹⁰³. No obstante, la **jurisdicción universal** para prevenir y eliminar la piratería ha

¹⁰¹ Balthasar Ayala, *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari* (trad. J.P. Bate, 1912) (1581). Ver Balthasar Ayala, *Three Books, on the Law of War, and on the Duties Connected with War, and on Military Discipline* 88 (trad. J.P. Bate, 1912) (1597).

¹⁰² Ver Rubin, *supra* nota 70.

¹⁰³ *Id.* en 124. Él incluye en esa categoría a Sir William Blackstone, cuyos *Commentaries on the Laws of England* (vol. 4, 1769) influenció el derecho y la jurisprudencia de los Estados Unidos. La Constitución en el Artículo 1, Sección 8, Cláusula 10 se refiere a “Piraterías”, y la Ley del Poder Judicial del 24 de septiembre de 1789, una ley para establecer los tribunales judiciales de los Estados Unidos, ch. 20, 9, 1 Stat. 73, 76-77, da a cada uno de las 13 “cortes de distrito” originales jurisdicción exclusiva por dichos crímenes. La primera vez, sin embargo, que la piratería fue considerada un crimen de **jurisdicción universal** se originó bajo el Tratado de Jay (*Jay's Treaty*) de 1794, 19 de noviembre de 1794, art. 21, 8 Stat. 116, 12 Bevans 13, 27. Joseph Story, sin embargo, no adoptó la visión universalista de la piratería y la esclavitud en su trabajo seminal, *Commentaries on the Conflict of Laws* (1834); en lugar de ello, él se pronunció por el mismo resultado desde una perspectiva positivista. El Presidente de la Corte Suprema John Marshall, también un positivista, reconoció el alcance universal de la legislación de los Estados Unidos siempre que los actos de piratería fueran dirigidos contra una nave de los Estados Unidos y nacionales estadounidenses. Ver *U.S. v. Palmer*, 16 U.S. (3 Wheat.) 610 (1818). En *U.S. v. Klintock*, 18 U.S. (5 Wheat.) 144 (1820), el Presidente de la Corte Suprema Marshall escribió:

“El Tribunal está de acuerdo que la piratería en general, o el homicidio, o robo, cometidos en los lugares que se describen en la sección octava [de la ley de 1790], por personas a bordo de una nave que en dicha oportunidad no pertenece a los sujetos de alguna potencia extranjera, sino que en la posesión de una tripulación que actúa en contravención de toda ley, y que no reconoce obediencia a gobierno alguno, se encuentra dentro del significado de la presente ley, y es sancionable en los Tribunales de los Estados Unidos. Las personas de esta descripción son sujetos del código penal de todas las naciones, y creemos que las palabras generales de la Ley del Congreso se aplican a todas las personas sin distinción, a pesar que ellas no deben ser interpretadas de modo de extender a

sido ampliamente reconocida en el derecho internacional consuetudinario como el crimen internacional por excelencia al cual se aplica la universalidad.

La legislación internacional positiva en el siglo XX ha establecido claramente la **jurisdicción universal** para la piratería¹⁰⁴. La Convención de Ginebra de 1958 sobre la Alta Mar (*Geneva Convention on the Law of the High Seas*)¹⁰⁵ incluye dos disposiciones con respecto a la jurisdicción sobre la piratería. El artículo 18 establece:

“Un buque o una aeronave podrá conservar su nacionalidad, no obstante haberse convertido en buque o en aeronave pirata. La conservación y la pérdida de la nacionalidad se rige por la ley del Estado que la haya concedido”.

El artículo 19 establece:

“Todo Estado puede apresar en alta mar, o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, a un buque o a una aeronave pirata, o a un buque capturado a consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo de dicho buque o aeronave. Los tribunales del Estado que haya efectuado la presa podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que haya que tomar respecto de los buques, las aeronaves y los bienes, dejando a salvo los intereses legítimos de terceros de buena fe”.

Este artículo claramente establece la **jurisdicción universal**.

Entonces, en 1982, la Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar¹⁰⁶ reiteró la disposición del artículo 19 de la Convención de Ginebra de 1958 mediante la incorporación textual de su redacción en el artículo 105:

personas que se encuentran bajo la autoridad reconocida de un Estado extranjero, ellas deben ser así interpretadas para incluir a aquellos que no reconocen la autoridad de Estado alguno. Esos términos generales no deben ser aplicados a delitos cometidos contra la soberanía particular de una potencia extranjera; pero nosotros pensamos que ellas deberían ser aplicadas a ofensas cometidas contra todas las naciones, incluyendo los Estados Unidos, por personas que por consentimiento común se encuentran igualmente sujetas a las leyes de todas las naciones”. [traducción libre].

Id. en 152 (énfasis agregado). El certificado emitido por la Corte Suprema concluye: “Que la ley del 30 de abril de 1790 se extiende a todas las personas a bordo de todas las naves que se despojan de su carácter nacional mediante la navegación en actividades de piratería y que cometen piratería sobre otras naves.” [traducción libre]. *Id.* en 153 (énfasis agregado).

Todos los demás casos de los Estados Unidos que involucran piratería tenían un “contacto” con la legislación de los Estados Unidos, ya sea porque los actos de piratería fueron cometidos contra una nave de los Estados Unidos o contra nacionales de los Estados Unidos.

¹⁰⁴ Esto puede deberse al hecho que la piratería ha, para todos los efectos prácticos, desaparecido a contar del siglo XIX, y durante el siglo XX sólo existe una instancia en que ha ocurrido en el mundo Occidental. Así, la comunidad internacional encontró más fácilmente aceptable reconocer la **jurisdicción universal** para la piratería. Ver Thomas Franck, “To Define and Punish Piracies; The Lessons of the Santa María: A Comment”, 36 *N.Y.U. L. Rev.* 839 (1961). Por el contrario, ha habido muchas manifestaciones de piratería en el Suroriente asiático. Ver Gerhard O.W. Muller & Freida Adler, *Outlaws of the Ocean* (1985).

¹⁰⁵ 25 de abril de 1958, 1 U.S.T. 2312, 450 U.N.T.S. 82.

¹⁰⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre la Alta Mar, 7 de octubre de 1982, UN Doc. A/CONF.62/122.

“Todo Estado puede apresar, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe”.

En consecuencia, la **jurisdicción universal** por el crimen de piratería se encuentra firmemente establecida en el derecho internacional positivo.

B. Esclavitud

La esclavitud ha sido asociada con la piratería desde 1815 cuando la Declaración del Congreso de Viena igualó el tráfico de esclavos con la piratería. Desde entonces, ha habido un desarrollo gradual en el derecho internacional positivo sobre la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud basado en el mismo tipo de condena universal que existía con respecto a la piratería. No obstante, la condena universal, la cual es evidente en 27 convenciones sobre el tema de la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud desde 1815 a 1982, no siempre produjo, como se verá más adelante, el resultado de la universalidad de jurisdicción¹⁰⁷. Existen también 47 otras convenciones celebradas entre 1874 y 1996 relacionadas con la esclavitud¹⁰⁸, la cual, al igual que la piratería, es considerada parte de *jus cogens*¹⁰⁹.

Un análisis del texto de estas convenciones revela que únicamente unas pocas establecen la **jurisdicción universal** o permiten que un Estado la aplique¹¹⁰. Convenciones

¹⁰⁷ Bassiouni, Convenciones DIP, *supra* nota 78, en 637-734.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ M. Cherif Bassiouni, “Enslavement as an International Crime”, 23 *N.Y.U. J. Int’l L.* 445 (1991).

¹¹⁰ Ver Treaty for the Suppression of the African Slave Trade, firmado en Londres el 20 de diciembre de 1841, arts. VI, VII, X y Anexo B, pt. 5, 2 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 1) 392. La *Convention Relative to Slave Trade and Importation into Africa of Firearms, Ammunition, and Spiritous Liquors (General Act of Brussels)*, 2 de julio de 1890, 27 Stat. 886, 17 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 2) 345, señala en el artículo V:

“Las potencias contratantes se comprometen, a menos que esto haya sido ya establecido en las leyes en conformidad con el espíritu del presente artículo, a dictar o proponer a sus respectivos cuerpos legislativos, en el curso de un año a lo menos a contar de la fecha de firma de la presente ley general, una ley que haga aplicable, por una parte, las disposiciones de sus leyes penales relativas a graves ofensas contra la persona, a los organizadores e instigadores de la cacería de esclavos, a aquellos culpables de mutilar a hombres adultos y niños, y a todas las personas que tomen parte en la captura de esclavos mediante violencia; y, por otra parte, las disposiciones relativas a ofensas contra la libertad individual, a transportistas de, y a comerciantes de, esclavos ... Las personas culpables que puedan haber escapado de la jurisdicción de las autoridades del país en el cual los crímenes u ofensas han sido cometidos serán arrestadas ya sea luego de la comunicación de la evidencia incriminatoria por las autoridades que han establecido la infracción de la ley, o luego de la producción de cualquier otra evidencia de culpabilidad por parte de la potencia en cuyo territorio ellos puedan haber sido descubiertos, y serán mantenidas, sin otra formalidad, a la disposición de los tribunales competentes para ser procesadas”. [traducción libre]

Id. art. 5. Ver Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y de la Explotación de la Prostitución de Otros, abierta para firma en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950, art. 11, 96 U.N.T.S. 271 (“Nada de lo que se contenga en la presente Convención será interpretado como que determina la actitud de una Parte

relativas a la supresión del tráfico de mujeres y niños y la “trata de blancas”¹¹¹ y otras prácticas relacionadas con la esclavitud no contienen disposiciones específicas con respecto a la **jurisdicción universal**, así como tampoco lo hace el Convenio sobre Trabajo Forzoso¹¹².

Puede ser significativo que, con respecto al tráfico de esclavos en alta mar, la **jurisdicción universal** es más evidente en las disposiciones de los tratados en la medida que dicho tráfico ha sido igualado con la piratería. En esta situación, se requiere de la jurisdicción internacional debido al medio usado por los traficantes, esto es, la alta mar, ya que es el modo más efectivo de combatir dicho tráfico. Sin embargo, con respecto a la explotación sexual de las personas, parece que las convenciones han dejado a los Estados decidir qué teorías jurisdiccionales les servirán de fundamento. Esto puede ser explicado en parte por el hecho que estas prácticas son conducidas por medios de tránsito a través del territorio de los Estados y que la última etapa de dicho tráfico es la explotación en el territorio de un Estado. Como consecuencia de ello, un Estado puede ejercer jurisdicción penal territorial para combatir este crimen internacional sin la necesidad de la **jurisdicción universal**. Esta posición neutral con respecto a la **jurisdicción universal** es expresada en el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1950¹¹³, la cual, en su artículo 11 establece que “ninguna de las disposiciones del presente Convenio deberá interpretarse en el sentido de prejuzgar la actitud de cualquiera de las Partes respecto a la cuestión general de los límites de la jurisdicción penal en derecho internacional”.

Siempre que los actos que involucran esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud se cometen dentro del contexto de un conflicto armado, ellos están sujetos al derecho internacional humanitario y pasan a ser crímenes de guerra. Pero en tales casos, a pesar que el crimen es internacional y parte del *jus cogens*, la teoría jurisdiccional que sirve de fundamento es normalmente la territorialidad¹¹⁴.

Las disposiciones que se contienen en la totalidad de los tratados relativos a la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud característicamente requieren que los Estados firmantes adopten medidas efectivas para prevenir y suprimir la esclavitud, y también establecen obligaciones específicas acerca de la tipificación y sanción, extradición y asistencia judicial mutua. La totalidad de estas disposiciones pueden ser mejor caracterizadas como que reflejan el concepto de *aut dedere aut judicare*. Esto es aun verdadero con respecto a las disposiciones convencionales más recientes que vinculan la esclavitud a la piratería. Por ejemplo, la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Alta Mar¹¹⁵ establece en su artículo 13 que:

hacia el problema general de los límites de la jurisdicción criminal en conformidad con el derecho internacional”). [traducción libre]

¹¹¹ Acuerdo Internacional para la Supresión de la “Trata de Blancas”, 18 de marzo de 1904, 1 L.N.T.S. 83; Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, 4 de mayo de 1910, 98 U.N.T.S. 101; Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños, 30 de septiembre de 1921, 9 L.N.T.S. 415.

¹¹² Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, 28 de junio de 1930, 39 U.N.T.S. 55; Convenio (Nº 105) Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, 25 de junio de 1957, 320 U.N.T.S. 291.

¹¹³ 21 de marzo de 1950, 96 U.N.T.S. 271.

¹¹⁴ Ver análisis de crímenes de guerra *infra* notas 120-131 y texto acompañado.

¹¹⁵ Ver *supra* nota 105.

“Todo Estado estará obligado a tomar medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su bandera y para impedir que con ese propósito se use ilegalmente su bandera. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su bandera, quedará libre *ipso facto*”.

La Convención de Montego Bay de 1982 sobre el Derecho del Mar adoptó una disposición casi idéntica en el artículo 99¹¹⁶:

“Todo Estado tomará medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su pabellón y para impedir que con ese propósito se use ilegalmente su pabellón. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su pabellón, quedará libre *ipso facto*”.

Como en el caso de la piratería, la esclavitud ha prácticamente desaparecido en el siglo XX, y ello bien puede haber hecho posible que los Estados reconozcan la aplicación de la teoría de la **jurisdicción universal** para aquello que con anterioridad ha sido esencialmente condenado en forma universal. En tanto que el derecho internacional consuetudinario y los trabajos de los tratadistas reconocen a la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud como un crimen internacional *jus cogens*, la práctica de los Estados no ha evidenciado el hecho que la jurisdicción penal universal haya sido aplicada a todas las formas y manifestaciones de la esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud¹¹⁷.

También es significativo que el dramático incremento en el tráfico de mujeres y niños para explotación sexual que ha tenido lugar en las dos últimas décadas, haya sido sólo recientemente objeto de una convención especializada: el Protocolo sobre Trata Internacional de Mujeres y Niños, el cual es parte de la Convención sobre el Crimen Organizado de Diciembre de 2000¹¹⁸. Con respecto a esta categoría de crímenes internacionales *jus cogens*,

¹¹⁶ Ver *supra* nota 106.

¹¹⁷ Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, 11 de octubre de 1933, 150 L.N.T.S. 431; Protocolo para Modificar el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, concluido en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, y la Convención para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933, 53 U.N.T.S. 13; Anexo del Protocolo para Modificar el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, concluido en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, y la Convención para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933; Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, concluido en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, modificado el 12 de noviembre de 1947, 53 U.N.T.S. 39; Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933, 12 de noviembre de 1947, 53 U.N.T.S. 49; Anexo al Protocolo que Modifica el Convenio para la Represión de la Trata de Blancas, 18 de mayo de 1904, y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, 4 de mayo de 1910; Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, 18 de mayo de 1904, modificado el 4 de mayo de 1949, 2 U.S.T. 1997, 92 U.N.T.S. 19; Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, 4 de mayo de 1910, modificado el 4 de mayo de 1949, 98 U.N.T.S. 101; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 21 de marzo de 1950, 96 U.N.T.S. 271; Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos, y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, 7 de septiembre de 1956, 18 U.S.T. 3201, 266 U.N.T.S. 3. Ver Bassiouni, Convenciones DIP, *supra* nota 78.

¹¹⁸ Ver Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños al Borrador de la Convención sobre el Crimen Organizado Transnacional de las Naciones Unidas, UN. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6 (2000). Ese Protocolo no contiene, sin embargo, una disposición sobre **jurisdicción universal**.

fueron esencialmente los trabajos de los tratadistas los que han propiciado la noción de que la jurisdicción penal universal se extiende a todas las manifestaciones de esta categoría de crímenes internacionales¹¹⁹.

