



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

Memoria de Prueba para Optar al Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

**DERECHO INTERNACIONAL ANTE TRIBUNALES INTERNOS,
TERRITORIALIDAD, EXTRATERRITORIALIDAD E INMUNIDAD DE ESTADO.
Un Análisis de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional.**

ALUMNA MEMORISTA: KARENN DIAZ CAMPOS.
PROFESORA GUÍA: XIMENA FUENTES TORRIJO.

Santiago, Chile
2011.

RESUMEN.

El objetivo de esta tesis es el analizar las diversas situaciones que se pueden presentar al momento de llevar un asunto que involucre un elemento internacional ante un tribunal interno. El interés en este tema se explica en el fenómeno cada vez más frecuente de situaciones que no sólo afectan los intereses de un Estado o de sus ciudadanos, sino que involucran a diversos Estados o incluso a la comunidad internacional como un entero.

El hecho que un tribunal interno conozca de un asunto que involucra un elemento internacional es altamente cuestionado y debatido en la actualidad, ello se debe a que no existe un ordenamiento jurídico de carácter internacional que regule de forma clara e indubitada el tema.

En la actualidad el tratamiento de este fenómeno se diferencia de un Estado a otro, así como también depende del poder político y económico del Estado del tribunal que intenta ejercer jurisdicción, debido a que en muchas ocasiones el ejercicio de jurisdicción dependerá de la conveniencia del Estado en cuestión.

Existen numerosos fallos en los tribunales nacionales donde han ejercido jurisdicción en causas que involucran un elemento internacional, así también existen diversas convenciones y tratados que regulan ciertas situaciones que podrían conducir a un ejercicio de jurisdicción que trascienda a los intereses o ciudadanos de un Estado en particular. De ellos puede deducirse el que la relación entre el derecho nacional e internacional es un tema complejo y difícil de dilucidar, para algunos la solución se encuentra en la jurisdicción de los tribunales internos, para otros en el establecimiento de tribunales internacionales y finalmente para parte de la doctrina la respuesta está dada para el ámbito de las graves violaciones a los derechos humanos por el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

Para Uvitelia,
Alejandra y Plácido.

AGRADECIMIENTOS.

A Dios, por acompañarme y ser mi gran fortaleza en el largo camino del estudio del Derecho.

A mis padres, Alejandra y Plácido, por ser la luz y guía de mi vida, apoyo incondicional y modelos a seguir, sin ustedes mi historia habría sido muy distinta.

A Uvitelia, porque su esfuerzo, sacrificio y dedicación fueron la base sobre la que se forjó mi existencia.

Finalmente a mi profesora guía, Ximena Fuentes, por enseñarme una nueva forma de ver el Derecho y a buscar siempre el mejor resultado. Agradezco enormemente su dedicación en la preparación de esta tesis.

INDICE.

RESUMEN.....	2
AGRADECIMIENTOS.....	4
INDICE.....	5
INTRODUCCIÓN.....	13
PRIMERA PARTE: JURISDICCIÓN TERRITORIAL.	
I. Aproximación al concepto.....	15
II. Concepto Territorio.....	16
1. Territorios geográficos comprendidos en el concepto de territorio de un Estado.....	16
2. El territorio como elemento integrante del concepto de Estado.....	19
3. Control efectivo sobre el territorio.....	21
1. Caso Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon, Khalaf Hussain Mufdhi y La Secretaria de Defensa del Estado.....	23
2. (Al-Skeini) v. Secretary of State for defense.....	26
3. (Al-Jedda) v. Secretary of State for defense.....	27
III. Aplicación del principio de territorialidad a personas.....	28
La Operación Cóndor.....	29
a. Caso Prats.....	30
b. Caso Letelier.....	30
IV. Reconocimiento internacional de la Territorialidad jurisdicción criminal.....	32
1. Práctica de los tribunales nacionales, relativas a la territorialidad de la jurisdicción criminal.....	32
a. Jurisdicción criminal territorial el derecho de Inglaterra y Gales.....	33
b. Jurisdicción criminal territorial en el derecho Español.....	35
c. Comparación sistema español y británico.....	35
d. Criterio de definición de jurisdicción en el derecho chileno.....	36

V. Carácter ante el derecho internacional de la territorialidad de la jurisdicción criminal	
.....	37
VI. Concurrencia de jurisdicciones basadas en el elemento territorial.....	39
1. Aplicación objetiva del principio de territorialidad.....	40
2. Principio de Territorialidad Subjetiva.....	41
V.CONCLUSIONES PRIMERA PARTE	42

SEGUNDA PARTE: INMUNIDAD DE ESTADO.

I. Inmunidad de Estado.....	45
II. Principios en que se sustenta la inmunidad de Estado.....	47
1. Principio de Igualdad de los Estados.....	47
2. Principio de la no intervención en los asuntos internos de otro Estado.....	48
III. Fuentes de la Inmunidad de Estado.....	51
1. Legislación interna de los Estados.....	51
a. Legislación chilena referente al tema de la inmunidad de Estado.....	52
Código de Bustamante.....	53
Decreto Ley n°2349.....	54
2. Convenciones Internacionales.....	57
a. Convención Europea sobre la inmunidad de los Estados.....	58
b. Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades de los Estados y sus bienes.....	58
c. Proyecto del Consejo de Europa.....	60
d. Práctica de los Estados.....	60
Filártiga v. Peña Irala.....	62
Isabel Morel de Letelier et. al. the Republic of Chile.....	64
Osama Bin Laden v. United States.....	65
III. Conflictos que actualmente presenta la Inmunidad de los Estados.....	66
1. El problema de determinar un criterio de calificación de los actos del estado extranjero. Distinción entre acto <i>iure imperii</i> o <i>iure gestionis</i>	66
a. Un Estado puede actuar en calidad de persona pública o de persona privada.....	67

b. Dentro de la segunda modalidad se distingue entre dos categorías de actos del Estado, los actos *iure imperii* y los actos *iure gestionis*.....68

2. La práctica de los estados en materia de inmunidad de estado no es uniforme.....73

IV. La inmunidad de Estado y las violaciones graves al derecho internacional.....76

Teoría de la Jerarquía Normativa.....77

V. Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes.....88

8. Conclusiones Segunda Parte88

TERCERA PARTE: EJERCICIO EXTRATERRITORIAL DE JURISDICCIÓN.

I. Principio de Protección.....	90
1. Aceptación del principio por parte de los Estados.....	90
2. Fundamento para la aplicación de este principio.....	91
3. Crímenes y delitos a las que va dirigida esta base de jurisdicción.....	91
4. Utilización del concepto de protección como base para la lucha contra el terrorismo.....	92
United States v. Bin Laden.....	92
5. El principio de protección como base de jurisdicción para casos de violaciones graves a los derechos humanos.....	93
6. Determinación de aplicación del principio de protección.....	94
7. Principio de Protección como base jurisdicción sobre ofensas en contra de los nacionales de Estados aliados en un conflicto armado.....	94
II. Principio de la Nacionalidad de la bandera.....	95
Territorios que no se encuentran sometidos a la jurisdicción de ningún Estado en particular.....	96
Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya.....	96
IV. Principio de Nacionalidad.....	98
1. Principio de Nacionalidad Activa.....	99
Ronald Grant Jones v. el Reino de Arabia Saudita.....	99
a. Presencia del acusado en el territorio del Estado que desea ejercer jurisdicción.....	101
b. Posición del Estado nacional del acusado.....	102
c. Aplicación del principio de nacionalidad activa a residentes no nacionales del Estado.....	102
d. Nacionalidad como conexión suficiente para que un Estado ejerza jurisdicción.....	104
2. Principio de Nacionalidad Pasiva.....	105

a. Naturaleza de la nacionalidad pasiva.....	106
i. La protección es un beneficio.....	106
ii. La protección es un derecho.....	107
b. Alcance de protección que un Estado puede dar a sus nacionales.....	108
i. Jurisdicción Criminal.....	108
ii. Jurisdicción Civil.....	109
c. Fundamento de la nacionalidad pasiva.....	110
d. Aceptación del principio de nacionalidad pasiva como base de jurisdicción de los tribunales nacionales.....	111
e. Incorporación del principio de personalidad pasiva en las legislaciones internas.....	111
f. Fundamentos de oposición a esta extensión de jurisdicción.....	112
Saddam-Husein v. United States.....	112
g. Situación especial de la violación a ciertos derechos humanos.....	114
h. Caso del terrorismo internacional.....	115
i. Presencia del victimario en el territorio del estado del cual es nacional la víctima.....	116
Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet.....	117
j. Diversos medios en que un imputado de un crimen o delito puede ser traído al territorio del Estado del foro.....	117
Caso Eichmann.....	118
Caso Achille Lauro.....	119
Yunis v. United States.....	120
Alvarez Machain v. United States.....	121
V. Principio de Representación.....	124
1. Casos en que un Estado puede ejercer jurisdicción basado en el principio de representación.....	124

2. Diversos tipos de jurisdicción basada en el principio de Representación.....	124
3. Principio de Representación en un sentido restringido.....	125
4. Principio de Representación en un sentido amplio.....	125
VI. Principio de Jurisdicción Universal.....	125
1. Delitos para cuya persecución se puede ejercer Jurisdicción Universal.....	126
2. Evolución del concepto de delito de carácter internacional.....	127
3. Crímenes de Jurisdicción Universal.....	129
i. Crímenes contra la paz.....	133
- El crimen de agresión como parte de los crímenes contra la paz.....	135
- El crimen de agresión en el Estatuto de Núremberg.....	135
- Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional referente al crimen de agresión.....	137
- Primera revisión al Estatuto de la Corte Penal Internacional.....	141
ii. Crímenes de guerra.....	147
iii. Crímenes contra la humanidad.....	148
Caso Eichmann.....	149
Listado de crímenes contra la humanidad.....	149
- Genocidio.....	153
-Problemas ante los que se encuentra un tribunal al intentar ejercer jurisdicción universal sobre un caso de genocidio.....	157
-Tortura.....	160
4. Vías de acción ante un delito que atrae jurisdicción universal.....	164
i. Llevar el caso ante un tribunal de la nación donde el abuso se ha cometido.....	164
ii. Constitución de un tribunal especial.....	165
iii. Llevar el caso ante la Corte Penal Internacional.....	166
iv. Que un tribunal nacional conozca ejerciendo jurisdicción universal.....	166

5. jurisdicción universal sobre crímenes comunes.....	167
6 .Aceptación internacional del principio de jurisdicción universal.....	167
7. Aceptación por parte de los tribunales nacionales.....	169
8. Jurisdicción universal como un deber de los Estados.....	170
VII. Conclusiones Tercera Parte.....	172
Conclusiones Generales.....	174
BIBLIOGRAFÍA.....	177

INTRODUCCION.