C. Crímenes de Guerra

De todos los crímenes internacionales, la categoría de los crímenes de guerra cuenta con el mayor número de instrumentos que incluyen una amplia gama de prohibiciones y reglamentaciones¹²⁰. Muchos de estos instrumentos específicamente comprenden, codifican o reflejan el derecho internacional consuetudinario. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹²¹ y sus dos Protocolos Adicionales¹²² son las codificaciones más completas de prohibiciones y reglamentaciones, y sus disposiciones incluyen las normas penales más específicas y de más amplia aplicación¹²³. El así llamado “Derecho de Ginebra” se sobrepone con el así llamado “Derecho de La Haya”¹²⁴, habiendo sido gran parte del último incorporada en el primero. El “Derecho de Ginebra” ha llegado a ser parte del derecho consuetudinario de los conflictos armados¹²⁵. Las infracciones de los Convenios de Ginebra y las así llamadas “Leyes y Costumbres de la Guerra” constituyen crímenes de guerra y son crímenes internacionales *jus cogens*.

Con respecto a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, las “infracciones graves” se contienen en los artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente¹²⁶. Con respecto al Protocolo I, las “infracciones graves” se contienen en el artículo 85¹²⁷. No existen, sin embargo,

¹¹⁹ Ver *supra* nota 109.

¹²⁰ Bassiouni, Convenciones DIP, *supra* nota 78, en 285; ver también Yoram Dinstein, “The Universality Principle and War Crimes”, en *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium* 17-37 (Michael N. Schmitt & Leslie C. Green eds., 1998); Willard B. Cowles, “**Universal Jurisdiction** over War Crimes”, 33 *Cal. L. Rev.* 177 (1945).

¹²¹ Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 12 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31 [referida en adelante en este trabajo como el Primer Convenio de Ginebra]; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, 6 U.S.T. 3217, 75 U.N.T.S. 85 [referida en adelante en este trabajo como el Segundo Convenio de Ginebra]; Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, 9 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135 [referida en adelante en este trabajo como el Tercer Convenio de Ginebra]; Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, 12 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 [referida en adelante en este trabajo como el Cuarto Convenio de Ginebra].

¹²² Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, abierto para firma en Berna el 12 de diciembre de 1977, UN Doc. A/32/144, Anexo I [referido en adelante en este trabajo como Protocolo I]; Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, abierto para firma en Berna el 12 de diciembre de 1977, UN Doc. A/32/144, Anexo II.

¹²³ Bassiouni, Convenciones DPI, *supra* nota 78, en 416-45, 457-94.

¹²⁴ Convenio relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 29 de julio de 1864, 32 Stat. 1803. Ver M. Cherif Bassiouni, *A Manual on International Humanitarian Law and Arms Control Agreements* (M. Cherif Bassiouni ed. 2000) [referido en adelante en este trabajo como Bassiouni, Manual sobre Derecho Humanitario Internacional].

¹²⁵ Bassiouni, Convenciones DPI, *supra* nota 78, en 286.

¹²⁶ Primer Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 50; Segundo Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 51; Tercer Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 130; Cuarto Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 147.

¹²⁷ Protocolo I, *supra* nota 122, art. 85; ver también *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Yves Sandoz et al. eds., 1987).

disposiciones en estos Convenios que se refieran en forma específica a la **jurisdicción universal**. Uno puede asumir que la obligación penal de hacer cumplir la ley incluye implícitamente el derecho de los Estados Partes a ejercitar la **jurisdicción universal** en conformidad con sus leyes nacionales. Esto se deriva de la obligación de prevenir y reprimir “infracciones graves” y también de las disposiciones de los artículos 1 y 2, las cuales son comunes para los cuatro Convenios de Ginebra, a saber:

Artículo 1

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”.

Artículo 2

“Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

El Convenio se aplicará también a todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentra resistencia militar.

Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones”¹²⁸.

En tanto que ningún convenio que se refiera a la ley de los conflictos armados contiene una disposición específica con respecto a la **jurisdicción universal**, es sin embargo válido asumir que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I establecen una base suficiente para que los Estados apliquen la universalidad de jurisdicción para prevenir y reprimir las “infracciones graves” de los Convenios. Pero ninguna de las otras convenciones que se refieren a la ley de los conflictos armados contiene una disposición con respecto a la **jurisdicción universal**.

La legislación internacional consuetudinaria según se refleja en la práctica de los Estados no justifica, hasta ahora, en la opinión del autor de este artículo, la conclusión de que la **jurisdicción universal** ha sido aplicada en procesamientos nacionales¹²⁹. Existen unos pocos casos en la práctica de los Estados que sirven de fundamento para que algunos tratadistas aseveren lo contrario, pero dichos casos son tan pocos y espaciados entre ellos que

¹²⁸ Ver *supra* nota 121 y texto acompañado. Para disposiciones específicas relativas a la dictación de legislación por las partes contratantes para la represión de infracciones graves, ver Primer Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 49; Segundo Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 50; Tercer Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 129; Cuarto Convenio de Ginebra, *supra* nota 121, art. 146.

¹²⁹ Para un análisis de práctica estatal contemporánea con respecto a crímenes de guerra, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

sería incorrecto concluir que ellos constituyen una práctica. Sin embargo, se puede argumentar que el derecho internacional consuetudinario puede existir sin consideración a las prácticas de los Estados si hay una fuerte evidencia de *opinio juris*, lo cual es el caso con respecto a los crímenes de guerra.

El reconocimiento de la **jurisdicción universal** para los crímenes de guerra es esencialmente derivado de los trabajos de los académicos y expertos, los cuales extienden el alcance universal de los crímenes de guerra a la universalidad de jurisdicción sobre dichos crímenes. Los Convenios de Ginebra de 1949 exigen que los Estados parte “respeten y hagan respetar”, en tanto que las disposiciones relativas a “infracciones graves” de los Convenios y el Protocolo I exigen su aplicación. Esto ha sido interpretado por algunos no sólo como que confiere a las partes el derecho a adoptar una legislación nacional sobre **jurisdicción universal**, sino como que también crea una obligación de hacerlo así. Existe, sin embargo, alguna confusión que se deriva de los mecanismos de cumplimiento colectivos, tales como el TMI, TMIEO, TPIY y TPIR. El TMI y el TMIEO representaron una acción colectiva basada en las facultades inherentes de los Estados involucrados como participantes en los respectivos conflictos armados y también sobre la base de la territorialidad¹³⁰. El TPIY y el TPIR son formas de cumplimiento colectivo derivadas de la facultad del Consejo de Seguridad en conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero la jurisdicción de esos tribunales es territorial. En la totalidad de esas situaciones, la jurisdicción penal está basada en la territorialidad y, con respecto al TMI y el TMIEO, podría decirse que también se ha fundado en la “personalidad pasiva.” Según se ha señalado anteriormente, la CPI no tiene **jurisdicción universal**, a pesar que su alcance es universal, excepto en la medida de “referencias” del Consejo de Seguridad a la CPI, las cuales se basan en la teoría de la universalidad¹³¹.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay nada en el Derecho de los Conflictos Armados que prohíba a la jurisdicción penal nacional la aplicación de la teoría de la universalidad con respecto a crímenes de guerra. Puede incluso argumentarse que las obligaciones generales de hacer cumplir la ley, las cuales incluyen las obligaciones específicas de prevenir y castigar “infracciones graves” a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I, permiten a los Estados expandir su jurisdicción para incluir la teoría de la universalidad.

D. Crímenes Contra la Humanidad

Los crímenes contra la humanidad fueron definidos por primera vez en la legislación internacional positiva en el artículo 6(c) de la Carta de Nuremberg como:

“el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”¹³².

¹³⁰ Ver *infra* notas 196-97 y texto acompañado.

¹³¹ Ver *supra* nota 86 y texto acompañado.

Similarmente, el artículo 5(c) del Estatuto del TMIEO¹³³ y el artículo 2(c) de la Ley N° 10 del Consejo de Control¹³⁴ establecieron disposiciones para el procesamiento de “crímenes contra la humanidad”. En los procesamientos en conformidad con todos estos tres instrumentos, sin embargo, la jurisdicción fue de naturaleza territorial, a pesar de que también puede argumentarse que ella se extendió a la “personalidad pasiva”.

La jurisdicción con respecto a “crímenes contra la humanidad” en la forma que se establece en el artículo 5 del TPIY¹³⁵, el artículo 3 del TPIR¹³⁶ y el artículo 7 de la CPI es igualmente territorial, excepto en la medida de las “referencias” a la CPI por el Consejo de Seguridad, caso en el cual la jurisdicción es universal¹³⁷.

También es importante hacer notar que no existe una convención especializada para “crímenes contra la humanidad”¹³⁸. Como consecuencia de ello, uno no puede decir que existe una ley convencional que establezca la **jurisdicción universal** para “crímenes contra la humanidad”¹³⁹. El trabajo de los tratadistas esencialmente respalda esa posición. Unos pocos Estados han dictado leyes nacionales permitiendo el procesamiento nacional de “crímenes contra la humanidad” aun cuando sean cometidos fuera del territorio del Estado y aun cuando sean cometidos por o contra no nacionales. Pero esos Estados han también agregado algunos vínculos jurisdiccionales adicionales como requisitos previos para el ejercicio de dicha jurisdicción en la forma que se analiza más adelante. Tal como sucede con los crímenes internacionales *jus cogens*, se presume que los “crímenes contra la humanidad” imponen la obligación de procesar y extraditar, y que permiten al Estado fundarse en la universalidad para el procesamiento, castigo y extradición.

¹³² Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los tribunales militares aliados se refirieron al ejercicio de la universalidad con respecto a crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ver Boed, *supra* nota 56, en 307-08 & n. 51 (citando a Kenneth Randall, “**Universal Jurisdiction** Under International Law”, 66 *Tex. L. Rev.* 785, 807-10 (1988)). Pero esos casos fueron procesados en conformidad con la Ley N° 10 del Consejo de Control la cual dio a los cuatro mayores aliados “soberanía” sobre sus respectivas zonas de ocupación. Así, los tribunales ejercieron jurisdicción nacional.

¹³³ Carta TMI, *supra* nota 10, art. 6(c).

¹³⁴ Carta Modificada TMIEO, *supra* nota 10, art. 5(c).

¹³⁵ *Allied Control Council Law N° 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity*, 20 de diciembre de 1945, art. 2(c), reimpresso en Benjamin B. Ferencz, *An International Criminal Court: A Step Toward World Peace* 488 (1980).

¹³⁶ Estatuto TMIY, *supra* nota 10, art. 5.

¹³⁷ Estatuto TMIR, *supra* nota 10, art. 3.

¹³⁸ Ver *supra* nota 86 y texto acompañado.

¹³⁹ Ver M. Cherif Bassiouni, “‘Crimes Against Humanity’: The Need for a Specialized Convention”, 31 *Colum. J. Transnat’l L.* 457-94 (194); Bassiouni, *Crímenes Contra la Humanidad*, *supra* nota 26.

E. Genocidio

El crimen *jus cogens* de genocidio no existía antes de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948¹⁴⁰. En efecto, se asumió que el genocidio era el sucesor de los “crímenes contra la humanidad,” pero su alcance es en efecto más restringido. El artículo VI de la Convención establece:

“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”¹⁴¹.

Resulta evidente del significado y lenguaje claros de esta disposición que la jurisdicción es territorial y que únicamente si un “tribunal penal internacional” es establecido y únicamente si los Estados parte de la Convención sobre Genocidio son también Estados parte de la convención que establece un “tribunal penal internacional” puede este último tribunal tener **jurisdicción universal**¹⁴². Sin embargo, dicha **jurisdicción universal** dependerá del estatuto de ese “tribunal penal internacional,” si es establecido y cuando lo sea.

Desde la adopción de la Convención sobre Genocidio, dos tribunales penales ad hoc internacionales fueron establecidos, a saber, el TPIY¹⁴³ y el TPIR¹⁴⁴, en 1993 y 1994, respectivamente. En 1998, el Estatuto para la CPI fue abierto para su firma¹⁴⁵. Todos estos tres instrumentos contienen una disposición que hace del genocidio un crimen dentro de la jurisdicción del tribunal. Pero eso, por sí solo, no confiere **jurisdicción universal** a esos tribunales.

El artículo IV del TPIY¹⁴⁶ y el artículo II del TPIR definen al genocidio básicamente en la misma forma que los artículos II y III de la Convención sobre Genocidio¹⁴⁷. La jurisdicción de ambos tribunales es territorial; su competencia se extiende únicamente a crímenes cometidos dentro del territorio de la ex República de Yugoslavia y Ruanda, respectivamente. Con respecto a la CPI, el artículo 6 define el genocidio en casi los mismos términos que el artículo II de la Convención sobre Genocidio¹⁴⁸. La jurisdicción de la CPI, según se indicó anteriormente, es esencialmente territorial para las partes, a pesar que las partes pueden referir casos a la CPI respecto de crímenes que no ocurrieron en su territorio y están obligados a entregar personas dentro de su territorio, sean ellas nacionales o no nacionales. Así, mientras

¹⁴⁰ Para un análisis de la práctica estatal contemporánea con respecto a los crímenes contra la humanidad, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

¹⁴¹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, 78 U.N.T.S. 277 [referida en adelante en este trabajo como la Convención sobre Genocidio] (énfasis agregado).

¹⁴² *Id.* art 6 (énfasis agregado).

¹⁴³ Cf. John F. Murphy, “International Crimes”, en 2 *United Nations Legal Order* 993, 1010 (Oscar Schachter & Christopher C. Joyner eds., 1995) (“La Convención no crea un sistema de **jurisdicción universal**”).

¹⁴⁴ Estatuto TPIY, *supra* nota 10.

¹⁴⁵ Estatuto TPIR, *supra* nota 10.

¹⁴⁶ Estatuto CPI, *supra* nota 12.

¹⁴⁷ Estatuto TPIY, *supra* nota 10, art. 4.

¹⁴⁸ Estatuto TPIR, *supra*, nota 10, art. 2.

que el alcance de la CPI es universal con respecto a las “referencias” por parte de los Estados parte en conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 y los Estados no parte en conformidad con lo establecido en el artículo 12(3), las “referencias” por parte del Consejo de Seguridad tienen un alcance universal y también representan una teoría de **jurisdicción universal**.

No obstante el hecho que el artículo VI de la Convención sobre Genocidio difícilmente justifica el punto de vista de que él refleja la teoría de la universalidad de jurisdicción¹⁴⁹, algunos comentaristas argumentan consistentemente que la legislación internacional consuetudinaria ha reconocido la universalidad de jurisdicción para el genocidio a pesar que no existe una práctica de los Estados para apoyar dicha argumentación. Como el profesor Meron señala, “Es cada vez más reconocido por los principales comentaristas que el crimen de genocidio (a pesar de la ausencia de una disposición con respecto a la **jurisdicción universal** en la Convención sobre Genocidio) puede también constituir una causa para el procesamiento por cualquier Estado”¹⁵⁰.

No obstante la ausencia de respaldo en el derecho internacional convencional y en la práctica de los Estados¹⁵¹ para la aseveración categórica de que el genocidio *ipso facto* confiere **jurisdicción universal**, la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso Tadic, en conexión con genocidio, señaló que “la **jurisdicción universal** es hoy reconocida para los crímenes internacionales”¹⁵². En forma similar, el TPIR sostuvo en el caso del Estado contra Ntuyahaga que la **jurisdicción universal** existe para el crimen de genocidio¹⁵³.

F. *Apartheid*

El crimen de *apartheid* no fue creado hasta 1973, cuando las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid¹⁵⁴. La Convención establece en el artículo IV, en la parte pertinente, lo siguiente:

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

¹⁴⁹ Estatuto CPI, *supra* nota 12, art. 6.