La relación entre el derecho y la justicia, tanto nacional como internacional ha sido siempre un tema poco tranquilo. Un Estado es soberano de gobernar a sus súbditos y para ello hará uso de toda su institucionalidad como así también redactará normas que le regulen. Es en esto último donde el derecho nacional y el internacional se interceptan. La influencia entre ambos es mutua y recíproca, casi simbiótica ya que enriquece todas las esferas del derecho y la justicia.

Para conseguir la aplicación efectiva del ideal de la justicia internacional, los tribunales internacionales y nacionales deben seguir creando derecho y jurisprudencia.

Es en virtud de lo anterior que el interés de este trabajo es el determinar la posibilidad que tiene una corte o tribunal nacional para ejercer jurisdicción sobre asuntos que involucren intereses de un Estado extranjero. Esto a razón de que existe una verdadera necesidad de carácter internacional de dar respuesta a aquellos conflictos entre ciudadanos y los Estados de los que son nacionales, sobre todo cuando los derechos afectados por dichos Estados, son de tal importancia internacional, que su transgresión repugna a la comunidad internacional como un entero. Para lograr el objetivo propuesto me pondré en tres hipótesis que pueden presentarse ante un tribunal interno:

- El Estado que ejerce jurisdicción lo hace basado en la ocurrencia de los hechos en su territorio.
- La jurisdicción se encuentra configurada por el elemento territorio, pero se ve involucrado un tema de inmunidad de Estado.
- La jurisdicción del Estado se ha configurado basado en un principio de jurisdicción extraterritorial.

Lo anterior lleva a una división tripartita de esta investigación en los siguientes grandes temas

Jurisdicción territorial.

Inmunidad de Estado.

Jurisdicción extraterritorial.

Lo primero que se estudiará es la jurisdicción basada en el elemento territorio, a fin de establecer los parámetros y límites al ejercicio de esta base de jurisdicción, como así también el determinar si el elemento territorio es más bien un concepto funcional en vez de espacio físico donde un Estado se establece.

Una vez determinada la jurisdicción territorial, pasará a la segunda hipótesis planteada, es decir, que se presentó el tema de la inmunidad de Estado. En esta segunda parte orientaré mi trabajo especialmente al estudio de los tratados internacionales y a las diversas legislaciones internas que regulan el tema de la inmunidad de Estado.

Finalmente pasará a la tercera hipótesis, al ejercicio de jurisdicción extraterritorial; para ello haré un estudio general de las diversas bases de jurisdicción, centrándome especialmente en el tema de la jurisdicción universal. Para el análisis de la jurisdicción extraterritorial primeramente determinaré si existe en los diversos ordenamientos nacionales alguna norma que se refiera a dicho ejercicio de jurisdicción. Una vez determinado la anterior, examinaré la situación del derecho internacional vigente, especialmente buscaré determinar si existe un ordenamiento de carácter internacional que regule el ejercicio de jurisdicción extraterritorial.

De este modo se analizará la posibilidad real que tiene un tribunal interno de conocer de aquellas causas que involucran un elemento internacional, puesto que se habrán analizado las tres situaciones en que éste puede ejercer jurisdicción, dando cuenta así de la forma en que tanto el derecho internacional como las legislaciones internas lo han regulado.

PRIMERA PARTE: PRINCIPIO DE LA TERRITORIALIDAD DE LA JURISDICCION.

Es un hecho innegable que es cada vez más frecuente el que se presenten ante tribunales nacionales situaciones que involucren el elemento internacional. Lo anterior es fruto de la multiplicidad de relaciones de tipo internacional que se dan entre personas, empresas e instituciones de distintas nacionalidades. Es por estas circunstancias que la cuestión de jurisdicción se vuelve fundamental, ya que es en esta instancia donde se presenta el gran conflicto, ¿los tribunales de qué Estado son los competentes para conocer de un asunto que involucra un elemento internacional? Como una primera cosa es necesario determinar cuando un Estado se encuentra ante la circunstancia y personas sobre las que puede ejercer jurisdicción.

La primera parte de esta investigación se centrará en el caso que un Estado tenga su jurisdicción definida por la ocurrencia del hecho delictivo en su propio territorio.

I. Aproximación al concepto.

Al estudiar el principio de la jurisdicción territorial, es necesario el tener en cuenta el que los Estados son soberanos de ejercer jurisdicción sobre todos los habitantes que se encuentren dentro de su territorio. Es posible entonces el concluir que, el no ejercicio del imperio que tienen los Estados, importa necesariamente la existencia de una regla que expresamente establezca la obligación de abstenerse de ejercer la potestad de la cual están investidos¹. Existe acuerdo que, de no existir una norma que disponga lo contrario, un Estado debe ejercer jurisdicción sobre los crímenes y delitos que se han cometido en su territorio.

En base al principio de la territorialidad de la jurisdicción, los tribunales de un Estado pueden proceder a aplicar normas de su legislación nacional a personas, tanto nacionales como extranjeras².

¹ Conclusión a la que llegó la Corte Permanente de Justicia en el caso Lotus. C.I.J. Caso Lotus. Disponible en www.icj-cij.org.

² Sennings, R., A. Watts: *Oppenheim's International Law*. (Londres: Longmann 1996) Novena edición. Vol. I, pp. 458 a 465. Ver también Reggina (in the application of *Al-Skeini* and others) v. Secretary of State for Defense. Queen's Bench Division (Divisional Court). Disponible en www.lexis-nexis.com.

Para ejemplificar la situación indicada en el párrafo anterior, debemos plantearnos el siguiente escenario. Se ha cometido un crimen por dos ciudadanos extranjeros, que afectó a su vez a ciudadanos extranjeros en el territorio de un Estado; aplicando el principio de la territorialidad de la jurisdicción de un Estado, corresponde ejercer jurisdicción a los tribunales del país donde el delito fue cometido.

Si se concluye que un Estado es soberano de someter a su jurisdicción los crímenes y delitos cometidos en su territorio, un primer elemento a definir entonces es qué constituye el territorio de un Estado.

II. Concepto Territorio.

Como un primer acercamiento podemos concluir que el territorio es el espacio geográfico en el cual se despliega la acción de Estado, el cual actúa, a su respecto, como un soberano³.

Para los fines de este trabajo es importante el definir qué territorios se comprenden dentro de la definición de territorio de un Estado, como así también el definir qué se entiende por el elemento territorio como constitutivo de la noción de Estado. Iniciaré este estudio con los terrenos geográficos que se comprenden en el concepto de territorio de un Estado.

1. Territorios geográficos comprendidos en el concepto de territorio de un Estado.

Territorio es la fijación sedentaria de la población en un determinado lugar geográfico. La nación de un Estado requiere de un terreno para vivir, desplazarse, realizar actividades de subsistencia, etc. El territorio guarda riquezas relevantes para el desarrollo de la población que habita en él.

Sin embargo cuando se habla de territorio, se trata de un concepto mucho más amplio que lo que se entiende por una superficie determinada sujeta a la soberanía de un Estado específico.

Por territorio entendemos los siguientes elementos:

³ Chacón, L.: *El Territorio Elemento Físico del Estado*. Disponible en www.slideshare.net

-Espacio terrestre.

Comprende el suelo, subsuelo, lecho de mar y el subsuelo del mar territorial. El suelo constituye el territorio firme del Estado. El suelo está delimitado por las fronteras del territorio del Estado⁴.

El subsuelo abarca del suelo hacia el centro de la tierra. El espacio terrestre además abarca a las islas y aguas nacionales e internas.

-Espacios marítimos y submarinos

Es la prolongación del espacio terrestre hacia el mar. Comprende al mar territorial y la zona económica exclusiva. El mar territorial es la extensión de la soberanía de un Estado a una franja de mar adyacente a sus costas y las 12 millas marinas.

El mar territorial fue definido en la Convención de 1982 en su artículo 2, párrafo I de la siguiente forma:

...Aquella franja de mar adyacente a las costas de un Estado que está situado por fuera de aguas interiores.

Artículo 2 de la Convención de 1982

1. La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial.

2. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como el lecho y al subsuelo de ese mar.

3. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de Derecho internacional.

La zona contigua es donde el Estado ejerce jurisdicción y se extiende hasta las 24 millas marinas. Esta noción ha sido elaborada recientemente por la doctrina, el límite de 24 millas fue fijado por el párrafo 2 del artículo 33 de la Convención de 1982 de la siguiente forma:

⁴ Franquet, J.: *Un modelo nacional de organización territorial*. Disponible en www.eumed.net

La zona contigua no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

La convención de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y zona contigua, la extensión de la zona contigua se fijó en 12 millas, como fórmula para determinar la extensión del mar territorial.

La zona económica exclusiva es un sector de 200 millas marinas, donde los Estados ribereños o costaneros tienen la facultad de explotar sus riquezas, tanto renovables como no renovables que se ubican en las aguas, suelo y subsuelo respectivo⁵. La zona económica exclusiva se encuentra tratada en el artículo 55 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 la que la define de la siguiente forma:

Un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste⁶.

Agregando en su artículo 57 la extensión de la zona económica exclusiva de la siguiente forma:

La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

-Plataforma continental.

Fue definido en el Proyecto de definición de la plataforma continental por la Comisión de Derecho Internacional, Convención sobre la Plataforma Continental que desarrolla en los artículos 67 a 73⁷.

En su artículo 76.1 F de la Convención sobre el Derecho del mar del año 1982, la define de la siguiente forma:

La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.

⁵ Prieto, J.: *Los espacios marítimos*. Universidad de Cádiz. Facultad de ciencias náuticas. Disponible www.files.wordpress.com

⁶ Artículo 55 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982.

⁷ Mesequer, J: *Los espacios marítimos en el nuevo derecho del mar*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid. Año 1999.

- Espacio aéreo.

Es aquel espacio aéreo que se encuentra ubicado sobre el territorio continental, insular y el mar territorial de un determinado Estado.⁸

- Espacio Jurídico.

Es el lugar que los tratados y costumbres internacionales reconocen como parte de la jurisdicción estatal⁹. En el caso del Estado de Chile constituyen territorio chilenos: las naves y aeronaves de guerra y comerciales nacionales en alta mar, conjuntamente con las embajadas y delegaciones acreditadas.

Un Estado es soberano de ejercer su jurisdicción sobre aquellas ofensas que se han cometido en su territorio continental e insular¹⁰ y su mar territorial. Así también se entiende que le es posible ejercer jurisdicción sobre las zonas contiguas y otras zonas de alta mar en que se encuentren naves que viajan bajo el pabellón del Estado en cuestión¹¹.

Como principio general, el alta mar y el espacio aéreo que la cubre no son concebidas como parte de ningún Estado en particular, a pesar de ello, los Estados han legislado estableciendo que corresponde dicho ejercicio de jurisdicción al Estado bajo el cual, dicha nave circule¹².

2. El territorio como elemento integrante del concepto de Estado.

Para Duguit el territorio es *el límite material de la acción efectiva de los gobernantes*¹³. El territorio es entonces el espacio material que constituye la porción geográfica determinada y exclusiva donde se asienta la población y ejerce su *imperium* el Estado¹⁴.

⁸ Esquinca, R.: *Los derechos territoriales de los Estados*. Disponible en www.mailxmail.com.

⁹ Definición espacio jurídico. Disponible en cl.vlex.com.

¹⁰ Infante, M.T.: *Asunto Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp. et al. Supreme Court of the United States*. En *Revista Estudios*. Año 1982.

¹¹ Shaw, M.: *International Law*. (Cambridge: Cambridge University Press, 1997). pp. 458 a 462.

¹² Sennings, *op. cit.* en n. 2, p.1.

¹³ Mendez, T.: *Análisis Estructural de la Teoría del Estado*. Disponible en www.monografias.com

¹⁴ Paulantsaz, N.: *Economía Política*. Disponible en sociologiapolitica.tripod.com

La definición de territorio así como su relación con el Estado ha sido un tema de gran interés. Para el derecho internacional, han sido muchas las teorías que han intentado explicar el vínculo existente entre el Estado y su territorio, de éstas destacan las siguientes:

- El territorio como elemento constitutivo del Estado.

Según esta postura el territorio es un elemento subjetivo del Estado personificado, que forma parte integrante de su naturaleza y se halla afectado de modo exclusivo al ejercicio del poder público¹⁵

Es innegable que no es posible que exista un Estado sin que tenga un territorio donde establecer a su población, ejercer jurisdicción y soberanía. Sin embargo, la noción del territorio como elemento indispensable para la constitución de un Estado no resulta del todo satisfactoria, ya que se produce una confusión entre el territorio como condición o elemento del Estado¹⁶.

- El territorio como objeto mismo del poder estatal.

Esta teoría entiende al poder estatal como un derecho real de propiedad o como un derecho real de soberanía sobre su territorio.

La teoría del territorio como objeto del poder estatal, sin embargo, ha sido rechazada ya que confunde los conceptos de dominio e imperio, éste último lejos de ser o constituir un derecho real de propiedad sobre el territorio, significa un poder de mando no ejercitable sobre un territorio, sino sobre personas y los hechos que realicen¹⁷.

- Teoría del territorio límite

Para esta teoría el territorio es entendido como el perímetro dentro del que se ejerce el mando del Estado. El territorio, según autores como Carré de Malberg y Duguit, *es el marco dentro del cual se ejerce el poder estatal*¹⁸.

Esta teoría ha sido criticada, en cuanto da al territorio una definición demasiado delimitada, el territorio es más que un límite para el accionar de los Estados, de hecho es el territorio el que

¹⁵ Enciclopedia jurídica. Definición de Territorio. Disponible en www.encyclopedia-juridica.biz14.com

¹⁶ *Supra*.

¹⁷ Definición Territorio. Disponible en www.canalsocial.net

¹⁸ Duguit, L.: *La Soberanía*. Disponible en www.antorcha.net

proporciona al Estado un título positivo de competencia que le habilita para actuar en dicho marco territorial.

- Teoría de la competencia.

Esta teoría entiende al territorio como la porción de la superficie terrestre sobre la que se aplica el ordenamiento jurídico del Estado¹⁹. El territorio es entonces el espacio en que el Estado está autorizado por el derecho internacional a ejercer las competencias necesarias a su misión²⁰.

El concepto de territorio entregado por esta teoría es altamente aceptado por la doctrina y el derecho internacional, en cuanto se basa en una noción clásica en la técnica del derecho público y en una plasticidad que le permite adaptarse a la diversidad de las situaciones territoriales²¹.

Como críticas a esta teoría puede encontrarse el que los Estados en general no aprueban el concepto de que es el derecho internacional quien le autoriza a ejercer sus competencias.

Es respecto a la teoría de la competencia que se origina un tema de gran interés para el derecho internacional, el de si el ejercicio de jurisdicción de un Estado sobre un territorio está determinado por ser éste parte del Estado en cuestión o si definitivamente es necesario el determinar un nivel de control efectivo sobre dicho territorio.

3. Control efectivo sobre el territorio.

Se ha establecido que del concepto territorio se entiende la porción de terreno geográfico sobre la cual un Estado ejerce soberanía y jurisdicción, así como también de que es aquel espacio en que el Estado está autorizado por el derecho internacional a ejercer las competencias necesarias a su misión.

Esto en la práctica ha demostrado ser de vital importancia, el tener claro cuando un Estado en efecto está ejerciendo soberanía sobre su territorio. Cabe preguntarse qué sucede con la situación de aquellos Estados que están sujetos a la ocupación de un Estado extranjero, en esos casos ¿quién es

¹⁹ De Yturriaga, J.: *Las organizaciones internacionales y la soberanía de los estados*. Disponible en www.cepc.es

²⁰ Esta dirección es compartida por muchos autores como Hans Kelsen,

²¹ Enciclopedia jurídica. Definición de Territorio. Disponible en www.encyclopedia-juridica.biz14.com

el Estado que ejerce soberanía? Como respuesta a la interrogante antes planteada es que ha surgido el concepto de control efectivo sobre el territorio.

Basado en el concepto de control efectivo sobre el territorio, se entiende que quien se ocupa de las misiones del Estado en un determinado territorio es quien en efecto tiene el control de esa determinada zona²².

El problema de definir qué Estado tiene el control efectivo de un territorio, cuando éste se encuentra ocupado ha sido analizado con respecto a los los Estados ocupantes del territorio de Irak. Son numerosos los casos que se han presentado ante tribunales del Reino Unido y tribunales internacionales.

Como una primera cosa a definir veré que se entiende por territorio ocupado. Un territorio es “ocupado” cuando de hecho se encuentra colocado bajo la autoridad de fuerzas armadas extranjeras sin el consentimiento del gobierno nacional. La ocupación se refiere al ejercicio de una autoridad que se encuentra establecida y con medios de ser ejecutada.²³

El concepto de territorio ocupado es de gran importancia para el derecho internacional humanitario actual, debido principalmente a las actuales situaciones de ocupación de territorio Iraquí por parte de las fuerzas armadas de Estados Unidos y el Reino Unido. Organizaciones internacionales como Amnistía internacional consideran que, en virtud del derecho internacional humanitario, Estados Unidos y el Reino Unido, como potencias ocupantes del territorio iraquí, tienen la obligación ineludible de proteger a la población iraquí. Cuando el ocupante ha establecido un control efectivo sobre un territorio, debe restablecer y asegurar, el orden público y la seguridad, respetando las leyes vigentes en el territorio ocupado²⁴.

Respecto a las obligaciones de los Estados ocupantes y de la certeza de su control efectivo sobre el territorio iraquí es que se han originado numerosa jurisprudencia; pasaré a analizar algunos casos.

²² Ejemplo de misiones del Estado es el ejercicio de soberanía, jurisdicción, control y orden de la población, etc.

²³ Comité Internacional Geneve. *Territorio ocupado: aspectos jurídicos*. Disponible en www.icrc.org

²⁴ Agencia de la ONU para refugiados de Palestina. Definición territorio ocupado. Disponible en www.unrwace.org

a. Caso Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon, Khalaf Hussain Mufdhi y La Secretaria de Defensa del Estado.

Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon y Khalaf Hussain Mufdhi²⁵ eran dos nacionales iraquíes detenidos por las fuerzas británicas en Basra, su detención se justificaba en que se sospechaba que habían participado en el asesinato de dos hombres que se encontraban al servicio del Estado británico en Iraq.

El asunto había sido conocido por las cortes iraquíes, habiéndose dictado órdenes de arresto en contra de Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon y Khalaf Hussain Mufdhi y se habían emitido órdenes autorizando su continua detención por las fuerzas británicas en Basra.

El alto tribunal iraquí asumió jurisdicción sobre el caso y solicitó que tanto Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon como Khalaf Hussain Mufdhi fueran trasladados bajo su custodia con vistas a un juicio. Ante la anterior solicitud del gobierno Iraquí la Secretaría del Estado británico consideró que resultaba procedente la entrega de Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon y Khalaf Hussain Mufdhi, a fin de que éstos fueran trasladados y juzgados por tribunales iraquíes.

Ante la certeza de que serían trasladados a una cárcel iraquí Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon y Khalaf Hussain Mufdhi recurrieron en una primera instancia ante la Alta Corte de Justicia del Reino Unido, siendo la principal cuestión a definir si su traslado a una prisión iraquí era acorde a derecho. Los solicitantes Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon y Khalaf Hussain Mufdhi adujeron que ellos se encontraban bajo la jurisdicción del Reino Unido para los propósitos del artículo 1º de la Convención Europea de derechos humanos²⁶ y de la declaración de los derechos humanos²⁷, de tal forma gozarían de todo el rango de los derechos que dichas convenciones otorgan.

Como un segundo argumento los solicitantes indicaron que su traslado al Alto Tribunal iraquí violaría sus derechos según la Convención Europea de Derechos Humanos y ello estaría en

²⁵ High Court of justice Queen's bench division divisional court. The Queen, on the application of (1) Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon (2) Khalaf Hussain Mufdhi and Secretary of State for Defense. Disponible en www.judiciary.gov.uk

²⁶ *Convención Europea de derechos humanos*. Disponible en www.echr.coe.int

El artículo 1º dispone lo siguiente:

Las altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades en el titulo I del presente convenio.