¹⁵⁰ Ver Schabas, *supra* nota 70, en 353-78; Matthew Lippman, “Genocide”, en 1 *International Criminal Law* 589-613 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999).

¹⁵¹ Theodor Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, 89 *Am. J. Int’l L.* 554, 569 (1995). Pero ver Christopher C. Joyner, “Arresting Impunity: The Case for **Universal Jurisdiction** in Bringing War Criminals to Accountability”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 153, 159-60 (1996); Jordan J. Paust, “Congress and Genocide: They’re Not Going to Get Away with It”, 11 *Mich. J. Int’l L.* 90, 91-92 (1989); Randall, *supra* nota 131, en 837. Estos y otros autores, incluyendo este autor, han consistentemente sostenido que la **jurisdicción universal** se aplica al genocidio como un crimen internacional *jus cogens*. Es debido a la influencia de los tratadistas que la *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* explica: “La **jurisdicción universal** para castigar el genocidio es ampliamente aceptada como un principio del derecho consuetudinario”. *Restatement (Third) of Foreign Relations*, *supra* nota 37, 404, nota 1 del relator.

¹⁵² Para un análisis de la práctica estatal contemporánea con respecto al genocidio, ver *infra* notas 188-227 y texto acompañado.

¹⁵³ *Prosecutor v. Tadic*, Caso N° IT-94-1-AR72, Decisión sobre la Presentación de la Defensa por Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción, par. 62 (2 de octubre de 1995).

¹⁵⁴ *Prosecutor v. Ntuyahaga*, Caso N° TPIR-90-40-T, Decisión sobre la Presentación del Fiscal de Retirar el Procesamiento (18 de marzo de 1999).

b) A adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas”¹⁵⁵.

El artículo V de la Convención señala:

“Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción”¹⁵⁶.

Existe claramente una desviación en el texto de estos dos artículos de la disposición jurisdiccional contenida en la Convención sobre Genocidio¹⁵⁷ dado a que los artículos IV y V de la Convención sobre Apartheid establecen sin ambigüedad la **jurisdicción universal**¹⁵⁸. Sin embargo, pareciera que luego de la desaparición del régimen del *apartheid* en Sudáfrica y la falta de procesamientos por *apartheid* en conformidad con esta convención por parte del nuevo régimen, que la convención puede haber caído en desuso. Para que la convención tenga alguna validez en el futuro, ella debería ser modificada para que sea aplicable a las prácticas similares al *apartheid*.

G. Tortura

La tortura fue establecida en el derecho internacional convencional en el año 1984 en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁵⁹. El artículo V de la Convención establece:

1. “Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:
 - a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

¹⁵⁵ Res. AG 3068 (XXVIII), UN GAOR, 28ª Ses. Sup. N° 30, en 75, UN Doc. A/9030 (1973) [referida en adelante en este trabajo como Convención *Apartheid*]. Ver Roger S. Clark, “Apartheid”, en 1 *International Criminal Law* 643-62 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999). Un borrador de estatuto fue preparado por este autor en 1979.

¹⁵⁶ Convención *Apartheid*, *supra* nota 154, art. 4.

¹⁵⁷ *Id.* art. 5.

¹⁵⁸ Ver *supra* nota 140 y texto acompañado.

¹⁵⁹ Debería también tenerse presente que 101 Estados han ratificado la Convención sobre el *Apartheid*, lo cual es significativamente menos que los 185 Estados miembros de las Naciones Unidas. Ver Study on Ways and Means of Insuring the Implementation of International Instruments such as the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, Including the Establishment of the International Jurisdiction Envisaged by the Convention, UN Doc. E/CN.4/1426 (1981); M. Cherif Bassiouni & Daniel Derby, “Final Report on the Establishment of an International Criminal Court for the Implementation of the *Apartheid* Convention and Other Relevant International Instruments”, 9 *Hofstra L. Rev.* 523 (1981).

- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
 - c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.
2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.
 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales¹⁶⁰.

La premisa del esquema de aplicación de la ley en esta Convención es el concepto *aut dedere aut judicare*¹⁶¹. A lo largo de la Convención hay varias referencias a la jurisdicción del Estado que la aplica, y el artículo 7.1 de la Convención establece:

“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”¹⁶².

Pero el artículo 7.1 es más una reflexión de *aut dedere aut judicare* que una de **jurisdicción universal**¹⁶³. Él establece la obligación de extraditar, y solamente en el evento que una persona no sea extraditada se encuentra un Estado obligado a someter a procesamiento, por implicación, sobre la base de la **jurisdicción universal**.

En el caso *cause célèbre, In re Pinochet*, que llegó hasta la Cámara de los Lores, hubo en efecto una referencia a genocidio y otros crímenes internacionales. En la audiencia de revisión hubo también una referencia a la **jurisdicción universal** como un concomitante a los crímenes internacionales:

Que los crímenes contra el derecho internacional deberían ser conocidos por los tribunales internacionales o en el propio Estado del perpetrador es una cosa; que ellos deberían ser conocidos sin consideración a una norma de derecho internacional consuetudinario largamente establecida en los tribunales de otros Estados, es otra. Es significativo que con respecto a serias infracciones de “principios no susceptibles de ser transgredidos de derecho consuetudinario internacional” cuando se han establecido tribunales ello se ha hecho con facultades y jurisdicción definidos cuidadosamente en la forma acordada por los Estados

¹⁶⁰ Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Res. AG 39/46, UN GAOR 39ª Ses., Sup. N° 51, UN Doc. A/39/51 (1984), entrada en vigencia el 26 de junio de 1987, borrador reimpresso en *I.L.M.* 1027 (1985) [referido en adelante en el presente trabajo como la Convención contra la Tortura]. Ver Daniel H. Derby, “Torture”, en *International Criminal Law* 705-49 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999); J. Herman Burgers & Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1988).

¹⁶¹ Convención contra la Tortura, *supra* nota 159, art. 5.

¹⁶² Ver Bassiouni & Wise, *supra* nota 57.

¹⁶³ Convención contra la Tortura, *supra* nota 159, art. 7.1.

involucrados; que la Convención sobre Genocidio establece disposiciones únicamente para jurisdicción ante un tribunal internacional de los tribunales del Estado donde el crimen es cometido, que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece jurisdicción por crímenes en términos muy específicos pero limita su jurisdicción a actos futuros¹⁶⁴.

No obstante este dictamen legal, el asunto era si los tribunales del Reino Unido eran competentes para resolver sobre la solicitud de extradición de España por la acusación criminal de tortura, y si la extradición debería ser acordada en conformidad con la obligación impuesta por un tratado del Reino Unido hacia España en conformidad con la legislación del Reino Unido. El Reino Unido se encuentra obligado por la Convención sobre Tortura de las Naciones Unidas¹⁶⁵ y debe, en conformidad con la misma, procesar o extraditar. España, también un Estado parte de la Convención, solicitó la extradición por tortura, fundada en su jurisdicción de personalidad pasiva debido a que nacionales suyos fueron víctimas de crímenes de tortura alegados. Así el caso Pinochet, en la opinión de este autor, no postula la proposición de **jurisdicción universal**, así como tampoco la solicitud de extradición de parte de España por tortura se encuentra basada en la **jurisdicción universal**. La Convención sobre Tortura, sin embargo, permite en forma implícita la **jurisdicción universal**.

H. Otros Crímenes Internacionales a los cuales se aplica la **Jurisdicción Universal**

Existen varios crímenes internacionales que aún no han sido alzados al nivel de *jus cogens*, pero los instrumentos que los establecen proveen ya sea explícita o implícitamente la **jurisdicción universal**. El Convenio sobre Secuestro de Tokio de 1963 establece en su artículo III(3): “El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales”¹⁶⁶. Ella por lo tanto permite en forma implícita que la legislación nacional establezca la **jurisdicción universal**. En forma similar, el Convenio sobre Secuestro de La Haya de 1970 señala en su artículo IV(3): “El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales”¹⁶⁷. El artículo VII además establece:

“El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las

¹⁶⁴ Ver Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 64-65 (1994).

¹⁶⁵ *R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte*, [1998] 4 All ER 897, 3 WLR 1456 (H.L.(E.) 1998). Ver Reed Brody & Michael Ratner, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Human Rights Watch, supra nota 1; *When Tyrants Tremble: The Pinochet Case* (Human Rights Watch). Ver también *The Prosecution of Hissene Habré - An “African Pinochet”*, en Human Rights Watch, supra nota 1, en 11-12. Cf. *Human Rights Watch*, supra nota 1, en 4 (citando el caso Filartiga para la proposición que “el torturador ha llegado a ser como el pirata y el tratante de esclavos antes de él *hostis humanis generis*, un enemigo de toda la humanidad”). Habré, el ex dictador de Chad, fue arrestado en Senegal, pero los esfuerzos de someterlo a proceso sobre la base de la universalidad fallaron, y fue liberado luego de una sentencia definitiva dictada por la Corte de Casación de Senegal.

¹⁶⁶ Ver supra nota 159.

¹⁶⁷ Convenio sobre Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves (Convenio sobre Secuestro de Tokio), 14 de septiembre de 1963, art. 3(3), 20 U.S.T. 2941, 704 U.N.T.S. 219.

mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado”¹⁶⁸.

El Convenio sobre Secuestro de Montreal de 1971 señala en su artículo V(3): “El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales”¹⁶⁹. Adicionalmente, el Convenio sobre Secuestro de Montreal de 1988 establece en su artículo III:

“Añádese al artículo 5 del Convenio el siguiente párrafo 2 bis:

2 bis. Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 bis del Artículo 1, así como en el párrafo 2 del mismo Artículo, en cuanto este último párrafo se refiere a los delitos previstos en dicho párrafo 1 bis, en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al Artículo 8, al Estado mencionado en el párrafo 1(a) del presente artículo”¹⁷⁰.

Todas las disposiciones del tratado que se mencionan más arriba implícitamente permiten la **jurisdicción universal** si la legislación nacional establece una disposición al respecto. Las siguientes disposiciones del tratado lo hacen más explícito.

El Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988 señala en el artículo 7(4,5):

4. “Los derechos a que se hace referencia en el párrafo 3 se ejercerán de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado en cuyo territorio se halle el delincuente o presunto delincuente, a condición, no obstante, de que las leyes y reglamentos mencionados permitan que se cumpla plenamente el propósito de los derechos enunciados en el párrafo 3.

5. Cuando un Estado Parte, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados que hayan establecido jurisdicción de conformidad con el párrafo 1 del artículo 6 y, si lo considera conveniente, a todos los demás Estados. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación los resultados de ésta a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción”¹⁷¹.

El artículo X(1) de este Convenio además provee lo siguiente:

¹⁶⁸ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (Convenio de La Haya), 16 de diciembre de 1970, art. 4(3), 22 U.S.T. 1641, 860 U.N.T.S. 105.

¹⁶⁹ *Id.* art. 7.

¹⁷⁰ Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil (Convenio de Montreal), 23 de septiembre de 1971, art. 5(3), 24 U.S.T. 564, 974 U.N.T.S. 177.

¹⁷¹ Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, adoptado por la Organización de Aviación Civil Internacional, 24 de febrero de 1988, art. 3, 27 *I.L.M.* 627.

1. “El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el delincuente o presunto delincuente, en los casos a los que es aplicable el artículo 6, si no procede a la extradición del mismo, someterá sin dilación el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, mediante el procedimiento judicial acorde con la legislación de dicho Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con la legislación de dicho Estado”¹⁷².

El Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental establece en el artículo III:

1. “Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2 cuando el delito sea cometido:

- a) contra una plataforma fija o a bordo de ésta, mientras se encuentre emplazada en la plataforma continental de ese Estado; o
- b) por un nacional de ese Estado.

2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando:

- a) sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado;
- b) un nacional de ese Estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito, o
- c) sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa.

3. Todo Estado Parte que haya establecido la jurisdicción indicada en el párrafo 2 lo notificará al Secretario General de la Organización Marítima Internacional (en adelante llamado "el Secretario General"). Si ese Estado Parte deroga con posterioridad tal jurisdicción lo notificará al Secretario General.

4. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

¹⁷² Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988, art. 7(4, 5), 27 *I.L.M.* 668.

5. El presente Protocolo no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación interna¹⁷³.

La Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos de 1973 establece en el artículo III:

1. “Cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 del artículo 2 en los siguientes casos:

- (a) cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado;
- (b) cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado;
- (c) cuando el delito se haya cometido contra una persona internacionalmente protegida, según se define en el artículo 1, que disfrute de esa condición en virtud de las funciones que ejerza en nombre de dicho Estado.

2. Asimismo, cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre esos delitos en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que dicho Estado no conceda su extradición conforme al artículo 8 a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional¹⁷⁴.

La Convención Contra la Toma de Rehenes de 1979 establece en el artículo V:

1.- “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan:

- (a) en su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado;
- (b) por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso, ese Estado lo considera apropiado;
- (c) con el fin de obligar a ese Estado a una acción u omisión; o
- (d) respecto de un rehén que sea nacional de ese Estado, si este último lo considera apropiado.

¹⁷³ *Id.* art. 10(1).

¹⁷⁴ Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, 10 de marzo de 1988, art. 3, 27 *I.L.M.* 685.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 1 en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no acceda a conceder su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción criminal ejercida en conformidad con el derecho interno¹⁷⁵.

La Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado de 1994 sigue el mismo enfoque jurisdiccional de la Convención sobre Personas Internacionalmente Protegidas. El artículo X de la Convención sobre Personal de las Naciones Unidas señala:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo en los casos siguientes:

a. Cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado;

b. Cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado.

2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando:

a. Sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado; o

b. Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o

c. Sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa.

3. Todo Estado Parte que haya establecido la jurisdicción indicada en el párrafo 2 lo notificará al Secretario general de las Naciones Unidas. Si ese Estado Parte deroga posteriormente tal jurisdicción lo notificará al Secretario general de las Naciones Unidas.

4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo 9 en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que ese Estado no conceda su extradición, conforme al artículo 15, a alguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1 ó 2.

¹⁷⁵ Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos (Convención de Nueva York), abierta a la firma en Nueva York el 14 de diciembre de 1973, art. 3, 28 U.S.T. 1975, 1035 U.N.T.S. 167.

5. La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional”¹⁷⁶.

La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 establece en el artículo 36(4) que “Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación nacional de cada Parte”¹⁷⁷. El artículo 22(5) de la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 emplea un lenguaje idéntico al de la Convención Única de 1961¹⁷⁸.

La Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales contiene disposiciones explícitas para la universalidad en el artículo 28: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención”¹⁷⁹. La Convención Cultural UNESCO de 1970 señala en el artículo 12: “Los Estados Partes en la presente Convención respetarán el patrimonio cultural de los territorios cuyas relaciones internacionales tienen a su cargo y tomarán las medidas adecuadas para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales en esos territorios”¹⁸⁰.

La Convención sobre Materiales Obscenos de 1923 establece en el artículo II:

“Las personas que han cometido un delito que cae dentro del artículo 1 deberán responder a los Tribunales de la Parte Contratante en cuyos territorios se cometió el delito o alguno de los elementos constitutivos del delito. Deberán asimismo responder, cuando las leyes del país así lo permitan, ante los Tribunales de la Parte Contratante del que son nacionales, si se encuentran en sus territorios, aún si los elementos constitutivos del delito fueron cometidos fuera de dichos territorios.

Cada Parte Contratante tendrá, sin embargo, el derecho a aplicar la máxima *non bis in idem* en conformidad con las normas dictadas en su propia legislación”¹⁸¹.

¹⁷⁶ Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes, concluida en Nueva York el 17 de diciembre de 1979, art. 5, 18 *I.L.M.* 1456.

¹⁷⁷ Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, abierta a la firma en Nueva York el 15 de diciembre de 1994, art. 10, UN Doc. A/49/742 (1994).