²⁷ *Declaración de derechos humanos*. Disponible en www.un.org

violación de la sección 6ª de la Declaración de Derechos Humanos, debido a que existían sustanciales razones para creer de que se encontraban en un real riesgo de flagrante juicio injusto, pena de muerte, tortura, tratos inhumanos y degradantes mientras estuvieren en custodia del Estado iraquí²⁸.

La Secretaría del Estado británico respondió que en el caso en cuestión, los solicitantes no eran personas que se encontrasen bajo la jurisdicción del Reino Unido para los propósitos del artículo 1º de la Convención Europea de Derechos Humanos y la Declaración de Derechos Humanos, sino que simplemente habían sido detenidos por el Reino Unido respetando una orden de la corte iraquí y que el Reino Unido respetó dicha orden como una solicitud de Iraq como un Estado soberano ejerciendo autoridad sobre sus propios nacionales. Además sostuvieron que aunque los solicitantes se encontrasen bajo la jurisdicción del Reino Unido, el contenido de sus obligaciones bajo la Convención Europea deben pesarse también por sus obligaciones bajo el derecho internacional, las cuales indican que su obligación es transferir a los solicitantes al Alto Tribunal iraquí. Más aún indicaban que la evidencia presentada por los solicitantes no establecía que su transferencia al Alto Tribunal iraquí originaría una violación a la Convención Europea de Derechos Humanos, así

²⁸ Específicamente estaría en contra de los artículos 2º, 3º y 6º de la convención europea de derechos humanos y el artículo 1º del protocolo nº13. Dichos artículos disponen lo siguiente:

Artículo 2º: El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a. en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b. para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c. para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Artículo 3º: Prohibición de la tortura

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 6º: Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a. a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b. a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c. a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- d. a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e. a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

tampoco habría una violación al derecho internacional o a cualquier expectativa surgida de la política del gobierno de su majestad la Reina en relación con la sentencia de muerte.

Fue la decisión de la corte que desde que los solicitantes se encontraban ya en manos de las cortes Iraquíes y de que su continua detención en una cárcel británica solo se debió a las órdenes y solicitudes de la corte Iraquí, el tribunal en cuestión no creyó que existiera una obligación del Reino Unido de llevar a los solicitantes a territorio británico para ser juzgados o que lo antes mencionado sea un deber del Reino Unido en respeto a lo dispuesto en convenciones internacionales suscritas por el Reino Unido. Más allá, se consideró por el tribunal británico una verdadera transgresión al respeto de la soberanía de un Estado extranjero el negarse a la solicitud de traslado de los solicitantes al alto tribunal iraquí.

En cuanto a las alegaciones de parte de los solicitantes de que serían víctimas de un indebido proceso y de torturas, el tribunal británico determinó que las pruebas presentadas al respecto no llegaban a establecer que los solicitantes enfrentaran un juicio injusto en la base de evidencia obtenida por tortura.

Un último asunto a considerar por el tribunal británico fue el de la posibilidad de que los solicitantes al ser trasladados a custodia iraquí, eventualmente fueren condenados a pena de muerte, a razón de que la ley iraquí admite la pena de muerte. El tribunal británico consideró de que a pesar de que la pena de muerte puede ser rechazada por el derecho interno del Reino Unido, bajo ningún punto es contraria al derecho internacional, entonces el riesgo de que los solicitantes al ser trasladados sean condenados a pena de muerte no es argumento suficiente para detener su traslado a custodia iraquí.

Por los argumentos antes dados se considero que era acorde a derecho el traslado de los solicitantes a custodia iraquí.

Ante la negativa de los tribunales británicos los solicitantes presentaron una demanda contra el Reino Unido ante la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual en vista del riesgo vital que corrían indico al Reino Unido que no continuasen el traslado de los solicitantes a una cárcel iraquí.

A pesar de ello, el Reino Unido realizó el traslado, resultando finalmente en la condena a muerte de ambos solicitantes.

b. (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defense²⁹.

Los solicitantes en este caso eran parientes de múltiples civiles iraquíes quienes habían fallecido a causa de una movilización de fuerzas británicas durante el período de ocupación de Iraq anterior a la ascensión al poder del gobierno interino.

El hijo de Baha Mousa, uno de los solicitantes, fue arrestado por fuerzas británicas y resultó fallecido por las golpizas que sufrió de manos de soldados británicos mientras estuvo detenido. De todos los solicitantes sólo el caso de Baha Mousa fue encontrado dentro de la jurisdicción del Reino Unido para los propósitos del artículo 1º de la Convención Europea de Derechos Humanos. La decisión de la corte divisional fue que Mousa falleció encontrándose bajo la custodia de una base militar británica. Mousa en efecto estuvo detenido en una institución de detención temporal en un hotel parcialmente destruido que había sido requisado por las fuerzas británicas.

Uno de los argumentos presentados por la Secretaría de Defensa fue el de que la prisión militar británica operaba bajo el consentimiento de las autoridades soberanas de Iraq, este argumento fue rechazado ya que en el momento de la muerte de Mousa, Iraq estaba bajo ocupación y no tenía autoridades soberanas propias.

Finalmente se falló que Mousa se encontraba amparado por el artículo 1º de la Convención Europea de Derechos Humanos, en cuanto falleció en un establecimiento militar británico, por lo tanto, correspondía el ejercicio de jurisdicción por parte de un tribunal británico respecto al caso presentado por su padre.

²⁹ (Al-Skeini) v. Secretary of State for defense. Disponible en www.parliament.the-stationery-office.co.uk

c. (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defense.

El 12 de diciembre la *House of Lords* se pronunció sobre el caso *(Al-Jedda) v. Secretary of State for defense*³⁰. El apelante Al-Jedda, quien era nacional tanto del Reino Unido como de Iraq, fue puesto en custodia de tropas británicas en un centro de detención en Iraq.

Al-Jedda alegó violación de sus derechos fundamentales, en concreto la violación al artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre derecho a la libertad y a la seguridad. El 12 de septiembre de 2004 Al-Jedda fue detenido por fuerzas del Reino Unido en Iraq y al año 2009 aún permanecía detenido sin cargos y sin la perspectiva de ser juzgado ante un tribunal de acuerdo con el derecho. El argumento del Reino Unido para retener a Al-Jedda fue el de las razones imperativas de seguridad en Iraq, dado que el sujeto en cuestión era sospechoso de varios delitos de terrorismo.

En cuanto a la acusación de que se estaría violentando el artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Secretario de Estado alegó que el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas prevalecía sobre el Artículo 5.1 de la convención europea. El gobierno del Reino Unido sostuvo que, sobre la base del artículo 103 y el artículo 25 de la carta de las Naciones Unidas se afectaba directamente la legalidad de la detención, convirtiéndola en una detención que no violaba el artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, es decir que las normas de la Carta de Naciones Unidas y las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas prevalecían sobre el artículo 5.1 de la Convención Europea. Al-Jedda, en cambio, planteó que las resoluciones en cuestión como máximo autorizaban al Reino Unido a proceder a su detención, pero en ningún caso obligaban a llevarla a cabo. La Corte Europea de Derechos Humanos decidió que el Reino Unido podía legalmente, por razones imperativas de seguridad ejercer el poder de detener a una persona, pero debía asegurar que los derechos de los detenidos bajo el artículo 5.1 de la convención fueran respetados.

³⁰ (Al-Jedda) v. Secretary of State for defense. Disponible en www.publications.parliament.uk

Otro punto a considerar era el definir el derecho aplicable al caso en cuestión. La Corte Europea en este punto falló a favor del Reino Unido, considerando que el derecho inglés no era aplicable al caso, la reclamación debía hacerse sobre la base del derecho iraquí.

En virtud de las conclusiones a las que llegó la Corte fue desestimada la reclamación de Al-Jedda.

De los casos antes analizados se llega a la conclusión que para que se configure la jurisdicción basada en el elemento territorio, no sólo es necesario que el hecho delictivo haya sido cometido en el territorio del Estado en cuestión, sino que también debe tener un control efectivo sobre dicho territorio.

De lo analizado hasta ahora se puede, por lo menos, entrever que el concepto de territorio es más que la simple delimitación geográfica donde un Estado se asienta, a la hora de definir el ejercicio de jurisdicción sobre un caso determinado, el concepto de territorio se vuelva más funcional que espacial. Ya sabemos que si bien un hecho puede ocurrir en el territorio de un Estado en particular, éste puede encontrarse limitado en el ejercicio de sus potestades, hasta el punto de encontrarse el control efectivo del territorio en manos de un Estado ocupante.

Sin embargo faltan otras situaciones que analizar antes de llegar a una conclusión sobre el punto antes expuesto, como la aplicación de la territorialidad a personas.

III. Aplicación del principio de territorialidad a personas.

La jurisdicción basada en el principio de territorialidad, se extiende sobre las personas que se encuentran en el Estado donde el crimen o simple delito ha sido cometido. Así también si el hecho delictivo ha sido cometido por ciudadanos extranjeros, y éstos aún se encuentran en el territorio del Estado, es posible ejercer jurisdicción basado en el principio de la territorialidad de la jurisdicción³¹.

³¹ Código de Procedimiento Penal de la República de Chile *op.cit.* en n. 4 y 5.

Nuestra legislación como se ha mencionado con anterioridad, dispone la aplicación del principio de territorialidad de jurisdicción sobre chilenos y extranjeros, siempre y cuando el crimen o simple delito haya sido cometido en el territorio del Estado chileno.

Tomando nuestra propia legislación como ejemplo, se puede entender que se extiende sobre nacionales del Estado, como así también sobre nacionales de un Estado extranjero que hayan participado en ofensas cometidas en el territorio de dicho Estado, siendo irrelevante el que su presencia en el Estado en cuestión sea sólo transitoria.

Un ejemplo de que la transitoriedad de la estadía del criminal no es determinante a la hora de ejercer jurisdicción son los casos de la llamada operación Cóndor.

La Operación Cóndor.

La llamada operación cóndor, ha sido descrita como un programa de inteligencia y coordinación entre servicios de seguridad militar de las dictaduras militares del cono sur de América³² en la década de 1970³³. El propósito de dicho programa era el de localizar y eliminar, en el territorio de esos países, a sospechosos de terrorismo o exiliados políticos que resultaban molestos para sus respectivos regímenes³⁴.

Resulta entonces que los organismos de inteligencia de los países del cono sur se confabularon, a fin de eliminar aquellas personas que representaren una amenaza a sus regímenes, sin embargo, en la ejecución de los atentados participaron agentes de todos los países de la operación.