¹⁷⁸ Convención Única sobre Estupefacientes (Convención Única), suscrita en Nueva York el 30 de marzo de 1961, art. 36(4), 18 U.S.T. 1407, referido en 14 *I.L.M.* 302. Para una modificación al Artículo 36, ver Artículo 14 del Protocolo Modificadorio de la Convención Única sobre Estupefacientes, 1961, 25 de marzo de 1972, U.S.T. 1430, 976 U.N.T.S. 3.

¹⁷⁹ Convención sobre Sustancias Sicotrópicas (Convención Sicotrópica), 21 de febrero de 1971, art. 22(5), T.I.A.S. N° 9725, 1019 U.N.T.S. 175. Ver también id. art. 27 (relativo a aplicación territorial).

¹⁸⁰ Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, 14 de mayo de 1954, art. 28, 249 U.N.T.S. 240.

¹⁸¹ Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (Convención Cultural UNESCO), 14 de noviembre de 1970, art. 12, 823 U.N.T.S. 231.

La Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda de 1929 establece en el artículo 17: “La participación de una Alta Parte Contratante en la presente Convención, no deberá interpretarse como afectando su actitud con respecto al asunto general de la competencia de la jurisdicción penal como cuestión de derecho internacional”¹⁸².

La Convención sobre Cables Submarinos de 1884 señala en los artículos 1, 8 y 9 lo siguiente:

Artículo 1

“La presente Convención será aplicable, fuera de las aguas territoriales, a todos los cables submarinos establecidos legalmente tendidos en los territorios, colonias y posesiones de una o más de las Altas Partes Contratantes”.

Artículo 8

“El tribunal competente para conocer de las infracciones a la presente Convención será aquel del país a la cual pertenece la nave a bordo de la cual la infracción ha sido cometida.

Se entiende que en los casos en los cuales la disposición contenida en el párrafo anterior no puede ser llevada a cabo, la represión de las violaciones a la presente Convención tendrá lugar, en cada uno de los Estados contratantes, en el caso de sus sujetos o ciudadanos, en conformidad con las normas generales de competencia penal establecidas por las leyes particulares de esos Estados, o por tratados internacionales”.

Artículo 9

“Los procesamientos a cuenta de las infracciones que se contemplan en los artículos 2, 5 y 6 de la presente Convención, serán realizados por el Estado o a su nombre”¹⁸³.

Por último, la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios señala en el artículo 9(2,3):

2. “Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en los artículos 2, 3 y 4 de la presente Convención en los casos en que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no se proceda a su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente Artículo.

¹⁸² Convenio Internacional para la Represión de la Circulación y el Tráfico de Publicaciones Obscenas, abierto a la firma en Ginebra el 12 de septiembre de 1923, art. 2, 27 L.N.T.S. 213, 7 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 3) 266. Ver también Convenio Internacional para la Represión y el Tráfico de Publicaciones Obscenas, 12 de septiembre de 1923, modificado por el Protocolo, 12 de noviembre de 1947, art. 2, 46 U.N.T.S. 169. [traducción libre]

¹⁸³ Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda, 20 de abril de 1929, art. 17, 112 L.N.T.S. 371.

3. “La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno”¹⁸⁴.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece la doctrina de *aut dedere aut judicare* en el artículo 4, en tanto que el artículo 6 contiene disposiciones para la **jurisdicción universal** calificada por implicación:

“Cuando un Estado Parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en un ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación, y cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición”¹⁸⁵.

El artículo 6.1 del Borrador de la Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones establece:

“1. La desaparición forzada y los demás actos a que se hace referencia en el artículo 2 de la presente Convención serán considerados como delitos en cada Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte deberá adoptar las medidas necesarias para establecer jurisdicción en los siguientes casos: (a) Cuando el delito de desaparición forzada fue cometido dentro de cualquier territorio bajo su jurisdicción; (b) Cuando el pretendido autor u otro de los pretendidos participantes en el delito de desaparición forzada u otros actos a que se hace referencia en el artículo 2 de la presente Convención se encuentran en el territorio del Estado Parte, sin consideración a la nacionalidad del pretendido autor u otros pretendidos participantes, o de la nacionalidad de la persona desaparecida, o al lugar o el territorio donde el delito tuvo lugar, a menos que el Estado los extradite o transfiera a un tribunal penal internacional”¹⁸⁶.

La mayoría de las convenciones citadas más arriba se relacionan con lo que es comúnmente denominado “terrorismo” y tráfico internacional de drogas, los cuales son normalmente crímenes cometidos por individuos y pequeños grupos, y no son usualmente patrocinados por el Estado. En consecuencia, es más fácil para los Estados reconocer y aplicar la teoría de la universalidad y otras formas de cumplimiento forzado a estos tipos de actores que hacerlo con respecto a aquellos que llevan a efecto una política estatal. Esto explica por qué, no obstante el profundo daño causado por el genocidio y los crímenes contra la humanidad, los Estados han sido reacios a aplicar las mismas obligaciones de cumplimiento en la forma en que ellas han sido establecidas, por ejemplo, con respecto a “terrorismo” y tráfico internacional de drogas. Es la opinión de este autor, que por obvias razones políticas de auto-protección, las convenciones de derecho penal internacional cuyos sujetos son aquellas personas que participan en la acción del Estado o que ejecutan políticas estatales,

¹⁸⁴ Convención Sobre la Protección de Cables Submarinos, 14 de marzo de 1884, arts. 1, 8, 9, 24 Stat. 989, 11 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 2) 281. [traducción libre]

¹⁸⁵ Convención Internacional Contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, adoptada en Nueva York el 4 de diciembre de 1989, art. 9 (2, 3), 29 I.L.M. 89.

¹⁸⁶ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém Do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994, art. 6, en <http://oas.org/juridico/english/Sigs/a-60.html>.

contienen mecanismos de cumplimiento menos efectivos que otras convenciones internacionales similares¹⁸⁷.

I. Práctica Estatal Contemporánea

Dos criterios son necesarios para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario, a saber, la existencia de una práctica estatal suficiente y una *opinio juris sive necessitatis*¹⁸⁸. Como ha sido señalado por la Corte Internacional de Justicia: “Es por supuesto axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe ser buscado principalmente en la práctica efectiva y la *opinio juris* de los Estados, a pesar que convenciones multilaterales pueden tener un papel importante que desempeñar en el registro y la definición de las normas derivadas de la costumbre, o en efecto en el desarrollo de las mismas”¹⁸⁹.

La práctica estatal suficiente queda establecida cuando el principio en cuestión tiene duración, uniformidad, consistencia y generalidad¹⁹⁰. La práctica del Estado consiste en: (1) legislación específica estableciendo las disposiciones para la **jurisdicción universal**; (2) actos legislativos que autorizan la aplicación de la **jurisdicción universal**; y (3) la práctica judicial estatal, ya sea basada en la legislación nacional o las convenciones internacionales¹⁹¹. En el caso *Actividades Militares y Paramilitares*, la CIJ señaló que:

“El mero hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas normas no es suficiente para que la Corte las considere como parte del derecho internacional consuetudinario y aplicables como tales a esos Estados. Dado que esta Corte se halla obligada por el artículo 38 de su Carta a aplicar, *inter alia*, la costumbre internacional “como evidencia de una práctica general aceptada como ley”, no puede ignorar el papel esencial desempeñado por la práctica general. En aquellos casos en que dos Estados acuerdan incorporar una norma determinada en un tratado, su acuerdo es suficiente para hacer que esa norma revista el carácter de una ley, obligatoria para ellos. Pero en el campo del derecho internacional consuetudinario, la visión compartida de las Partes acerca del contenido de aquello que ellos consideran como la norma no es suficiente. La Corte debe estar convencida de que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica”¹⁹².

Opinio juris es la aceptación externa por parte de los Estados de que una práctica es reconocida como obligatoria¹⁹³. Para establecer *opinio juris*, los Estados deben comportarse de tal manera que su conducta sea “reflejo de la creencia de que esta práctica es obligatoria por la existencia de una norma de derecho que lo requiere. La necesidad de dicha creencia, esto

¹⁸⁷ Borrador Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6.1, E/CN.4/Sub.2/1998/19, Anexo (19 de agosto de 1998). [traducción libre]

¹⁸⁸ Ver Bassiouni, Fuentes y Contenido, *supra* nota 33, en 27-31.

¹⁸⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 4-9 (5ª ed. 1998); 1 George Schwarzenberger, *International Law* 41 (3ª ed. 1957); 1 L. Oppenheim, *International Law: A Treatise* 25-27 (8ª ed. 1955).

¹⁹⁰ Plataforma Continental (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), 1985 *I.C.J.* 13, 29-30 (3 de junio). [traducción libre]

¹⁹¹ David H. Ott, *Public International Law in the Modern World* 15-16 (1987).

¹⁹² Ver Brownlie, *supra* nota 188, en 5.

¹⁹³ *Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.)*, 1986 *I.C.J.* 14, 97-98 (27 de junio). [traducción libre]

es, la existencia de un elemento subjetivo, se encuentra implícita en la noción misma de la *opinio juris sive necessitatis*¹⁹⁴. La conducta de los Estados, sin embargo, no necesita ser “en conformidad absolutamente rigurosa” con la norma:

“Con el objeto de deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte considera que es suficiente que la conducta de los Estados debería, en general, ser consistente con dichas normas, y que los casos de conducta de un Estado inconsistentes con una norma determinada deberían en general ser tratados como infracciones a dicha norma, no como indicaciones del reconocimiento de una nueva norma. Si el estado actúa en una forma *prima facie* incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas dentro de la norma misma, entonces ya sea o no que la conducta del estado sea justificable sobre esa base, el significado de esa actitud es confirmar más que debilitar la norma”¹⁹⁵.

Teniendo en cuenta que hay 189 Estados miembros de las Naciones Unidas y 195 países, es necesario determinar si las relativamente recientes promulgaciones de unos pocos Estados son suficientes para establecer un principio de derecho internacional consuetudinario de **jurisdicción universal** sobre los crímenes de guerra, crímenes en contra de la humanidad y genocidio, para mencionar los tres crímenes dentro de la jurisdicción del TPIY, del TPIR y de la CPI, y que la totalidad de los tratadistas que apoyan la universalidad mantienen son los crímenes que llaman a la **jurisdicción universal**. Para este autor, la piratería, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, tortura y *apartheid* deberían ser también incluidas en esta categoría. Este autor no obstante se encuentra en duda que el pequeño número de leyes nacionales divergentes que pretenden aplicar la **jurisdicción universal** sea suficiente para satisfacer los elementos de práctica estatal consistentes necesarios para constituir derecho internacional consuetudinario¹⁹⁶.

V. Algunas Concepciones Erradas Acerca de la Ley y Práctica Estatal Nacionales

Una cantidad de Estados han dictado leyes con alcance jurisdiccional extraterritorial. La mayoría de estas leyes sin embargo extienden el alcance legislativo nacional a situaciones que involucran a sus nacionales, o en aquellos casos en que sus nacionales son las víctimas de ciertos crímenes. Algunos extienden su alcance extraterritorial para alcanzar crímenes cometidos en el extranjero, pero cuyo impacto afecta los intereses del estado que los aplica. Entre estas leyes nacionales están aquellas que establecen la **jurisdicción universal** basada en la legislación nacional siempre que ello sea permitido o exigido por un tratado internacional. En la totalidad de estos casos, excepto en los de Bélgica¹⁹⁷ y España¹⁹⁸ que son analizados más adelante, la forma en que se aplica la legislación nacional exige que el acusado se encuentre

¹⁹⁴ Ver Ott, *supra* nota 190, en 15.

¹⁹⁵ Plataforma Continental del Mar del Norte (F.R.G./Den; F.R.G./Neth.), 1969 *I.C.J.* 3, 44 (20 de febrero).

¹⁹⁶ Military and Paramilitary Activities, 1986 *I.C.J.* en 98. [traducción libre]

¹⁹⁷ Algunos Estados tienen **jurisdicción universal** para crímenes específicos como el genocidio. Otros pueden tener **jurisdicción casi universal** para crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Todavía otros Estados, como Alemania, tienen **jurisdicción universal** más una conexión vinculante. Ningún país tiene **jurisdicción universal** para la totalidad de estos crímenes. Es por lo tanto difícil decir algo más que la **jurisdicción universal** existe raramente en la práctica de Estados y se aplica en juicio sólo de forma limitada.

¹⁹⁸ Ver *infra* nota 221.

presente en el territorio Estado que la aplica. Los tratadistas no otorgan sin embargo suficiente peso a estas distinciones y presumen que la posible aplicación de la **jurisdicción universal** sin consideración a la necesidad de un nexo con el Estado que la aplica, basta para concluir que existe suficiente práctica estatal para justificar la conclusión de que la **jurisdicción universal** es parte del derecho internacional consuetudinario. No hay duda alguna de que la existencia de dicha legislación nacional refleja algún reconocimiento de la existencia de la **jurisdicción universal**. Pero es debatible si ella es suficiente en y por sí misma para elevarse al nivel de derecho internacional consuetudinario. Adicionalmente, hay varias decisiones judiciales nacionales que aplican la **jurisdicción universal** o se refieren a ella *in dicta*. Aquí, nuevamente, los tratadistas tienden a interpretar que estos casos reflejan la aplicación de la **jurisdicción universal** en las decisiones judiciales nacionales. Pero, como se analiza más adelante, hay solamente dos casos conocidos de este autor, específicamente Bélgica y España, en los cuales la **jurisdicción universal** fue aplicada sin ningún nexo con el Estado que la aplicó. Dos casos son ilustrativos de esta concepción errónea.

En *Attorney General of Israel v. Eichmann*¹⁹⁹, el tribunal de distrito israelí se refirió a la **jurisdicción universal in dictum**, pero se basó en la legislación nacional de Israel que confiere jurisdicción a sus tribunales sobre “crímenes contra el pueblo judío”, consistente en una ley dictada en 1950 que incluye genocidio y crímenes contra la humanidad en todos los casos en que sean cometidos contra el “pueblo judío”, dondequiera que éste pueda estar²⁰⁰. El alcance jurisdiccional de Israel es, en conformidad con esta ley, universal²⁰¹, pero se encuentra fundado en una conexión de nacionalidad con la víctima que coloca dicha base jurisdiccional bajo la teoría de la “personalidad pasiva”. Es cierto que esa ley pretende cubrir actos que ocurrieron con anterioridad al establecimiento del Estado soberano de Israel en 1948, pero eso no altera la base de la teoría en la cual se basa. Más aún, no hay un precedente legal histórico para dicha aplicación retroactiva de jurisdicción penal basada en la nacionalidad, pero eso se relaciona con el problema de la validez internacional de la ley y la teoría jurisdiccional en la que se basa, más que en su base jurisdiccional²⁰². En este fallo, el tribunal de distrito señaló:

“Todo esto se aplica al crimen de genocidio (incluyendo el “crimen contra el pueblo judío”) el cual, a pesar de que fue cometido mediante el asesinato de individuos, pretendía exterminar la nación como un grupo... El Estado de Israel, el Estado soberano del pueblo judío, realiza a través de su legislación la función de ejercitar el derecho del pueblo judío a castigar a los criminales que asesinaron a sus hijos con la intención de

¹⁹⁹ Ley del Poder Judicial, Artículo 65 (1985) y Ley Orgánica, Artículo 23 (1985), la cual fue aplicada en conexión con la solicitud de extradición de España a Inglaterra de Augusto Pinochet. Naomi Roht-Arriaza “The Pinochet Precedent and **Universal Jurisdiction**”, 35 *New England L. Rev.*, 311 (2001). Esto fue también aplicado en conexión con la solicitud de España a México para la extradición de Ricardo Miguel Cavallo, un ciudadano argentino, buscado para ser procesado en España por crímenes cometidos en Argentina durante la “guerra sucia” en la década de los ’70. Ver Juan E. Méndez y Salvador Tinajero-Esquivel, “The Cavallo Case: A New Test for **Universal Jurisdiction**” en *Human Rights Brief*, Vol. 8, emisión 3 (primavera de 2001) publicado por American University, Washington College of Law, p. 8.