Para lo que es la realidad judicial de nuestro país, los casos que resultan más relevantes son el caso Prats y el caso Letelier, es por ello que a continuación se hará una reseña de cada uno de ellos.

³² Argentina, Bolivia, Paraguay, Chile y Uruguay.

³³ Wikipedia, *Operación Condór*. Disponible en es.wikipedia.org.

³⁴ *Supra.* p. 19.

a. Caso Prats.

El general Carlos Prats González, ex vicepresidente de Chile y ministro de Estado en el gobierno de Salvador Allende, y su esposa Sofía Cuthbert fueron víctimas de un atentado a las afueras de su casa de Argentina, el cual les costó la vida³⁵.

Es así como, con fecha 10 de septiembre del año 1974 Michel Townley – ciudadano norteamericano agente civil de la dirección de inteligencia nacional³⁶- ingresó a Argentina bajo el pasaporte falso a nombre de Kenneth Enyart, regresando a Chile el 1º de octubre del año 1974. El atentado que quitó la vida Carlos Prats fue perpetrado la noche del 30 de septiembre del año 1974 en Buenos Aires³⁷.

b. Caso Letelier.

Ante un panorama similar nos encontramos en el caso Letelier, el cual fue perpetrado el 21 de septiembre del año 1978, en la ciudad de Washington D.C, Estados Unidos, donde Orlando Letelier se desempeñaba como embajador de la Naciones Unidas en Estados Unidos.

Orlando Letelier fue ministro de relaciones exteriores y de defensa nacional bajo el gobierno del presidente Salvador Allende. Con fecha 11 de septiembre del año 1973, fue tomado prisionero. Orlando Letelier permaneció en un campo de concentración de la isla Dawson hasta el mes de mayo de 1974, luego fue llevado a la ciudad de Santiago donde fue sometido a una serie de interrogaciones hasta el día 20 de junio del año 1974, fecha en la cual fue trasladado al campo de concentración de Ritoque.

Finalmente el 9 de septiembre del año 1974 fue entregado a las autoridades del gobierno venezolano y expulsado de Chile³⁸. Encontrándose en el extranjero Orlando Letelier continuó su crítica al régimen vigente en Chile, haciendo diversas conferencias donde exponía todas las

³⁵CUYAS, I: *La Operación Condor El Terrorismo De Estado De Alcance Transnacional*. Disponible www.derechos.org/vii/1/cuyas.html

³⁶ En adelante DINA.

³⁷ Carrio, *op.cit.* en pie n.16 pp. 24.

³⁸ Testimonio de Orlando Letelier ante la Comisión Internacional de la junta investigadora de los crímenes de la Junta Militar en Chile. Disponible en www.memoriaviva.com/testimonios/orlando%20letelier.htm

vejaciones y torturas de las que fue víctima y observador, fue por ello que dentro de los objetivos de la operación cóndor estaba el atentar contra su vida.

Así fue como en septiembre de 1978 fue enviado Michel Townley bajo la misma identidad falsa de Kenneth Enyart a los Estados Unidos. El fin de dicho viaje era que Michael Townley se encargara de preparar el atentado contra Orlando Letelier³⁹.

El 21 de septiembre de 1978 Orlando Letelier fue asesinado, por la detonación de una bomba ubicada bajo del asiento del conductor. El atentado fue planificado y perpetrado por Michael Townley y por un grupo anticastrista denominado movimiento nacional cubano⁴⁰.

En el procedimiento criminal seguido en el caso Letelier se tomaron detenidas a 6 personas. Entre los detenidos se encontraba un oficial en retiro del ejército chileno, Armando Fernández Larios y un ex agente de la CIA y miembro de la DINA Michael Townley⁴¹.

El tribunal estadounidense basó su jurisdicción en el hecho de haber ocurrido el atentado en el territorio de los Estados Unidos, el proceso criminal seguido en contra de ciudadanos chilenos, cubanos y norteamericanos se fundamentó en la propia legislación interna estadounidense, la *Foreign Immunity Act* de 1960⁴², lo anterior en virtud de que en materia criminal es la aparente actitud de los Estados, el someter a todas las personas y cosas que se encuentran dentro de un territorio a la autoridad territorial de dicho Estado.

Los casos antes expuestos⁴³, al ser parte de la operación cóndor, fueron planificados y ejecutados siguiendo un mismo *modus operandi*. Es así como tanto la planificación como ejecución de los atentados estaba a cargo de agentes activos de la DINA.

Tanto el caso Prats como Letelier⁴⁴, la ejecución de los atentados estuvo a cargo de ciudadanos extranjeros, cuyo único propósito en el país era el de cometer dichos crímenes, y una vez

³⁹ Caso Letelier, Discusión Inmunidad de Ejecución. United States District Court for the Southern District of New York. Disponible en www.lexis-nexis.com.

⁴⁰ US. V Sampol. United States . Disponible en www.lexis-nexis.com.

⁴¹ Cavalla, A. *Asesinato en Washington. ¿E.E.U.U. contra Pinochet?*. Disponible en www.monografias.com/trabajos5/asewas.shtml

⁴² *Foreign Immunity Act* de 1960. Disponible en www.law.berkeley.edu

⁴³ Dinges, J., S. Landau: *Caso Letelier, el crimen que estremeció al mundo*. (Santiago, Sociedad Editora Revista Ercilla Ltda. Año 2001) Pp. 45 a 47.

⁴⁴ Hippler, J: *International decision: Chile-Criminal prosecution of officials of secret service for assassination of former ambassador to United States*. Disponible en www.lexis-nexis.com.

perpetrados se retiraban del país en cuestión. Finalmente el ejercicio de jurisdicción se basó en el elemento territorial.

IV. Reconocimiento internacional de la Territorialidad jurisdicción criminal.

La territorialidad de la jurisdicción criminal es un principio de general reconocimiento en el ámbito internacional⁴⁵. Este principio establece que la jurisdicción sobre acciones u omisiones de carácter criminal, la tienen los Estados en cuyo territorio dicho crimen fue llevado a cabo.

Este reconocimiento encontraría justificación en diversas razones, una de ellas es de la oportunidad procesal. Es un hecho que resulta mucho más accesible la realización de detenciones, interrogaciones y posibles ejecuciones de lo juzgado, cuando el imputado se encuentra en el territorio del Estado que intenta ejercer jurisdicción. La territorialidad de la jurisdicción criminal, entonces estaría haciendo efectiva la garantía del debido proceso.

Sin embargo, la aplicación del principio de la territorialidad de la jurisdicción criminal no resulta tan simple en la realidad. Podemos entonces encontrarnos ante temas conflictivos como el caso de jurisdicciones concurrentes⁴⁶.

El conflicto de jurisdicciones concurrentes es aquel en que más de un Estado se arroga jurisdicción para conocer del asunto, teniendo diversas bases de jurisdicción en vista, lo que produce una verdadera coalición de jurisdicciones, conflicto que debe ser resuelto considerando qué base es la que primaria.

La práctica de los Estados determina que enfrentados a un conflicto de jurisdicción primaria el principio de la territorialidad de la jurisdicción criminal⁴⁷. Pero como se verá en el desarrollo de ese trabajo, ésta no es una regla absoluta.

⁴⁵ Ian Brownlie. *op.cit.* en n.12. pp.

⁴⁶ Jurisdicciones concurrentes: por esto se entiende el caso de que las jurisdicciones de dos Estados basadas en distintos principios de ejercicio de jurisdicción colisionan

⁴⁷ REDRESS, "Challenging impunity for torture". P. 53.

Sobre la territorialidad de la jurisdicción criminal indica, que sólo se sujeta a que el acto u omisión ocurra dentro de su jurisdicción territorial.

1. Práctica de los tribunales nacionales, relativas a la territorialidad de la jurisdicción criminal.

a. Jurisdicción criminal territorial el derecho de Inglaterra y Gales.

La territorialidad de la jurisdicción criminal es para las cortes de Inglaterra y Gales una regla general. Podrá un tribunal británico ejercer jurisdicción basado en el elemento territorio, en aquellos casos en que los crímenes o simples delitos hayan sido cometidos por personas dentro de su territorio⁴⁸.

Para el derecho ingles y gales la jurisdicción de sus tribunales se configura al cometerse el delito en su territorio.

Es un tema independiente el determinar los motivos por los cuales el criminal se encuentra en su territorio, lo que determina el ejercicio de su jurisdicción es lo que expresa el artículo 5 de la *criminal justice act* y el artículo 14 de la convención contra la tortura⁴⁹. Estos artículos disponen lo siguiente:

Articulo 5 de la *criminal justice act*.

Conspiración para cometer ofensas fuera del Reino Unido

5. Inglaterra y Gales.

1 A

(1) Donde cada una de las condiciones son satisfechas en el caso de un acuerdo, esta parte de esta acta tiene efecto en relación con el acuerdo como también tiene efecto en relación al acuerdo que cae dentro de la 1(1)

(2) La primera condición es que el seguir el curso de conducta acordado involucrara en alguna etapa:

(a) Un acto por una o más de las partes.

(b) El acontecimiento de algún otro evento realizado con la intención de que tenga lugar en un país o territorio fuera del Reino Unido.

⁴⁸ *Supra*.

⁴⁹ Redress. *Comments to the United Kingdom forth periodic report to the committee against torture*. Disponible en www.redress.org

(3) *La segunda condición es que ese acto o ese otro evento constituya una ofensa bajo el derecho vigente en ese país o territorio.*

(4) *La tercera condición es que el acuerdo caería dentro de la sección 1(1) como un acuerdo relativo a la perpetración de una ofensa pero por el hecho de que dicha ofensa no sería una ofensa juzgable en Inglaterra y Gales si se cometiera en acuerdo con las intenciones de las partes.*

(5) *La cuarta condición es de que*

(a) *Una parte del acuerdo, o un agente de la parte hiciera cualquier cosa en Inglaterra y Gales en búsqueda del logro de lo acordado.*

(b) *Una parte del acuerdo se vuelva parte de Inglaterra o de Gales, uniéndose ya sea a persona o a través de un agente, o*

(c) *Una parte del acuerdo, o un agente de parte, hizo u omitió hacer algo en Inglaterra o Gales en búsqueda del logro de lo acordado.*

(6) *En la aplicación de esta parte de esta acta un acuerdo en el caso en el cual cada una de las condiciones antes mencionadas, la referencia a una ofensa, debe entenderse como una referencia a lo que sería la ofensa en cuestión pero por el hecho de que no es una ofensa juzgable en Inglaterra o Gales.*

(7) *Conducta castigable bajo el derecho vigente en cualquier país o territorio es una ofensa bajo esa ley para el propósito de esta sección, como sea que se le describa en dicha ley.*

...

(12) *en cualquier procedimiento con respecto a una ofensa juzgable en virtud de esta sección, es inmaterial a la culpa el si el acusado es o no ciudadano británico en el momento de cualquier acto o de otro evento que sea suficiente prueba para castigarlo por dicha ofensa⁵⁰.*

⁵⁰ Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998. Disponible en www.hmso.gov.uk

Artículo 14 de la Convención Contra la Tortura.

Todo Estado parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En el caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización⁵¹.

b. Jurisdicción criminal territorial en el derecho español.

El derecho español establece, en el libro primero, título primero, artículo 23.1 de la ley orgánica del poder judicial conjuntamente con el artículo 8.1 del código civil la territorialidad de su legislación criminal⁵².

c. Comparación sistema español y británico.

Las legislaciones de los Estados que antes se han mencionado son representativos de dos modelos de ejercicio de jurisdicción territorial, el de *common law* y el continental. En ambos su legislación contempla la posibilidad de ejercicio de jurisdicción basada en el elemento territorio.

La legislación de Inglaterra y Gales, tal como se estudio, sujeta el ejercicio de jurisdicción a que el hecho delictivo se haya cometido en su territorio, lo anterior independiente de la nacionalidad de quien ha cometido el delito. Así la base de jurisdicción territorial criminal prima sobre la de la nacionalidad de los ofensores⁵³.

La jurisdicción territorial de Inglaterra y de Gales se ejerce, independiente de que el delincuente se encuentre fuera de él, ya que la parte I de la *criminal justice act* de 1988 posibilita la solicitud de extradición de la persona acusada que se encuentre en territorio extranjero⁵⁴.

⁵¹ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Disponible en pdhre.org/conventionsum

⁵² Luc Reydamns, *op.cit* en pie n.10 p. 22.

⁵³ Sennings. *op.cit.* en n.2. pp. 458 a 465

⁵⁴ Criminal Justice Act de 1988. Disponible en www.england-legislation.hms.o.gov.uk.

Entonces se considera que el ámbito de la jurisdicción criminal británica está determinado por el territorio en donde se cometió la ofensa y no por la nacionalidad de los ofensores. La situación es la misma en un caso inverso.

La legislación española, debido a una reciente modificación legislativa sujeta el ejercicio de su jurisdicción a que se acredite que los presuntos culpables se encuentren en su territorio o tengan algún vínculo de conexión relevante con España⁵⁵.

d. Criterio de definición de jurisdicción en el derecho chileno.

Los tribunales chilenos al conocer de un tema que involucre un elemento internacional, primeramente distinguen si nos encontramos ante conflictos de interés privado o público. La distinción antes mencionada se realiza a fin de determinar si dicho ejercicio de jurisdicción interviene en los intereses de un Estado extranjero.

Si se está ante un conflicto de interés público, que en la legislación chilena sería el caso de delitos de acción penal pública, no sería posible el desvincularse de la jurisdicción nacional, en virtud de que el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal en su parte primera establece que *los tribunales de la República ejercen jurisdicción sobre los chilenos y sobre los extranjeros para el efecto de juzgar los delitos que se cometen en su territorio*⁵⁶. El artículo 6° del Código Penal a su vez indica que *los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley*⁵⁷.

De lo antes expuesto podemos concluir que, la perspectiva de nuestra legislación actual en materias de carácter penal y de interés público es la de establecer la jurisdicción de sus tribunales sobre los crímenes y simples delitos perpetrados en su territorio, independiente de quienes lo hayan cometido sean nacionales extranjeros. A pesar de lo antes expuesto, el artículo 37 del Código Penal dispone

⁵⁵ Brody, R: *Llanto por la jurisdicción universal*. Disponible en www.hrw.org.

⁵⁶ Código de Procedimiento Penal de la República de Chile. Artículo 1, primera parte.

⁵⁷ Código Penal de la República de Chile. Artículo 6.

una excepción a ello, permitiendo la suspensión de una acción penal pública ya iniciada, con arreglo al derecho internacional en los siguientes casos:

- 1.- *Cuando el inculpado es entregado a los tribunales de la República por la vía de la extradición y la convención diplomática ha limitado los efectos de la persecución;*
- 2.- *Cuando, entregado el procesado de un delitos, se trata de procesarlo además por otro delito diferente del que ha motivado la extradición, y*
- 3.- *Cuando el inculpado es arrestado a bordo de un buque que ha hecho arribada forzosa bajo bandera amiga o neutral.*

*En este último caso no se suspende el procedimiento iniciado contra individuos que, cubiertos con aquella bandera, se encuentren en hostilidad contra el Gobierno de la República, o que hayan sido inculcados de crímenes o simples delitos contra la seguridad exterior o interior del Estado*⁵⁸.

Ahora, distinta es la situación si nos encontramos ante un conflicto que sólo involucre intereses de carácter privado, en este caso es totalmente factible el someter su conocimiento a una jurisdicción de un Estado extranjero.

Un ejemplo de un conflicto que sólo involucre intereses de carácter privado, sería alguno que involucre una transacción de tipo comercial, entre privados que deseen litigar y no sea de aquellas materias sobre las cuales no pueden disponer. El Código Civil Chileno dispone que *podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia*⁵⁹. Así sería posible, a causa de falta de prohibición expresa en la legislación chilena, el someter asuntos que no sean de interés público a la jurisdicción de un país extranjero.

V. Carácter ante el derecho internacional de la territorialidad de la jurisdicción criminal.

Como ya se ha planteado en este trabajo, la territorialidad de la jurisdicción criminal es la base primaria de jurisdicción y por ello ante un conflicto jurisdiccional, lo primero que se debatiría sería

⁵⁸ Código de Procedimiento Penal de la República de Chile, artículo 37.

⁵⁹ Código Civil de la República de Chile. Artículo 12.

el territorio donde el crimen o simple delito ha sido llevado a cabo, quedando sentada la jurisdicción en ese instante y basado en el elemento territorio⁶⁰.

Es en esta instancia de definición donde se han presentado diversos conflictos, que han llevado a la necesidad de dar al concepto de jurisdicción territorial un sentido más amplio, de forma que pueda abarcar todas las situaciones que se presenten.

El fenómeno antes mencionado se ha hecho evidente en la práctica de los Estados y en los fallos de tanto tribunales nacionales como internacionales. Un caso que ejemplifica lo anterior es el caso Lotus⁶¹.

El día 2 de agosto de 1926 en territorio turco, el vapor francés Lotus y el turco Boz-Kourt colisionaron en alta mar⁶². En razón de dicha colisión fallecieron 8 ciudadanos turcos. A raíz de la llegada del buque francés a Estambul, los tribunales turcos intentaron iniciar un procedimiento en contra del oficial Demons, un ciudadano de nacionalidad francesa que estaba a cargo de un buque francés Lotus⁶³.

Los tribunales de Turquía fundaban su jurisdicción en el hecho de haber ocurrido la colisión en su territorio, Francia protestó de dicho ejercicio de jurisdicción ante el tribunal permanente de justicia internacional.

Ante el tribunal permanente de justicia internacional el punto a dilucidar fue si existía alguna regla de derecho internacional que prohibiera a Turquía el ejercicio de jurisdicción para conocer de hechos que habían ocurrido fuera de su territorio.

El tribunal finalmente resolvió a favor de Turquía, fundamentó su fallo en el que las consecuencias del hecho ilícito se hicieron sentir en la embarcación Turca. Se entendió entonces que la embarcación Turca era parte del territorio de Turquía.

La resolución de este caso demuestra que se admite en todos los sistemas de derecho, el carácter territorial de la jurisdicción criminal. Sin embargo, a ello agrega que casi todos los sistemas

⁶⁰ Sennings *op. cit.* en nota al pie 2. pp. 458 a 465.

⁶¹ CIJ. Caso Lotus. Disponible en www.icj-cij.org.

⁶² Caso Lotus. Disponible en www.wikipedia.org/wiki/Caso_Lotus.

⁶³ La Costumbre Internacional. Asunto del Lotus (Francia/Turquía). Disponible en www.cacheirofrias.com.ar.

extienden su jurisdicción a ofensas cometidas fuera de su territorio. Sobre esto indica Brownlie, que la práctica de los Estados demuestra que éstos no han adoptado la visión de la territorialidad de la jurisdicción criminal como principio único⁶⁴.

La Corte Permanente de Justicia a ello agregó que, la territorialidad de la jurisdicción criminal no coincide con el principio de la soberanía territorial, es decir, el extender la aplicación de la jurisdicción territorial no significaría, necesariamente, el violentar la soberanía de otro Estado.

Del análisis realizado por la corte, ésta llegó a la conclusión, de que el derecho internacional lejos de imponer una prohibición general a los Estados de extender la aplicación de su legislación y la jurisdicción de sus cortes a personas, propiedades y actos fuera de su territorio, le deja una amplia discreción a los Estados. La que sólo se ve limitada en ciertos casos por normas prohibitivas.

VI. CONCURRENCIA DE JURISDICCIONES BASADAS EN EL ELEMENTO TERRITORIAL.

La aplicación de jurisdicción territorial no es simplemente directa, ello independiente de la costumbre jurídica ante la que nos encontremos. Existe la posibilidad que nos encontremos ante casos en que los crímenes y simples delitos, ya sea por su carácter, ejecución o planificación vinculan a más de un Estado y, por lo tanto, a más de una jurisdicción.

Un ejemplo típico de los conflictos con que nos podemos encontrar es el caso de una persona que dispara un arma desde un lado de una frontera internacional y mata a una persona que se encuentra del otro lado de la frontera⁶⁵. En este caso sólo parte de la ofensa ha sido cometido en el territorio de un Estado. ¿Qué Estado tiene jurisdicción preferente?.

Ambos Estados pueden aducir tener como base de jurisdicción el principio de territorialidad y, por lo tanto, ejercer válidamente su jurisdicción.

⁶⁴ Ian Brownlie, *op. cit.* en pie n. 12 pp. 4.

⁶⁵ Sennings *op.cit* en pie n. pp.