²⁰⁰ 36 *I.L.R.* 5, 6-57 (Jm. D.C., 1961), *aff’d* 36 *I.L.R.* 277 (Isr. S. Ct. 1962).

²⁰¹ Ver “Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law”, 5710-1950, 4 *L.S.I.* N° 64 en 154. Para un análisis de las características únicas de esta ley, ver *Honigman v. Attorney General*, 18 *I.L.R.* 542, 543 (Isr. S. Ct. 1953).

²⁰² Cf. D.W. Bowett, “Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources”, 1982 *Brit. Y.B. Int’l L.* 1, 12 (opinando que “el ejercicio de jurisdicción por Israel en el caso Eichmann se destaca como altamente inusual, y probablemente infundado”).

poner término a la supervivencia de su pueblo. Nosotros estamos convencidos que esta facultad se conforma a los principios de las naciones existentes”²⁰³.

Al confirmar la sentencia del tribunal de distrito, la Corte Suprema de Israel, al mismo tiempo que hacía ver su completo acuerdo con el principio protector de jurisdicción, insistió en el argumento de la **jurisdicción universal**, en la medida que ésta se aplica no sólo a los judíos, en cuyo nombre Israel reclamó ejercitar jurisdicción protectora, sino también a los polacos, eslovenos, checos y gitanos²⁰⁴. La Corte Suprema además señaló, “El estado de Israel ... tenía derecho, en conformidad con el principio de la **jurisdicción universal** y en el carácter de guardián del derecho internacional y como un agente para su cumplimiento, a juzgar al apelante”²⁰⁵.

En *Demjanjuk contra Petrovsky*²⁰⁶, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito se refirió a la **jurisdicción universal** sobre crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad, pero se fundó en la misma ley Israelí que estaba basada en la teoría de la personalidad pasiva. La Corte del Sexto Circuito indicó que

“Israel pretende hacer cumplir su ley penal para el castigo de Nazis y colaboradores de los Nazis por crímenes reconocidos y condenados universalmente por la comunidad de naciones. El hecho de que Demjanjuk sea acusado con la comisión de estos actos en Polonia no despoja a Israel de la autoridad de someterlo a proceso”²⁰⁷.

VI. Legislación y Práctica Estatal Nacional

Varios Estados han promulgado legislación nacional en conexión con “graves infracciones” de los Convenios de Ginebra, en tanto que otros han establecido provisiones para la **jurisdicción universal** en conexión con otras convenciones internacionales, principalmente relacionadas con genocidio y terrorismo. Algunos Estados han extendido las “graves infracciones” de los Convenios de Ginebra para incluir otras violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Algunos Estados han también establecido disposiciones para la **jurisdicción universal** en el caso de crímenes contra la humanidad, basados en su legislación nacional. En la totalidad de estos casos, la aplicación de la legislación nacional ha siempre sido con respecto a situaciones en las cuales el acusado se encontraba detenido por el Estado que la hacía cumplir. Así, la legislación estatal y la práctica judicial nacional han siempre exigido a lo menos la presencia del acusado en el territorio del Estado que la hace cumplir o siempre que la víctima o el autor sea un nacional de ese Estado. A continuación se contiene un breve análisis de estas leyes y opiniones judiciales nacionales.

²⁰³ Ver Robert K. Woetzel, “The Eichmann Case in International Law” en *International Criminal Law* 354 (Gerhard O.W. Mueller & Edward M. Wise eds., 1965); Telford Taylor, “Large Questions in the Eichmann Case”, *N.Y. Times*, 22 de enero de 1961, 6 (Revista), en 11.

²⁰⁴ Eichmann, 36 *I.L.R.* en 57 (par. 38).

²⁰⁵ *Attorney General of Israel v. Eichmann*, 36 *I.L.R.* 277, 304 (par. 12) (Israel S. Ct., 29 de mayo de 1962). [traducción libre]

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ 776 F. 2ª 571, 582-83 (6ª Cir. 1985).

El Código Penal francés es un ejemplo de legislación nacional que establece la jurisdicción nacional si ella es exigida por un tratado y si hay legislación nacional de implementación vigente, pero ninguna ha sido adoptada con excepción del tratado de la CPI cuya carta, según se ha visto anteriormente, permite la **jurisdicción universal** cuando una situación es referida a ella por el Consejo de Seguridad. El Código Penal de Francia define al genocidio y a los crímenes contra la humanidad pero no establece disposiciones específicas sobre la **jurisdicción universal**, a pesar que por implicación es posible concluir que la legislación francesa sí lo dispone²⁰⁸. La jurisdicción penal de Francia tiene alcance territorial basada en el impacto territorial, la seguridad nacional, la protección de la moneda contra falsificación, nacionalidad de la víctima o del perpetrador. Por “personalidad activa”, se exige el requisito de “doble criminalidad”. El artículo 113-8 del Código Penal francés²⁰⁹ prohíbe el ejercicio de jurisdicción en casos de previa condena o sobreseimiento. El fiscal público que actúa en conformidad con una petición de la víctima debe iniciar todas las acciones penales²¹⁰. El artículo 113-11(1) extiende la jurisdicción para crímenes a bordo de, o contra, aeronaves, siempre que la aeronave aterrice en territorio francés. Así, como no sea por la presencia de la aeronave en su territorio, esa jurisdicción es universal. El artículo 113-12 extiende la jurisdicción sobre alta mar sin ninguna conexión con un vínculo de territorio o nacionalidad o impacto de interés protegido, siempre que las convenciones internacionales y la legislación francesa la establezcan. Eso también puede ser visto como una forma de universalidad de jurisdicción. Ninguna disposición específica en el artículo sobre jurisdicción se refiere a crímenes internacionales *jus cogens* cuyas definiciones se encuentran contenidas en el Libro II del Código Penal.

El Libro II del Código Penal trata de los crímenes contra las personas. Parte con el artículo 211-1, *Du Génocide*, y el artículo 212-2, *Des Autres Crimes Contre l'Humanité*. Estos artículos definen, respectivamente, los dos crímenes, pero no incluyen ninguna referencia a jurisdicción. En la estructura del Código, la jurisdicción es cubierta en el artículo 113, en la forma en que se ha indicado más arriba. Pero no hay ninguna disposición

²⁰⁸ *Id.* en 582. Ver Yoram Sheftel, *Defending “Ivan the Terrible”: The Conspiracy to Convict John Demjanjuk* (1996). [traducción libre]

²⁰⁹ Código Penal art. 212-1 (Daloz ed. 2000). Para un análisis de los tres mayores procesos de Francia de Barbie, Touvier y Papon, ver Leila Sadat Wexler, “The French Experience”, en 3 *International Criminal Law* 273-300 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999). Ver también Brigitte Stern, “International Decision, **Universal Jurisdiction** over Crimes Against Humanity Under French Law”, 93 *Am. J. Int'l L.* 525 (1999); Leila Sadat Wexler, “Prosecutions for Crimes Against Humanity in French Municipal Law: International Implications”, en *Proceedings of the American Society of International Law* 270-76 (1997); Leila Sadat Wexler, “Reflections on the Trial of Vichi Collaborator Paul Touvier for Crimes Against Humanity in France”, 20 *Law & Soc. Inquiry* 191 (1995); Leila Sadat Wexler, “The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again”, 32 *Colum. J. Transnat'l L.* 289 (1994).

La Corte francesa de Casación, en una sentencia del año 1998 (Cass. Crim., 6 de enero de 1998, Bull. Crim. N° 2, Rep pen. Daloz 2000), consideró que la **jurisdicción universal** era aplicable en el caso de genocidio en conformidad con el Artículo 689-2 del Código de Procedimiento Penal Francés. También se planteó la pregunta acerca de si la tortura debería o no estar sujeta a la **jurisdicción universal**. Los comentaristas también adoptan la posición que habría **jurisdicción universal** como parte de las obligaciones de Francia a implementar la Resolución del Consejo 827, la cual establece el TPIY y la Resolución 955, que establece el TPIR. Sobre la base de este razonamiento, también podría asumirse que la implementación por parte de Francia del Estatuto CPI justificaría el ejercicio por su parte de la **jurisdicción universal**.

²¹⁰ Yves Mayand, *Code Pénal; Nouveau code pénal, ancien code pénal* (87ª ed. Daloz 2000).

legislativa que establezca la **jurisdicción universal** para estos crímenes. Frederic Desportes y Francis Le Gunehec señalan:

“Les insuffisances du dispositif législatif. Les crimes contre l’humanité relevant des règles ordinaires de compétence et de procédure. Si, effectivement, le particularisme ne se justifie pas en la matière, il est possible en revanche de regretter en d’autres domaines quelques insuffisances dans le dispositif législatif.

Ainsi, il n’a été prévu aucune disposition particulière concernant l’application de la loi française et la compétence des juridictions françaises pour le jugement des crimes commis à l’étranger. En pareil cas, la répression n’est possible, selon les règles générales, que si les crimes ont été commis par un français ou sur la personne d’un français. Cette limitation s’accorde assez mal avec la nature des crimes contre l’humanité. Il aurait été convenable et conforme au droit international de conférer en la matière, comme en bien d’autres, une compétence universelle aux juridictions françaises.

On peut se demander toutefois si les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 ne leur ont pas donné directement une telle compétence pour un certain nombre d’actes graves. En effet, ces conventions comportent une disposition ainsi rédigée chaque partie contractante aura l’obligation de rechercher les personnes prévenues d’avoir commis, ou d’avoir ordonné de commettre, l’une ou l’autre de ces infractions graves et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère (...) les remettre pour jugement à une autre Partie contractante. La chambre d’accusation de Paris, saisie par des ressortissants bosniaques rescapés des camps de détention serbes, n’a pas consacré cette interprétation, estimant que les Conventions de Genève étaient dépourvues d’effet en droit interne et qu’elles ne pouvaient dès lors recevoir application en l’absence de texte portant adaptation de la législation française à leurs dispositions (Ch. Acc. Paris, 24 nov. 1994, Javar et autres, inédit). Il serait cependant possible, pour retenir la compétence des juridictions françaises, de se fonder sur la Convention contre la torture de New York du 10 décembre 1984, à condition toutefois que l’auteur soit trouvé en France (et sur l’ensemble, Cl. Lombois, De la compétence territoriale, R.S.C., 1995, p. 399)”²¹¹.

Así, Francia no establece la **jurisdicción universal** por genocidio y crímenes contra la humanidad, y ese también pareciera ser el caso con la legislación militar francesa por crímenes de guerra²¹².

Canadá y Alemania tienen leyes que establecen la **jurisdicción universal** únicamente si hay una conexión territorial. Entre otros Estados que han promulgado legislación nacional de alcance universal, una ley canadiense de 1985 (Código Penal de Canadá 7(3.71))²¹³, permite

²¹¹ Ver *Id.*, Art. 113-8.

²¹² Frederic Desportes & Francis Le Gunehec, en *Le Nouveau Droit Pénal: Droit Pénal Général* (4ª ed., 1997).

²¹³ Ver, sin embargo, Gilbert Azibert, *Code de Procédure Pénal* 2000, en 459 y siguientes (12ª ed. LITEC 2000), donde él comenta sobre jurisdicción extraterritorial, pero no se refiere a la **jurisdicción universal**. No obstante, el Código permite la **jurisdicción universal** si ella se encuentra incluida en una convención internacional que

la jurisdicción retroactiva sobre crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra si al momento del crimen, la conducta constituía un crimen en conformidad con el derecho internacional así como también en conformidad con la legislación canadiense, si el acusado se encontraba bajo la jurisdicción territorial de Canadá, si Canadá se encontraba en guerra con el país en el cual el crimen ocurrió o si el crimen ocurrió en el territorio de ese país o fue cometido por uno de sus ciudadanos. Todo esto apunta a una conexión territorial o soberana que no exactamente hace que la jurisdicción de Canadá sea verdaderamente universal. Como la Corte Suprema de Canadá señaló en *Regina contra Finta*:

“Los tribunales canadienses tienen jurisdicción para procesar a individuos que viven en Canadá por crímenes que ellos pretendidamente cometieron en suelo extranjero únicamente cuando las condiciones especificadas en el artículo 7(3.71) se han cumplido. El más importante de esos requisitos, para los fines del presente caso, es que el pretendido crimen debe constituir un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad. Es por tanto la naturaleza del acto cometido lo que es de importancia decisiva en la determinación de la jurisdicción. Los tribunales canadienses no pueden conocer de un delito ordinario que ha ocurrido en una jurisdicción extranjera. La única razón por la cual los tribunales canadienses pueden someter a proceso a individuos tales como Imre Finta es debido a que los actos que se alega él ha cometido son considerados como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Como Cherif Bassiouni ha observado apropiadamente, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad no es lo mismo que un delito doméstico”²¹⁴.

El artículo 6 del Código Penal alemán ha sido con frecuencia citado como que establece la **jurisdicción universal**²¹⁵. Éste dispone que “el derecho penal alemán rige, para los siguientes hechos que se cometan en el exterior, independientemente del derecho del lugar del hecho: 1. genocidio...”²¹⁶. En 1999, sin embargo, la Corte Suprema Federal de Alemania exigió una “conexión legitimizadora” antes que la jurisdicción en Alemania se produjera²¹⁷. Esta conexión podría tomar la forma de una vinculación familiar o un anterior domicilio. La

Francia haya ratificado, en el entendido que el crimen en cuestión es también un crimen en conformidad con la legislación francesa. Esto está previsto en los Artículos 689-2 a 689-7 del Código de Procedimiento Penal. *Id.* Azibert en 313-14. Ver también R. Koering-Joulin, “*Jurisclasser de Procédure Pénale*” fasc. 20, N° 91. Ver, por ejemplo, Claude Lombois, *Le Droit Pénal International* (1979); André Huet & Renée Koering-Joulin, *Le Droit Pénal International* (1994).

²¹⁴ Código Penal 7(3.71) (Can.).

²¹⁵ *Regina v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, 811 (Cory, J.) (primer énfasis agregado) (cita omitida).

²¹⁶ La Sección 6, que se titula “Hechos cometidos en el exterior contra bienes jurídicos protegidos internacionalmente,” establece lo siguiente: “Además, el derecho penal alemán rige, para los siguientes hechos que se cometan en el exterior, independientemente del derecho del lugar del hecho: genocidio (Sección 220a); hechos de energía nuclear – explosivo – y radiación, en los casos de los §§ 307 y 308 inciso primero hasta cuatro, del §309 inciso segundo y del § 310; ataque al tráfico aéreo y marítimo (§ 316c); tráfico de personas (§ 180b) y tráfico de personas grave (§ 181); distribución no autorizada de narcóticos; divulgación de publicaciones pornográficas en los casos del § 184, párrafo tercero y cuarto; falsificación de moneda y valores y su preparación (§§ 146, 149, 151 y 152), falsificación de tarjetas de pago y formularios para eurocheques (§ 152a inciso primero a cuatro) así como su preparación (§§ 149, 151, 152 y 152a inciso quinto); estafa de subvención (§ 264); hechos que también deben ser perseguidos cuando se cometen en el exterior, con fundamento en un convenio internacional obligatorio para la República Federal de Alemania”. [traducción de la Universidad Externado de Colombia] 6, StGB.

²¹⁷ *Id.* 6 (1).

judicatura alemana introdujo esta exigencia basada en la preocupación de que el ejercicio de dicha jurisdicción pudiera interferir con la soberanía de otros Estados.