Ver también Malcolm N. Shaw. *International Law*. p. 459. Cambridge University Press. Cuarta edición. Año 1997.

El ya mencionado caso Letelier⁶⁶, es un ejemplo de conflictos jurisdiccionales, en donde choca más de una base de ejercicio de jurisdicción, ya que el atentado a Orlando Letelier, fue planificado en Chile, llevado a cabo en territorio de Estados Unidos de Norteamérica y finalmente ejecutado por ciudadanos extranjeros, lugar donde afectó tanto a nacionales del Estado de Chile como de Estados Unidos.

Ante estos conflictos, la doctrina ha entendido que el principio de jurisdicción territorial tiene dos aplicaciones, que extienden lo que primariamente entendemos como jurisdicción territorial.

Así encontramos una aplicación objetiva y subjetiva de este principio.

1. Aplicación objetiva del principio de territorialidad.

Esta extensión del principio de territorialidad, otorga jurisdicción al Estado en cuyo territorio ha culminado la ofensa, ello aunque ésta no se ha comenzado allí⁶⁷.

Un ejemplo actual de esta aplicación lo podemos encontrar en los atentados terroristas, cometidos por extranjeros en Estados Unidos, España y el Reino Unido. Sobre esto, lo que resulta fundamental es que la jurisdicción territorial del Estado se funde en que un elemento esencial del crimen haya sido consumado en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción territorial⁶⁸.

La jurisdicción territorial objetiva ha sido aceptada y generalmente aplicada por los Estados, teniendo una controversial aplicación sobre colisiones en alta mar en el caso Lotus⁶⁹. Este caso es precisamente el más emblemático del principio de territorialidad objetiva.

Tal como ya se ha analizado en el caso Lotus nos encontramos ante una colisión en alta mar entre el vapor Francés Lotus y la embarcación Turca *Boz-Court*. El resultado de dicha colisión fue el del hundimiento de la embarcación Turca.

⁶⁶ ERCILLA. *Caso Letelier, el crimen que estremeció al mundo* (Sociedad Editora Revista Ercilla Ltda., Año 1991) págs. 45 a 47.

⁶⁷ Sennings *op.cit.* en pie n.2 pp. 459 y 460.

⁶⁸ Brownlie *op.cit.* en pie n.12. pp. 460.

⁶⁹ *Supra*.

Turquía justificaba el ejercicio de su jurisdicción, en el hecho de que, aunque Demons ocasionó el hundimiento desde su embarcación que viajaba bajo el estandarte francés. Los efectos se dejaron sentir en la embarcación turca.

Este conflicto fue presentado ante la Corte Internacional de Justicia, la corte en su sentencia reconoció el derecho de Turquía de iniciar un proceso criminal en contra del teniente Demons. Ello a razón de que no encontró norma alguna de derecho internacional que le prohibiera ejercer su jurisdicción. Esta decisión, sin embargo fue dividida, debiendo ser definida por el presidente de la Corte Internacional de Justicia⁷⁰.

2. Principio de Territorialidad Subjetiva⁷¹.

Esta ampliación del principio de territorialidad, permite a los Estados ejercer jurisdicción sobre ofensas que han comenzado en el territorio del Estado, pero que no se han completado allí.

El principio de territorialidad subjetiva le otorga al Estado la posibilidad de dictar normas que regulan la conducta de las personas, cuyos actos hayan ocurrido dentro de ese Estado⁷². Pero esta capacidad de dictar normas que regulen los conflictos de jurisdicción es más amplia de lo que podemos deducir.

La aplicación subjetiva de la territorialidad es para Rosalyn Higgins un legítimo ejercicio de jurisdicción territorial⁷³. Así los Estados pueden legislar, al respecto, no sólo de situaciones que se han comenzado en el territorio, si no de un rango de situaciones más amplio.

Esto último resulta fundamental en esta aplicación de la jurisdicción territorial, ello en cuanto, los hechos no han sido terminados en su territorio. Es así como el Estado en que sí se llevaron a cabo puede aducir el poder ejercer jurisdicción territorial objetiva, ante ello el estado en que se comenzó la ofensa, debe legislar, de manera que tenga una base legal sobre la cual sustentar su alegación.

⁷⁰ Brownlie *op. cit.* en pie n. 12. pp. 303 a 306.

Sobre el caso Lotus, también consultar:

Reydams, L: "*Universal Jurisdiction, International and Municipal legal perspectives*". (Oxford University Press). pp. 11 a 16.

⁷¹ *Supra*.

⁷² Eisenger, J: *The long arm of U.S. jurisdiction to prescribe*. (Lexington: Washington Law Review. Año 2002) pp. 1507.

⁷³ Higgins *op.cit.* en pie n. 1. pp. 56 a 77.

Entonces las normas que extienden la jurisdicción territorial, regulan situaciones que no necesariamente se refieren al territorio nacional⁷⁴.

⁷⁴ Fuentes, X: *Tendencias en el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en el derecho internacional*. (Apuntes Universidad de Chile. Derecho Internacional Público. Año 2005)

CONCLUSIONES PRIMERA PARTE.

La regla de la territorialidad es una de carácter internacional indiscutida, y se entiende como la base primaria de jurisdicción por parte de los Estados, es decir, el hecho de acontecer un ilícito en el territorio de un Estado determina la jurisdicción de sus tribunales.

A pesar de resultar el presupuesto anterior muy claro, en la práctica internacional se presentan numerosos casos donde es difícil el determinar el Estado que tiene jurisdicción basado en el elemento territorio, debido a ello el derecho internacional ha debido dictar normas que clarifiquen o determinen el Estado a quién corresponde ejercer jurisdicción basado en el elemento territorio.

Tal como ya se manifestó con anterioridad, de las legislaciones y casos analizados, se puede concluir que hoy en día el concepto de territorio ha evolucionado, ya no es un concepto simplemente material, sino que es más bien funcional. Esta evolución del concepto territorio se explica en que el fin principal del ejercicio de competencias por parte del Estado sobre su territorio consiste en velar por los intereses de la comunidad de personas asentadas en su territorio, sean éstas nacionales de dicho Estado o extranjeros. Es este interés el que ha vuelto el concepto territorio, algo más que el espacio geográfico donde se fija sedentariamente una determinada población.

Como para ejemplificar la evolución del concepto territorio, en este trabajo se estudiaron diversas situaciones donde el control de un territorio se encontraba en manos de un Estado extranjero, donde el determinar qué Estado es el que tiene el control efectivo del territorio, determina aquel que tiene la jurisdicción para conocer de los crímenes que susciten en dicho territorio.

Del análisis del derecho, jurisprudencia y doctrina nacional e internacional se puede concluir que la base primaria de jurisdicción es la territorialidad, la que tal como ya planteamos, primeramente constituye el territorio donde se asienta un determinado grupo humano, de los cuales, el Estado es responsable y por lo tanto, ejercerá distintas potestades a su respecto.

Ahora bien, puede suceder que el territorio en cuestión se encuentre ocupado por un Estado extranjero, caso en el cual, la base de la territorialidad determinará la jurisdicción de los tribunales del Estado ocupante, en el caso que sea éste el que tenga el control efectivo del territorio.

Entonces a la hora de definir la jurisdicción de un tribunal nacional, basado en el elemento territorio, primero habrá que analizar la normativa que el propio Estado ha establecido al respecto, como la legislación internacional, y finalmente habrá que estudiarse la situación en la que se encuentre el Estado que intenta ejercer jurisdicción, en el caso que este se encuentre ocupado o sea el Estado ocupante de dicho territorio.

II PARTE. Inmunidad de Estado.

Cuando se está ante casos que involucran elementos de interés internacional, un primer punto a esclarecer es el de la base de jurisdicción sobre la cual se sustentará el ejercicio de jurisdicción, luego y de forma seguida se puede pasar a analizar una segunda situación, la de las inmunidades de jurisdicción y específicamente la inmunidad Estado.

En la segunda parte de este trabajo se examina primeramente el concepto de inmunidad de Estado y el contenido actual de tal principio, para ello se analizará primeramente de forma general su concepto, abordando la forma que lo ha tratado el derecho, doctrina y jurisprudencia internacional, para luego analizar las regulaciones internas que los Estados han dictado sobre el tema de la inmunidad de Estado.

Es el objetivo principal de esta parte del trabajo el hacer un estudio de la inmunidad de Estado, y a su vez realizar un análisis de las convenciones, leyes y jurisprudencia que se exponen a continuación, a fin de tener una visión de lo que en la actualidad se entiende como inmunidad de Estado, ya que la definición de tal concepto es de fundamental importancia a la hora de presentar un caso que involucre un elemento internacional ante un tribunal nacional.

I. Inmunidad de Estado.

En derecho internacional existe el principio de la igualdad de los Estados, en virtud de este principio un Estado debe abstenerse de juzgar los actos de otro Estado.

La inmunidad de los Estados está basada en la máxima *par in parem non habet imperium*⁷⁵, dicha máxima se deriva de los principios de dignidad, independencia e igualdad entre los Estados⁷⁶. Lo que se deriva de la antedicha máxima es que existe una obligación de las cortes a declararse

⁷⁵ Sealing, K: *State Sponsor of terrorism are Entitled to Due Process too: The amended Foreign Sovereign Immunities Act is Unconstitutional.* (Washington, American University International Law Review. Año 2000). Disponible en www.lexis-nexis.com

⁷⁶Sorensen, M: *Manual de Derecho Internacional Público.* Año 1968. Págs. 412 a 437.

incompetentes para aplicar su justicia sobre gobiernos extranjeros.⁷⁷Tal vendría siendo el origen de la práctica judicial que dio origen a la inmunidad.

Dentro del concepto de inmunidad de Estado se encuentra la inmunidad diplomática⁷⁸ y la inmunidad de Estado propiamente tal, dentro de ésta última se encuentran distintos tipos de inmunidad, las que se han clasificado de tal forma debido a que su aplicación y el grado de inmunidad dependerán del cargo que el oficial de Estado tenga.

Todas las inmunidades contenidas en el concepto amplio de inmunidad de Estado⁷⁹, han debido tener una evolución histórica independiente, ya que requieren de un tratamiento especial y separado. Para Sucharitkul *en estricta teoría, cabe afirmar que todas las inmunidades jurisdiccionales tienen su origen en la norma básica de soberanía estatal*⁸⁰.