Adicionalmente, el artículo 6(9) del Código Penal alemán permite la aplicación de la jurisdicción penal alemana por actos cubiertos por “un convenio internacional obligatorio para la República Federal de Alemania” cuando “se cometen en el exterior”²¹⁸.

El Código Penal de Italia, en su artículo 7, también contiene disposiciones que permiten la jurisdicción penal extraterritorial, pero exige una conexión de nacionalidad o territorial²¹⁹. Suiza adoptó una legislación extendiendo la **jurisdicción universal** sobre los tres crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra²²⁰.

El Código Penal Militar de Suiza, promulgado por la ley federal de 13 de junio de 1927 y modificado hasta el 29 de febrero de 2000, contiene una base jurisdiccional para la **jurisdicción universal** en su artículo 9, el cual señala en su párrafo 1: “*Le présent code est applicable aux infractions commises en Suisse et à celles qui ont été commises à l'étranger.*” El capítulo 6, artículos 108 - 109 constituyen también una base para la jurisdicción universal por “*infractions commises contre le droit des gens en cas de conflit armé.*” Pero más concluyente es el artículo 6 bis del Código Penal, el cual señala:

1. “Le présent code est applicable a quiconque aura commis a l'étranger un crime ou un délit que la Confédération, en vertu d'un traite international, s'est engagée a poursuivre, si l'acte es réprimé aussi dans l'Etat ou il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé à l'étranger. La loi étrangère sera toutefois applicable si elle est plus favorable à l'inculpé.”

²¹⁸ Bundesgerichtshof alemán, Urteil vom. 30, Apr. 1999, 3StR 215/98. Ver Artículo 211 para genocidio y Artículo 212 para crímenes contra la humanidad. El código penal de Francia de 1996 tiene una disposición similar. Ver también: Cherif Bassiouni, “Crimes Against Humanity”, en 1 *International Criminal Law* 521, 584-86 (M. Cherif Bassiouni ed., 2ª ed. 1999).

²¹⁹ 6(9), StGB; ver también 7, StGB. Sección 7, la cual se titula la cual se titula “Validez para hechos cometidos en el exterior en otros casos”, señala: “El derecho penal alemán rige para hechos que se han cometido en el exterior contra un alemán cuando el hecho está amenazado con una pena en el lugar de los hechos o cuando el lugar de los hechos no está sujeto a potestad punitiva.

“Rige el derecho penal alemán para otros hechos que se hayan cometido en el exterior cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar de los hechos o cuando el lugar de los hechos no está sujeto a potestad punitiva y cuando el autor: para el momento del hecho era alemán o hubiera adquirido la nacionalidad alemana con posterioridad al hecho; o para el momento del hecho fuera extranjero, estuviese afectado y no fuera extraditado a pesar de que con la ley de extradición era precedente su extradición conforme a la naturaleza del hecho, o bien porque no se ha presentado una petición de extradición o porque ha sido negada o porque la extradición no es factible”. [traducción de la Universidad Externado de Colombia]

StGB, 7. El 12 de febrero de 2001, el Tribunal Constitucional de Alemania confirmó una sentencia condenando a un bosnio serbio por genocidio en Bosnia en conformidad con 200a StGB, el Código Penal alemán. Ver también el Artículo 6-1 del Código Penal alemán; Hans-Heinrich Jeschek & Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht Allgemeines Teil*, 170 (5ª ed., 1996). Con respecto a España, ver Artículo 23 del Código Penal español; Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*; Parte General 226 et seq. (17ª ed 1994).

²²⁰ Ver 3 *Codice Penale: Annotato con la Giurisprudenza* 103-14, arts. 7, 8, 9 (y comentario) (S. Beltrani, F. Caringella & R. Marino eds., octubre de 1996). Ver también Antonio Pagliaro, *Principi de Diritto Penale: Parte Generale*, 145-46 (7ª ed., 2000); Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*, 951 et seq. (4ª ed. 2001).

2. *L'auteur ne pourra plus être puni en Suisse: s'il a été acquitté dans l'Etat où l'acte a été commis, pour le même acte par un jugement passé en force; s'il a subi la peine prononcée contre lui à l'étranger, si cette peine lui a été remise ou si elle est prescrite*".

Sobre la base de esa ley, Suiza recientemente sometió a proceso y condenó a un ex mayor ruandés por crímenes de guerra²²¹. Una cantidad de Estados tienen leyes con alcance extraterritorial, incluyendo **jurisdicción universal**. Australia tiene dos leyes; el *Geneva Conventions Act* (1957), cuyos artículos 6 y 7 establecen la **jurisdicción universal** por "infracciones graves", en tanto que el *War Crimes Act* (1945), N° 48, también tiene **jurisdicción universal**, lo que se dio en el caso de *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and Another*²²².

El Código Penal de Austria, en su artículo 64, así como también en el artículo 65.1.2, contiene disposiciones estableciendo la **jurisdicción universal** para *aut dedere, aut judicare*. Se aplicó esta jurisdicción en el caso de crímenes cometidos en el conflicto en la ex Yugoslavia, en el cual el acusado estuvo presente en Austria, *Republic of Austria v. Cyjetkovic*²²³. El artículo 8(5) del Código Penal de Dinamarca, es similar a aquel de Austria, y ha sido aplicado en un caso similar, *Director of Public Prosecutions v. T.*²²⁴.

Bélgica²²⁵ tiene probablemente la legislación de más largo alcance, la cual ha sido descrita como sigue:

"Bélgica probablemente tiene disposiciones que establecen el ejercicio más extenso de la **jurisdicción universal** sobre crímenes contra los derechos humanos que cualquier otro país. Los tribunales belgas pueden conocer casos de crímenes de guerra (internos e internacionales), crímenes contra la humanidad y genocidio no cometidos por ciudadanos belgas fuera de Bélgica contra ciudadanos que no son belgas, sin aún la presencia del acusado en Bélgica. Por razones prácticas, sin embargo, es poco probable que los tribunales se aboquen a una investigación a menos que Bélgica tenga una verdadera conexión con el caso"²²⁶.

La primera aplicación de esta nueva ley tuvo lugar en el mes de marzo de 2001 en la *Cour d'Assises*. Las acusadas fueron dos hermanas benedictinas, un ex profesor de la Universidad Nacional de Ruanda (desde entonces, en la Universidad Católica de Lovaina), y un ex hombre de negocios y Ministro (marido de la hija del médico personal del presidente

²²¹ Ver Christian Favre, Marc Pellet & Patrick Stoudmann, *Code Pénal Annoté* (1997). Cf. Didier Pfirter, "The Position of Switzerland with Respect to the ICC Statute and in Particular the Elements of Crimes", 32 *Cornell Int'l L. J.* 499 (1999) (analizando la proposición de Elementos de Suiza sobre crímenes de Guerra).

²²² Ver "Coupable de crimes de guerre et d'assassinat, le maire ruandais est condamné a la perpétuité", *Le Temps*, 1 de mayo de 1999.

²²³ [1991] 172 *C.L.R.* 501 (Austl.).

²²⁴ El caso de 1994 es analizado en Chandra Lekha Sriram, "Contemporary Practice of **Universal Jurisdiction**: Disjointed and Disparate, Yet Developing", en Proyecto Princeton sobre **Jurisdicción Universal** (Universidad de Princeton, 2001).

²²⁵ E. High Ct., 3ª Div. Den. 1994. El caso, el cual involucraba al acusado Refic Saric, es analizado en Mary Ellen O'Connell, "New International Legal Process", 93 *Am. J. Int'l L.* 334, 341-42 (1999).

²²⁶ *Act Concerning the Punishment of Serious Violations of International Humanitarian Law 7* (Bélgica).

Habiarimana). Los cuatro han sido procesados y condenados, pero los cuatro se encontraban físicamente presentes en Bélgica al tiempo en que ellos fueron acusados de esos crímenes.

Este no fue el caso, sin embargo, cuando el 11 de abril de 2000, Bélgica emitió una orden internacional de detención contra el señor Abdoulaye Yerodia Ndombasi, el Ministro de Relaciones Exteriores subrogante de la República Democrática del Congo²²⁷. La orden de detención fue emitida por el señor Vandermeersch, el juez instructor del tribunal de primera instancia de Bruselas, en conformidad con el artículo 7 modificado de Bélgica, y solicitó su extradición por pretendidas “infracciones graves al derecho internacional humanitario”²²⁸. El 17 de octubre de 2000, el Congo presentó una Solicitud ante la CIJ pidiendo que la Corte anulara la orden de arresto de Bélgica. El Congo se opuso a la pretensión de Bélgica de jurisdicción extraterritorial, así como a la propiedad del artículo 5 de la legislación belga, la cual desconoce una inmunidad oficial.

El 8 de diciembre de 2000, la CIJ emitió un dictamen denegando la solicitud de medidas cautelares presentada por el Congo debido a que, como resultado de la reasignación del señor Yerodia de su anterior cargo como Ministro de Relaciones Exteriores, el Congo no fue capaz de demostrar un daño irreparable²²⁹. La Corte, sin embargo, rechazó por unanimidad la solicitud de Bélgica de que el caso fuera removido de la agenda²³⁰. El caso presentado ante la CIJ da origen a dos interrogantes relacionadas pero separadas. La primera es si la **jurisdicción universal** de Bélgica sin una conexión con dicho Estado es un ejercicio válido de lo que puede ser visto como una forma de jurisdicción extraterritorial. La segunda es si el ejercicio de dicha **jurisdicción universal** contraviene la Convención de Viena de 1969 sobre Relaciones Diplomáticas.

Con respecto a la primera interrogante, este caso es, para todos los fines prácticos y legales, un caso de primera impresión en la medida que no ha habido jamás antes un Estado con tal alcance jurisdiccional extraterritorial. Una forma de considerar este problema es sopesar los efectos positivos de dicha legislación en el cumplimiento del derecho penal internacional con respecto a crímenes *jus cogens* contra los efectos negativos del potencial desequilibrio de la estabilidad y predecibilidad del orden legal internacional y su potencial de infringir los derechos humanos debido a procesamientos vejatorios motivados políticamente, y su potencial de múltiples procesamientos (a la luz de la falta de aplicabilidad de *non bis in idem* a procesamientos por soberanías separadas).

Una solución que podría preservar los efectos positivos y mitigar aquellos negativos es reconocer el derecho de un Estado a dictar dicha legislación, pero no reconocer la facultad de

²²⁷ *Human Rights Watch*, *supra* nota 1, en 8.

²²⁸ Comunicado de Prensa, *Congo v. Belgium* (17 de octubre de 2000), en <http://www.icj-cij.org/icjwww/ipre...ipresscom20002000-32&uscore:COBE<uscore>20001017.htm>.

²²⁹ *Id.*

²³⁰ Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 (*Congo v. Belg.*), en 19 (Orden) (8 de dic. de 2000), en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idoc.../icobe<uscore>iorder>provisional<uscore>measure<uscore>20001208.htm>.

Con posterioridad a una crisis de gabinete ocurrida el 20 de noviembre de 2000, el señor Yerodia Ndombasi cesó de desempeñar las funciones de Ministro de Relaciones Exteriores y pasó a desempeñarse como Ministro de Educación, que involucraba viajes al extranjero menos frecuentes; ... no ha en consecuencia sido establecido que un perjuicio irreparable podría ser causado en el futuro inmediato a los derechos del Congo como tampoco que el grado de urgencia es tal que esos derechos deban ser protegidos por la indicación de medidas provisionales.

un Estado de pretender hacer cumplir dicha legislación más allá del territorio de ese Estado, a menos que se pueda demostrar que existe un nexo con el Estado que la hace cumplir, tal como sería la presencia física del acusado en ese Estado. El resultado sería que la ley belga sería declarada no estar en infracción con el derecho internacional, pero que su pretensión de obtener la detención del acusado fuera de su territorio sería inválida a menos que fuera demostrado, para los fines de su cumplimiento, que existe un nexo con el Estado que la hace cumplir.

Con respecto a la segunda interrogante, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1969 no sólo es vinculante para Bélgica como una obligación emanada de un tratado, sino es también vinculante sobre ella como norma de derecho internacional consuetudinario en la medida que la Convención codifica el derecho internacional consuetudinario, el cual no ha sido derogado por ningún Estado.

En síntesis, no existe ningún otro país que permita el ejercicio de dicha **jurisdicción universal**²³¹. Existen, sin embargo, una cantidad de leyes nacionales contemporáneas que establecen una jurisdicción penal extraterritorial extendida con respecto a sus nacionales, o cuando sus nacionales han sido objeto de violaciones criminales, o cuando la conducta en el extranjero ha tenido un impacto nacional que se considera criminal.

La suma total de experiencias nacionales, ya sea en el ámbito legislativo o la práctica judicial, no demuestra que la aplicación de la **jurisdicción universal** en la práctica estatal se haya elevado al nivel de derecho internacional consuetudinario.

Se debe evaluar las fuentes del derecho internacional y las fuentes del derecho nacional para determinar si cada categoría ofrece suficiente evidencia de *opinio juris* y práctica a los niveles nacional e internacional como para justificar la aseveración de que la **jurisdicción universal**, con o sin la existencia de un nexo con el estado que la ejerce, es parte del derecho internacional consuetudinario.

Como se ha indicado anteriormente, una cantidad de convenciones contienen disposiciones que establecen, en forma implícita o explícita, la **jurisdicción universal** con respecto a ciertos crímenes internacionales, algunos de los cuales son considerados parte del *jus cogens*. En lo que se refiere a esta última categoría, existe una obligación legal incorporada en la máxima *aut dedere aut judicare*, para procesar o extraditar y, cuando corresponda, para castigar a aquellos acusados o condenados por crímenes *jus cogens*. Esta es una obligación inderogable impuesta sobre todos los Estados como una consecuencia del carácter *jus cogens* de esos crímenes. Así, ella es una obligación *erga omnes* que es vinculante aún para Estados que rechazan reconocer dicha obligación.

Puede parecer tautológico agregar que dicha obligación existe debido a que ella se origina también en el derecho internacional consuetudinario, pero no por constituir derecho internacional consuetudinario esta obligación se eleva a la categoría de *jus cogens*. Adicionalmente, también los “principios generales del derecho” han servido de base para la elevación de ciertos crímenes internacionales a la categoría de *jus cogens*. Más aún, los

²³¹ *Id.* en 20.

trabajos de los más distinguidos autores también respaldan la proposición de que los crímenes *jus cogens* exigen la aplicación de la **jurisdicción universal** cuando otros medios de dar cumplimiento a las obligaciones que se derivan de la máxima *aut dedere aut judicare* han resultado no ser efectivas. En efecto, podría argumentarse que el establecimiento de órganos investigadores y judiciales internacionales desde la Segunda Guerra Mundial, tales como el TMI, el TMIEO, el TPIY, el TPIR y la CPI incorporan la esencia misma de la máxima *aut dedere aut judicare* con respecto a los crímenes *jus cogens*. No existe duda alguna que cada una de estas fuentes del derecho internacional es en sí misma insuficiente para establecer la proposición de que la **jurisdicción universal** se aplica a los crímenes *jus cogens*, sino que es el efecto acumulativo de esas fuentes lo que lo hace. Esta proposición puede ser contraria a una teoría purista del derecho internacional que requiere que cada fuente del derecho alcance un cierto nivel de suficiencia legal con el objeto de alcanzar el carácter de derecho internacional obligatorio. Pero si se acepta la teoría propuesta de la acumulación de fuentes del derecho internacional que no han, cada una por derecho propio, alcanzado el nivel de suficiencia legal, entonces puede concluirse que la **jurisdicción universal** es a lo menos reconocida – si no exigida – con respecto a los crímenes *jus cogens*.

La otra categoría que requiere ser evaluada es aquella del derecho nacional que incluye tanto la legislación nacional como la práctica judicial. Ambas, sin embargo, revelan que únicamente unos pocos Estados tienen **jurisdicción universal**, y únicamente dos tienen **jurisdicción universal** sin ningún nexo con el Estado ejecutor, y que solamente cuatro decisiones judiciales han sido dictadas que respaldan la **jurisdicción universal**, sea con o sin vínculos con el Estado ejecutor. Por otra parte, muchos Estados tienen jurisdicción penal extraterritorial que alcanza a aquellos que cometen crímenes internacionales, sean ellos de carácter *jus cogens* o no, y esto representa en la práctica la máxima *aut dedere aut judicare*. Aquí, nuevamente, el derecho internacional purista puede cuestionar esta proposición argumentando que la existencia de la jurisdicción penal extraterritorial no necesariamente constituye evidencia de la *opinio juris* de los Estados con respecto a la máxima. La respuesta a eso puede ser reminiscente de un argumento sofista, a saber: si eso no, ¿entonces qué? Pero un argumento más prosaico es: si los Estados extienden su jurisdicción penal extraterritorialmente para procesar a más personas acusadas de crímenes internacionales, ¿no es eso en sí mismo una evidencia de su intención de hacer cumplir el derecho penal internacional? Debe concederse que la mayoría de esas leyes nacionales están dirigidas a procesar a nacionales que cometen crímenes en el extranjero, o no nacionales que cometen crímenes en el extranjero contra los nacionales del Estado que tiene dicha legislación, o nacionales o no nacionales que, mientras se encuentran en el exterior, cometen actos que tienen un impacto o efecto nacional que se considera ser criminal en conformidad con la legislación nacional. Pero, ¿cambia eso el impacto de esa legislación nacional extraterritorial la cual también alcanza a aquellas mismas personas cuando ellas también cometen crímenes internacionales?

La legislación nacional y la práctica judicial nacional son en la actualidad insuficientes para establecer una práctica consuetudinaria internacional con respecto a la **jurisdicción universal**. Pero esa práctica limitada combinada con el gran número de Estados que tienen jurisdicción penal extraterritorial que también alcanza a personas acusadas de crímenes internacionales, puede constituir una base legal suficiente para concluir que existe a lo menos un deber de procesar o extraditar y, cuando corresponda, de castigar a las personas acusadas o

condenadas de crímenes internacionales. Si se acepta esa proposición, entonces se sigue que cuando los medios jurisdiccionales disponibles no son efectivos, la **jurisdicción universal** debería ser aplicada. Una vez más, este argumento puede no caer bien al purista del derecho internacional, pero a riesgo de caer en el argumento sofista: si ese no es el caso, ¿entonces qué?

Debería agregar que sería válido proponer el argumento que el peso acumulado de las fuentes del derecho internacional, la legislación nacional y las prácticas judiciales pueden ser consideradas suficientes para concluir la existencia de la **jurisdicción universal** para crímenes *jus cogens* y aún otros de carácter internacional.

Finalmente, propongo aquello que los pensadores progresistas del derecho internacional llamarían un argumento de política. Ese argumento, puesto en términos simples, es que en la era de la globalización, la compensación internacional es necesaria para combatir el crimen, sean crímenes internacionales o crímenes domésticos, y la única forma por la cual esto puede ser alcanzado es a través de la obligación de someter a proceso o extraditar, y cuando corresponda castigar, a las personas acusadas o condenadas por un crimen, sea el mismo internacional o nacional. Para implementar dicha política se requiere el cierre de ciertas brechas jurisdiccionales de modo que sea consistente con la conservación del orden legal internacional y el respeto por, y la observancia del derecho internacional de los derechos humanos. El cierre de dichas brechas es a través de la **jurisdicción universal**. Así, una forma de alcanzar el reconocimiento de la **jurisdicción universal** es a través de la obligación de *aut dedere aut judicare*. Esto no disminuye, sin embargo, el reconocimiento de la **jurisdicción universal** como *actio populares* o sobre cualesquiera otras bases legales o políticas.

VII. Conclusión

La evolución histórica de los crímenes internacionales *jus cogens* desde su reconocimiento como ofensivos a ciertos valores a su condena universal y finalmente a su proscripción universal se ha desarrollado en diferentes formas. Pero la evolución histórica distintiva de cada uno de esos crímenes internacionales *jus cogens* no es diferente de aquella de otros crímenes internacionales²³². La emergencia, crecimiento e inclusión en el derecho penal

²³² Cf. *Human Rights Watch*, *supra* nota 1, en 9-10.

Con posterioridad a los genocidios en la ex Yugoslavia y Ruanda, una cantidad de países europeos inició procesos judiciales contra los perpetradores sobre la base de la **Jurisdicción Universal**. En Bélgica, un ruandés, Vincent Ntezimana, fue arrestado y acusado de genocidio. En Alemania, la Alta Corte de Bavaria sentenció a un bosnio serbio, Novislav Djajic, a cinco años de prisión en 1997 en conformidad con los Convenios de Ginebra por ayudar y encubrir el asesinato de catorce hombres musulmanes en Bosnia en 1992. Un ex líder de un grupo paramilitar serbio, Nikola Jorgic, fue condenado por once cargos de genocidio y treinta cargos de asesinato, y sentenciado a prisión perpetua por la Alta Corte de Dusseldorf. Un tercer caso se encuentra pendiente contra un bosnio serbio acusado de genocidio ante la Alta Corte de Dusseldorf. En Dinamarca, el bosnio musulmán Refik Saric se encuentra en la actualidad cumpliendo una sentencia de ocho años por crímenes de guerra, acusado en conformidad con los Convenios de Ginebra de torturar a detenidos en una prisión manejada por croatas en Bosnia en 1993. En el mes de abril de 1999, un tribunal militar suizo condenó a un ciudadano ruandés por crímenes de guerra, pero sostuvo que él no tenía jurisdicción sobre genocidio y crímenes contra la humanidad. Un bosnio serbio fue acusado pero sobreesido de crímenes de guerra. Holanda se encuentra procesando a un bosnio serbio por crímenes de guerra ante un tribunal militar. Francia se encuentra en la actualidad procesando a un sacerdote

criminal internacional positivo pasó a través de diferentes etapas y períodos de gestación²³³. La piratería, esclavitud y crímenes de guerra han evolucionado a lo largo de los siglos a través de prescripciones declaratorias y posteriormente en provisiones de ejecución²³⁴, en tanto que crímenes como el genocidio, *apartheid* y tortura no lo hicieron. Ellos pasaron a ser crímenes internacionales en virtud de su incorporación separada, cada una en una única convención, adoptadas en 1948, 1973 y 1984, respectivamente, sin una anterior gestación en otras etapas de evolución²³⁵. Los crímenes contra la humanidad, sin embargo, tuvieron un corto período de gestación entre 1919, cuando el crimen fue por primera vez propuesto y casi aceptado, y 1945, cuando fue incorporado en el derecho penal internacional positivo en la Carta de Nuremberg²³⁶. Desde entonces ha sido incluido en los estatutos del TPIY, del TPIR y de la CPI, pero aún no hay una convención especializada sobre esa categoría de crímenes como lo hay con respecto a crímenes de guerra, genocidio, *apartheid* y tortura²³⁷. Sin embargo, no todas las convenciones relativas a esos crímenes tienen disposiciones claras, y en algunos casos no contienen ninguna, con respecto a la **jurisdicción universal**. Es su condición como crímenes *jus cogens* lo que implica que la **jurisdicción universal** existe.

La **jurisdicción universal**, como se ha analizado anteriormente, se asemeja a un tablero de damas. Algunas convenciones la reconocen y algunas prácticas nacionales de los Estados demuestran su existencia, pero ella es dispareja e inconsistente. Sobre todo, la práctica de los Estados no refleja su aplicación amplia o coherente.

La confusión acerca de la universalidad es que ella tiene a lo menos cinco significados:

- (1) universalidad de condena por ciertos crímenes;
- (2) alcance universal de la **jurisdicción universal**, la cual podría ser por el crimen internacional por el cual existe condena universal, así como otros;

ruandés, Wenceslas Munyeshyaka, por genocidio, crímenes contra la humanidad, y tortura. Además, en el mes de julio de 1999, la policía francesa arrestó a un coronel mauritano, Ely Ould Dah, quien se encontraba estudiando en un colegio militar francés, sobre la base de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, cuando dos exiliados mauritanos se presentaron y lo identificaron como su torturador. Sin embargo, Ould Dah, libre bajo fianza, se escapó de Francia en marzo de 2000. En febrero de 2000, un tribunal senegalés sometió a proceso al exiliado dictador de Chad, Hissene Habré, por cargos de tortura. En 1997, el Reino Unido arrestó a un doctor sudanés que residía en Escocia por cargos de tortura en Sudán, pero posteriormente dejó sin efecto los cargos, aparentemente por falta de pruebas. En agosto de 2000, México arrestó a Ricardo Miguel Cavallo, un ex oficial militar argentino. El juez Garzón de España ha presentado una solicitud de extradición por Cavallo sobre la base de tortura y “desaparición” de más de 400 personas.

Id. Ver **Jurisdicción Universal** con Respecto a Graves Infracciones a los Derechos Humanos, *supra* nota 1, en 22-29; **Jurisdicción Universal** en Europa, *supra* nota 1, en 16-47.

²³³ Ver Bassiouni, Fuentes y Contenido, *supra* nota 33, en 46-100.

²³⁴ M. Cherif Bassiouni, *Enforcing Human Rights Through International Criminal Law and Through an International Criminal Tribunal* 347 (Louis Henkin y Lawrence Hargrove eds., 1994).

²³⁵ La categoría de crímenes de guerra continúa aumentando para reflejar diferentes prácticas y reglamentaciones más detalladas, no así las prácticas relacionadas con la esclavitud, como se menciona más arriba. Ver *supra* notas 107-131, y texto acompañado.

²³⁶ Ver *supra* nota 33.

²³⁷ Para esa evolución histórica, ver Bassiouni, Crímenes Contra la Humanidad, *supra* nota 26.

- (3) alcance extraterritorial de la jurisdicción nacional (el cual también se puede fusionar con el alcance universal de la legislación nacional);
- (4) alcance universal de los cuerpos sentenciadores internacionales que pueden o no basarse en la teoría de la **jurisdicción universal**; y
- (5) la **jurisdicción universal** de los sistemas legales nacionales sin conexión alguna con el Estado que la aplica como no sea la presencia del acusado.

Probablemente los diversos significados atribuidos a la **jurisdicción universal** explican, entre otras razones, por qué su significado legal está sumido en la confusión. En forma similar, las diversas teorías de jurisdicción extraterritorial que fueron aplicadas por los entes judiciales internacionales y nacionales han contribuido también a esta confusión. Pero los trabajos de los tratadistas agregaron a la confusión cuando ellos expresaron en términos *lex lata* aquello que pudo haber sido *de lege ferenda* o solamente *desiderata* esperada.

Lo que verdaderamente permitió el reconocimiento y la aplicación de la **jurisdicción universal** ha sido la aceptación de la máxima *aut dedere aut judicare* como una máxima internacional *civitas*. La obligación de someter a proceso o extraditar o, cuando correspondiere, castigar a las personas acusadas o condenadas por crímenes internacionales, en particular crímenes *jus cogens* debido a su naturaleza horrenda y a su impacto negativo en la paz y la seguridad, necesariamente conduce al reconocimiento de la **jurisdicción universal** como un medio de alcanzar las metas de *aut dedere aut judicare*.

Los trabajos de los tratadistas han impulsado el reconocimiento de la teoría de la **jurisdicción universal**, en especial por crímenes internacionales *jus cogens*. Estos escritos reflejan posiciones universalistas idealistas, así como también perspectivas políticas pragmáticas.

La combinación de fuentes de derecho internacional y nacional ha producido un efecto acumulativo suficiente para justificar el reconocimiento de la **jurisdicción universal** para los crímenes *jus cogens*. La **jurisdicción universal** representa el método más efectivo para frenar y prevenir los crímenes internacionales mediante el incremento de la probabilidad de procesamiento y castigo de sus autores. Este enfoque de la responsabilidad penal internacional también se considera que es un factor en la reducción de la impunidad para los autores de estos crímenes²³⁸.

Existe una interacción dinámica entre: (1) las normas internacionales y nacionales de derecho penal internacional; (2) los procesos internacionales y nacionales para la aplicación del derecho penal internacional; y (3) cooperación de los actores estatales y no estatales en el desarrollo de las normas y los procesos y en su implementación. Esta interacción dinámica está rompiendo la compartimentalización tradicional entre la ley internacional y la ley

²³⁸ El único método lógico para tratar estos problemas de desigual desarrollo del derecho penal internacional es codificarlo, pero desgraciadamente parece que los gobiernos no respaldan esta proposición, y en consecuencia el derecho penal internacional continuará sufriendo una cantidad de deficiencias legislativas y de otra naturaleza. Ver, por ejemplo, M. Cherif Bassiouni, *A Draft International Criminal Code and a Draft Statute for an International Criminal Tribunal* (1987).

nacional²³⁹. Como resultado de ello, se han desarrollado normas y procesos híbridos que incluyen características tanto internacionales como nacionales e incorporan los papeles de respaldo combinados de los actores estatales y no estatales en el desarrollo de normas y procesos, así como en su implementación. Esta relación dialéctica, que algunos denominan “complementaridad”, es, sin embargo, aún más compleja. Ella constituye un proceso amorfo y cambiante que es difícil de definir, predecir o evaluar, como no sea reconociendo que es a la vez cambiante y evolutiva. El hecho de que ella es, en parte, el producto de factores contingentes circunstanciales y ocasionales, no disminuye su continuado crecimiento.

Los supuestos y metas políticas sobre **jurisdicción universal** son que cuando tal mecanismo jurisdiccional es utilizado por un gran número de Estados, puede prevenir, desincentivar, castigar, hacer rendir cuentas y reducir la impunidad para algunos crímenes internacionales, y que ello puede acrecentar las perspectivas de justicia y paz. Independientemente de la naturaleza fragmentada del reconocimiento y la aplicación de la **jurisdicción universal** en la legislación y la práctica internacional y nacional, los argumentos políticos esgrimidos en su favor, especialmente a la luz del registro histórico de la impunidad que ha beneficiado a tantos de los autores de estos crímenes por tanto tiempo, apoyan su aplicación. Pero no puede permitirse que la **jurisdicción universal** llegue a ser un fuego griego, incontrolado en su aplicación y destructivo de los procesos legales internacionales²⁴⁰. Si tal fuere el caso, produciría conflictos de jurisdicción entre Estados con el potencial para amenazar el orden global, sujetar a los individuos a abusos de procesos judiciales, violar los derechos humanos y dar lugar a persecuciones motivadas políticamente y a la denegación de

²³⁹ Ver Jennifer L. Balint, “The Place of Law in Addressing International Regime Conflicts”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 103 (1996); M. Cherif Bassiouni, “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 9 (1996); Bassiouni, Crímenes *Jus Cogens*, supra nota 33; Madeline H. Morris, “International Guidelines Against Impunity: Facilitating Accountability”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 29 (1996); Douglass Cassel, “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 197 (1996); Mark S. Ellis, “Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 181 (1996); Priscilla B. Hayner, “International Guidelines for the Creation and Operation of Truth Commissions: A Preliminary Proposal”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 173 (1996); Joyner, supra nota 15; Neil J. Kritz, “Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 127 (1996); Stephan Landsman, “Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecution and Truth Commissions”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 81 (1996); W. Michael Reisman, “Legal Responses to Genocide and Other Massive Violations of Human Rights”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 75 (1996); Naomi Roht-Arriaza, “Combating Impunity: Some Thoughts on the Way Forward”, 59 *Law & Contemp. Probs.* 93 (1996); Michael Scharf, “The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes”, 69 *Law & Contemp. Probs.* 41 (1996); ver también “Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference, 17-21 September 1998”, en 14 *Nouvelles Etudes Pénales* (Christopher C. Joyner, ed., 1998); Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale L. Rev.* 2537 (1991).

²⁴⁰ Ver Thomas M. Franck, “Legitimacy in the International System”, 82 *Am. J. Int’l L.* 705, 707 (1988).

El sistema internacional de Estados es fundamentalmente diferente de cualquier comunidad nacional de personas y de entidades corporativas. No es de ayuda ignorar esas diferencias o asirse a la noción objetivante que los Estados son “personas” análogas a los ciudadanos de una nación. Algunas de las diferencias son de gran interés potencial. En una nación, Maquiavelo hizo notar, “no puede haber buenas leyes donde no hay buenas armas”. En la comunidad internacional, sin embargo, existen amplios signos que hay normas que no se hacen cumplir por “buenas armas” y que son, sin embargo, capaces de obligar a los Estados y, muy a menudo, aun de alcanzar un cumplimiento habitual.

Id. (nota de pie de página omitida).

justicia. Adicionalmente, existe el peligro de que la **jurisdicción universal** pueda ser percibida como una jurisdicción hegemónica ejercitada principalmente por algunas potencias occidentales contra personas de naciones en vías de desarrollo.

Para evitar estas y otras consecuencias negativas, mientras al mismo tiempo se refuerzan las consecuencias positivas de una aplicación ordenada y efectiva de la **jurisdicción universal**, se hace indispensable acordar normas que regulen el empleo de esta teoría acceso por parte de los Estados y de entes judiciales internacionales²⁴¹. Primeramente, deberían desarrollarse directrices que con el transcurso del tiempo puedan ganar consenso entre los tratadistas y, en último término, entre los gobiernos. En esa etapa, debería redactarse una convención internacional de modo que esas directrices puedan transformarse en derecho internacional positivo.

La historia del derecho internacional contemporáneo está repleta de ejemplos de iniciativas por parte de estudiosos y ONGs que han puesto en movimiento un proceso que ha madurado en legislación internacional convencional. El Proyecto Princeton sobre **Jurisdicción universal**, cuyos Principios Relativos a la **Jurisdicción Universal** se encuentran adjuntos, constituye una de estas instancias, y cabe esperar que conduzcan a una convención internacional con respecto a la **jurisdicción universal** para crímenes internacionales *jus cogens* y otros que incluya prioridades jurisdiccionales, establezca normas para resolver conflictos de jurisdicción y minimice la posibilidad de que se someta a individuos a procesamientos múltiples, abusos procesales y negación de justicia²⁴².

Como el filósofo francés Pascal dijo una vez, “Cada costumbre tiene su origen en un único acto,” y en este caso existe amplia evidencia de muchos actos. Sin embargo, es su efecto acumulativo el que confiere peso a la proposición de que la **jurisdicción universal** es parte del derecho internacional consuetudinario. No obstante ello, el hecho de que existe un

²⁴¹ Esto destaca una importante razón por qué la **jurisdicción universal** no debería ser ejercida con respecto a la totalidad de los crímenes internacionales.

²⁴² La serie de *Restatements* de ciertos aspectos del derecho de los Estados Unidos es un modelo interesante. Sin embargo, dado que no existe un *Restatement* sobre derecho penal, la analogía más cercana es el *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, el cual, en la Sección 6, incluye un enfoque de políticas públicas sobre la elección de la ley que debe aplicarse. Ella señala:

- (1) Un tribunal, sujeto a restricciones constitucionales, seguirá una directriz legal de su propio Estado sobre elección de la ley aplicable.
- (2) Cuando no existe dicha directriz, los factores relevantes de la elección de la norma legal aplicable incluyen:
 - (a) las necesidades de los sistemas interestatales e internacionales,
 - (b) las políticas relevantes del forum,
 - (c) las políticas relevantes de otros Estados interesados y los intereses relativos de esos Estados en la determinación de la materia específica,
 - (d) la protección de las expectativas justificadas,
 - (e) las políticas básicas subyacentes del campo del derecho en particular,
 - (f) la certeza, la predecibilidad y la uniformidad del resultado, y
 - (g) la facilidad en la determinación y la aplicación de la ley a ser aplicada.

Restatement (Second) of Conflict of Laws 6 en 10 (1971). En tanto que dicho enfoque de elección de la ley aplicable puede funcionar en un sistema federal ligado a una Constitución que contiene una cláusula de “total fe y crédito”, Const. de los EE.UU. art. IV, 1, él no puede funcionar en forma efectiva en el nivel del derecho internacional. En consecuencia, un enfoque normativo más fuerte puede ser más apropiado en el contexto internacional.

reconocimiento de la **jurisdicción universal** en el derecho internacional consuetudinario no implica que ella pueda ser ejercida con respecto a la totalidad de los crímenes internacionales o que ella pueda ser ejercida por todos los Estados sin limitaciones. El problema de a cuáles crímenes se aplica la **jurisdicción universal** permanece todavía como una cuestión no resuelta, a pesar de que hay un acuerdo más generalizado en el sentido de que ella incluye la piratería, esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y, por convención, la tortura y algunos crímenes de terrorismo internacional. Adicionalmente, el derecho internacional consuetudinario no ha todavía resuelto el problema de si requiere la existencia de un nexo con el Estado que la aplica, tal como la presencia del acusado en su territorio. Existen también otros problemas que permanecen sin resolver, así como la inmunidad temporal de los jefes de Estado y diplomáticos, una cantidad de materias relativas a los derechos del individuo para prevenir procesamientos vejatorios y múltiples, así como cómo garantizar el debido proceso y la ecuanimidad en el curso de procesos basados en la **jurisdicción universal**. En consecuencia, puede decirse que el reconocimiento de la **jurisdicción universal** en el derecho internacional consuetudinario se encuentra en la primera etapa de evolución, y que ella debe ser seguida por otras etapas necesarias para clarificar los derechos y las obligaciones de los Estados en el ejercicio de esta forma de jurisdicción extraterritorial con el objeto de maximizar el beneficio de la **jurisdicción universal** y eliminar su potencial para abusos.

VIII. Apéndice

Los Principios de Princeton sobre **Jurisdicción Universal**

Los participantes en el Proyecto Princeton sobre **Jurisdicción universal** proponen los siguientes principios con el propósito de contribuir a la continua evolución del derecho internacional y a la aplicación del mismo por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales:

Principio 1 * Fundamentos de la **Jurisdicción Universal**

1. A efectos de los presentes principios, se entenderá por **jurisdicción universal** la jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del crimen, indistintamente de dónde hubiera sido cometido dicho crimen, de la nacionalidad del presunto o culpable perpetrador, de la nacionalidad de la víctima, o de cualquier otro vínculo con el estado que ejerza tal jurisdicción.

2. La **jurisdicción universal** puede ser ejercida por un órgano judicial competente y ordinario de cualquier estado para el enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido graves crímenes bajo el derecho internacional, tal cual se especifica en el Principio 2(1), siempre que la persona se halle ante tal órgano judicial.

3. Un estado puede invocar la **jurisdicción universal** como fundamento para obtener la extradición de una persona acusada o condenada por la comisión de un crimen grave bajo el derecho internacional tal cual se especifica en el Principio 2(1), siempre que haya quedado establecida, *prima facie*, su culpabilidad y que la persona cuya extradición se pretende vaya a ser juzgada o que el castigo se imparta de conformidad con las disposiciones y normas internacionales sobre protección a los derechos humanos de aplicación en el contexto de los procedimientos penales.

4. Al ejercer la **jurisdicción universal** o al basarse en la **jurisdicción universal** para conseguir la extradición, los estados y sus órganos judiciales observarán las normas internacionales del debido proceso, entre otras, las relativas a los derechos del acusado y las víctimas, el carácter justo de los procedimientos y la independencia e imparcialidad del poder judicial (en adelante “normas internacionales del debido proceso”).

5. Los estados ejercerán la **jurisdicción universal** de buena fe y de conformidad con sus derechos y obligaciones bajo el derecho internacional.

Principio 2 * Crímenes Graves bajo el Derecho Internacional

1. A los efectos de presentes Principios, se tendrá por crímenes graves bajo el derecho internacional: (1) la piratería; (2) la esclavitud; (3) los crímenes de guerra; (4) los crímenes contra la paz; (5) los crímenes contra la humanidad; (6) el genocidio; y (7) la tortura.

2. La aplicación de la **jurisdicción universal** a los crímenes enumerados en el párrafo 1 se llevará a cabo sin perjuicio de la aplicación de la **jurisdicción universal** a otros crímenes bajo el derecho internacional.

Principio 3 * Activación de la **Jurisdicción Universal** en Ausencia de Legislación Nacional

Con respecto a los crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se especifican en el Principio 2(1), los órganos judiciales nacionales pueden basarse en la **jurisdicción universal** incluso si su legislación nacional no la contempla específicamente.

Principio 4 * Obligación de Coadyuvar al Derecho a la Justicia

1. Los estados cumplirán con todas las obligaciones internacionales que sean de aplicación al enjuiciamiento o la extradición de personas acusadas de/ o condenadas por/ crímenes bajo el derecho internacional; tales obligaciones se satisfarán de conformidad con un proceso jurídico que se ajuste a las normas internacionales sobre el debido proceso, suministrando a otros estados que se hallen investigando o enjuiciando tales crímenes cuantos medios estén a su disposición de cara a la colaboración administrativa o judicial, y adoptando cuantas otras medidas resulten necesarias y apropiadas y sean coherentes con las normas y estándares internacionales.

2. Los estados, en el ejercicio de la **jurisdicción universal**, pueden, a efectos de enjuiciamiento, solicitar asistencia judicial para recabar pruebas de otro estado, siempre y cuando el estado requirente obre de buena fe y que el uso que se haga de las pruebas que se solicitan sea acorde a las normas internacionales del debido proceso.

Principio 5 * Inmunidades

Con respecto a los crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se especifican en el Principio 2(1), el cargo oficial de cualquiera de las personas acusadas, sea Jefe de Estado o de Gobierno, o miembro de un gobierno, en ningún caso las eximirá de responsabilidad penal ni será motivo de reducción de pena.

Principio 6 * Términos legales de Prescripción

Los términos legales de prescripción u otras formas de prescripción no serán de aplicación a los crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se enumeran en el Principio 2(1).

Principio 7 * Amnistías

1. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los estados de perseguir judicialmente a las personas responsables de crímenes graves bajo el derecho internacional, tal cual se especifican en el Principio 2(1).

2. El ejercicio de la **jurisdicción universal** respecto de los crímenes graves bajo el derecho internacional, tal cual se especifican en el Principio 2(1), no se verá afectado por

amnistías que son incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del estado concedente.

Principio 8 * Resolución de Concurrencia de Jurisdicciones Nacionales

En caso de que más de un estado posea, o pueda afirmar, su jurisdicción sobre una persona y si el estado bajo cuya custodia se halle la persona en cuestión no pudiera basar su jurisdicción más que en el principio de universalidad, ese estado, o sus órganos judiciales, basarán su decisión, a la hora de decidir si juzgar o extraditar, en el equilibrio agregado entre los siguientes criterios:

- (a) obligaciones derivadas de tratados, sean de carácter multilateral o bilateral;
- (b) el lugar de comisión del crimen;
- (c) el vínculo de nacionalidad del presunto perpetrador con el estado requirente;
- (d) el vínculo de nacionalidad de la víctima con el estado requirente;
- (e) cualquier otro vínculo entre el estado requirente y el presunto perpetrador, el crimen o la víctima;
- (f) la probabilidad, buena fe y efectividad de enjuiciamiento en el estado requirente;
- (g) la justicia e imparcialidad del procedimiento en el estado requirente;
- (h) la conveniencia para las partes y testigos, así como la disponibilidad de pruebas en el estado requirente; y
- (i) el interés de la justicia.

Principio 9 * *Non Bis In Idem*

1. En el ejercicio de la **jurisdicción universal**, los estados o sus órganos judiciales garantizarán que toda persona que esté sujeta a un proceso penal no quedará expuesta a múltiples enjuiciamientos o castigo por razón de la misma conducta criminal siempre y cuando los procesos penales previos u otros procesos judiciales hayan sido conducidos de buena fe y de conformidad con las normas y estándares internacionales. Los enjuiciamientos falsos o los castigos irrisorios derivados de una condena u otros procesos judiciales no se considerarán comprendidos bajo este Principio.

2. Los estados reconocerán la validez del adecuado ejercicio de la **jurisdicción universal** por otro estado y reconocerán la sentencia final dictada por un órgano judicial nacional competente y ordinario, o por un órgano judicial internacional competente, que ejerza tal jurisdicción de conformidad con las normas internacionales del debido proceso.

3. Toda persona juzgada o condenada por un estado en el ejercicio de la **jurisdicción universal** por crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se especifican en el Principio 2(1), tendrá el derecho y la posibilidad legal de elevar ante cualquier órgano judicial nacional o internacional la queja de *non bis in idem* en oposición a cualquier otro proceso penal.

Principio 10 * Motivos para el Rechazo de la Extradición

1. Los estados o sus órganos judiciales rechazarán la admisión de una solicitud de extradición basada en la **jurisdicción universal** si existiera probabilidad de que la persona buscada se enfrente a una sentencia de pena de muerte o sea sometida a tortura o cualquier otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, o si existiera la posibilidad de que la persona en cuestión sea sometida a falsos procesos en los que se violen las normas internacionales del debido proceso y no se otorguen garantías satisfactorias en contrario.

2. El estado que rechace la extradición sobre la base de este Principio enjuiciará, cuando así lo permita el derecho internacional, al individuo acusado de un crimen grave bajo el derecho internacional tal cual se especifica en el Principio 2(1), o extraditará a tal persona a otro estado en donde el proceso pueda llevarse a cabo sin exponerle a él o a ella a los riesgos referidos en el párrafo 1.

Principio 11 * Adopción de Legislación Nacional

Los estados promulgarán, caso de ser necesario, la legislación nacional que posibilite el ejercicio de la **jurisdicción universal** y la aplicación de estos Principios.

Principio 12 * Inclusión de la **Jurisdicción Universal** en Tratados Futuros

En todos los tratados futuros, y en los protocolos a los tratados ya existentes, relacionados con crímenes graves bajo el derecho internacional tal cual se especifican en el Principio 2(1), los estados incluirán disposiciones para la **jurisdicción universal**.

Principio 13 * Fortalecimiento de la Persecución Judicial y la **Jurisdicción Universal**

1. Los órganos judiciales nacionales contribuirán al derecho interno de manera tal que sea coherente con estos Principios.

2. Ninguno de estos Principios puede interpretarse en el sentido de que limite los derechos y obligaciones que tiene un estado de prevenir o castigar, a través de los medios legítimos reconocidos bajo el derecho internacional, la comisión de crímenes bajo el derecho internacional.

3. Estos Principios no pueden interpretarse en el sentido de que limiten el continuo desarrollo de la **jurisdicción universal** en derecho internacional.

Principio 14 * Arreglo de Controversias

1. De conformidad con el derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas, los Estados arreglarán las controversias derivadas del ejercicio de la **jurisdicción universal** que puedan surgir entre ellos por todos los medios disponibles de arreglo pacífico de controversias y, concretamente, sometiendo la controversia a la Corte Internacional de Justicia.

2. En tanto en cuanto el asunto en disputa siga pendiente de resolución, el estado que pretenda ejercer la **jurisdicción universal** no procederá a la detención de la persona acusada, ni solicitará su detención por otro estado, a menos que exista un riesgo razonable de fuga y no se puedan hallar otros medios razonables que garanticen la eventual comparecencia de esa persona ante los órganos judiciales nacionales del estado que pretende ejercer su jurisdicción.