Entonces independiente de que todas las inmunidades que se mencionaron se consideran como inmunidades de Estado, se les trata de forma independiente y especial, en un informe sobre el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Inmunidades Jurisdiccionales del Estado y sus bienes, Sucharitkul para justificar la exclusión de tales inmunidades indica lo siguiente *en la práctica de los Estados podrían concederse inmunidades jurisdiccionales respecto de actividades atribuibles en última instancia a un Estado extranjero, pero que, por haberse tratado en convenciones o instrumentos internacionales o por haber seguido una evolución jurídica propia, deben excluirse del ámbito de los presentes artículos*⁸¹

Para Díez de Velasco la inmunidad del Estado hace referencia al Estado en cuanto tal como persona jurídica, al gobierno y a todos los órganos superiores de la administración. Las demás inmunidades y privilegios de que gozan el jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores, las misiones diplomáticas y demás órganos de representación del Estado en el exterior, así como las

⁷⁷Mandujano, S. (Memoria para optar al grado Derecho Uchile año 1981). Pág 6 a 9.

⁷⁸ Convención de Viena sobre Inmunidades diplomáticas. Disponible en www.oas.org

⁷⁹ Como la inmunidad de los funcionarios de un Estado, la inmunidad de Estado como persona jurídica y la inmunidad de los fuerzas armadas extranjeras.

⁸⁰ Espinoza, R. Guerrero, G: *La inmunidad de los jefes de Estado y ex jefes de Estado*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Año 2004. Pp.62

⁸¹ *Supra*.

oficinas y funcionarios consulares, se rigen por normas internacionales e internas específicas, distintas de las que regulan la inmunidad del Estado en cuanto tal⁸².

Es así como todos los tipos o clasificaciones de inmunidades que se mencionaron con anterioridad son inmunidades de Estado, sin embargo, se ha reservado tal denominación para aquellas inmunidades que no se encuentran codificadas.

II. Principios en que se sustenta la inmunidad de Estado.

La inmunidad de Estado es una regla de derecho consuetudinario que inicialmente se fundó en dos principios⁸³:

Principio de Igualdad de los Estados.

Principio de la no intervención en los asuntos internos de otro Estado.

1. Principio de Igualdad de los Estados.

Con respecto al principio de igualdad de los Estados, Sennings⁸⁴ indica que ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre otro, ya que estaría transgrediendo la máxima *par in parem non habet imperium*.

El principio de igualdad de los Estados, esbozado en el párrafo anterior está fuertemente conectado con el principio de dignidad de los Estados.

El principio de dignidad de los Estados indica que al considerarse a éstos como iguales, no podrían ser sometidos a la jurisdicción de otro, ello a razón de que ofendería la dignidad del Estado⁸⁵.

⁸² Diez de Velasco.

⁸³ Ian Brownlie *op.cit.* 12. pp. 326 a 328.

⁸⁴ Sennings, *op.cit.* en pie n.1. pp. 264 a 273.

⁸⁵ Rosalyn Higgins, *op.cit.* en pie n.1. pp. 56 a 77. Antonio Remiro Brotons postula también a la dignidad como base para la conceder la inmunidad en su libro *Derecho Internacional*, indicando lo siguiente: El origen de esta práctica judicial puede hallarse en la consideración por los tribunales estatales de que los principios de igualdad e independencia de los Estados no permiten el ejercicio de jurisdicción frente a Estados extranjeros. Menciona Brotons que tal consideración se encuentra presente en numerosos pronunciamientos judiciales del siglo XIX, citando además del asunto de *The Schooner Exchange*, a la sentencia de la *Cour de Cassation* Francesa en el asunto *Gobierno español c. Cassaux*.

Rosalyn Higgins refiriéndose al caso llamado *Parlement Belge*⁸⁶, postulo al principio de igualdad de los Estados como integrante de la visión clásica de la inmunidad, cita a Brett LJ quien expresó, refiriéndose al tema de la independencia y dignidad de los Estados, lo siguiente:

*Todo Estado debe respetar la independencia y dignidad de todo otro Estado soberano*⁸⁷.

Entendiendo el principio de igualdad de los Estados de una forma extrema, podríamos excluir toda posibilidad de que un tribunal nacional sometiera a un agente de un Estado extranjero a proceso, ya que ello implicaría una verdadera ofensa a su dignidad como soberano, la única vía posible en tal caso es la de que el Estado en cuestión se sometiera voluntariamente a los tribunales de justicia de un Estado extranjero.

2. Principio de la no intervención en los asuntos internos de otro Estado.

Basado en el hecho indiscutido de la igualdad de los Estados, un tribunal extranjero no podría ejercer jurisdicción sobre asuntos que involucren o afecten los intereses de otro Estado o de sus agentes.

El principio de la no intervención entonces vendría siendo una limitación al libre ejercicio de jurisdicción, ya que dicho ejercicio implicaría una intervención en los asuntos de otro Estado⁸⁸.

El principio de la no intervención está fuertemente conectado con el de la igualdad de los Estados y su dignidad, es así como, respetando ambos principios un tribunal debiera abstenerse de conocer los asuntos que involucren un elemento internacional.

Partiendo de la base que dos Estados son iguales en dignidad y derechos, no sería posible el que uno de ellos pudiera ejercer jurisdicción sobre causas con las que no tiene conexión alguna, ya que ese acto implicaría una intromisión en los asuntos de un Estado extranjero.

Es así como los Estados basados en diversos criterios como el de soberanía, igualdad, dignidad de los Estados, reciprocidad o de cortesía internacional han determinado el no ejercer jurisdicción

⁸⁶ Caso *Parlament Belge*.

⁸⁷ *Supra*.

⁸⁸ Ian Brownlie *Op.Cit.* en pie n.12 p. 5.

sobre asuntos que involucren los intereses de Estados extranjeros⁸⁹. Esta decisión de la comunidad internacional nos presenta una visión que favorece a la aplicación de una inmunidad absoluta.

Históricamente, los Estados gozaban de inmunidad absoluta respecto a la jurisdicción de los tribunales nacionales. Para el derecho internacional de esa época, la inmunidad absoluta no era cuestionada, por lo que se aceptaba que los Estados extranjeros no fueren sometidos al control del poder judicial de otro Estado⁹⁰.

El origen de este privilegio proviene en una primera instancia de un proceso consuetudinario, una de las primeras manifestaciones de este privilegio se encuentra en la sentencia del tribunal supremo de los Estados Unidos de Norteamérica en el asunto *The Schooner Exchange v. Mac Fadden*⁹¹.

El caso *The Schooner Exchange v. Mac Fadden* es un fallo del año 1812, y se trata de un barco que iba desde Baltimore hasta San Sebastián que en su trayecto fue interceptado por fuerzas francesas, las que por orden del emperador Napoleón se apoderaron de la embarcación, siendo posteriormente comisionado como bien perteneciente al gobierno francés. Al regresar la embarcación a territorio estadounidense, sus anteriores dueños intentaron recuperarlo ante la justicia de Estados Unidos, la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica desechó admitir la demanda a tramitación, indicando que la embarcación en cuestión era un buque de guerra de una potencia extranjera y que por lo tanto gozaba de inmunidad⁹².

Tomando a *The Schooner Exchange v. Mac Fadden* como un ejemplo de la práctica imperante a comienzos de 1800, podemos llegar a la conclusión que inicialmente imperó una teoría absoluta de la inmunidad, por lo que en ese tiempo se entendía que el respetar la inmunidad jurisdiccional de un Estado era una obligación consuetudinaria, es más en su fallo el juez Marshall expresó lo siguiente:

⁸⁹ Sucharitkul, S: *Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes*. Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. Disponible en www.geocities.com/enriquearamburu/ETE/InformeCDI.html

⁹⁰ González, J. L. Sánchez. M. Saens: *Materiales de Prácticas de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos. Primera edición. Año 2002.

⁹¹ Brotóns, A: *Derecho Internacional*. (Madrid. Macgrow hill, Año1997). Págs. 793 a 822.

⁹² Barrientos, L: *Derecho Internacional sobre Inmunidad del Estado en material civil y penal*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile 2006, citando a *Exchange v. McFaddon*, 1812, en Bellot Hugh H.L., *Pitt Cobbett's Leading Cases on International Law*, vol. I:Peace, Forth Edition, Sweet and Maxwell, London, 1922, p. 261-265.

Esta perfecta igualdad y absoluta independencia de los soberanos, y ese interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, han dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de las naciones⁹³.

Si se considera a los Estados como soberanos y capaces de ejercer jurisdicción sobre todos los habitantes que se encuentren en su territorio, y teniendo en cuenta el principio de no intervención se concluye entonces, que la única razón por la cual un Estado no ejercería su jurisdicción sería la existencia de una regla que expresamente establezca la obligación de abstenerse de ejercer la potestad de la cual están investidos⁹⁴.

Ahora bien mediante transcurrió el tiempo y los gobiernos fueron cada vez más activamente participando de la actividad comercial, la doctrina de la inmunidad absoluta fue vista como una protección injusta para los negociantes que operaban bajo el amparo o control del Estado⁹⁵, fue necesario entonces entender la inmunidad de una forma distinta. La respuesta a la problemática anteriormente planteada vino de parte del *common law*, desarrollando la idea de la inmunidad restringida.

Un caso representativo del concepto de inmunidad restringida es el *Congreso del Partido*, el que fue conocido por la Cámara de los Lores.

Congreso del Partido, involucró a una agencia estatal cubana y la empresa chilena IANSA, donde la nave *Marble Islands* operada por una agencia estatal cubana, llevaba azúcar a Chile bajo contrato con Cubazucar otra agencia cubana. En el trayecto a Chile, sucedió el derrocamiento del presidente Allende, el gobierno cubano ordenó al *Marble Islands*, que aún se encontraba en alta mar, el no proceder con el viaje contratado.

⁹³ Rodolfo Espinoza citando a Juez Marshall.

⁹⁴ Conclusión caso Lotus.

⁹⁵ Luis Sánchez *op.cit.*

El caso fue presentado ante la Cámara de los Lores, la republica de Cuba alegó que no tendría responsabilidad por el cargo de azúcar en el *Marble Islands*, ya que sólo obtuvo su dominio después del lanzamiento de la carga. La Cámara de los Lores sostuvo por mayoría que la republica de Cuba no tenía inmunidad ya que el lanzamiento de la carga en Vietnam por el maestre tuvo lugar en la base del derecho privado y, por lo tanto, no atraía inmunidad⁹⁶.

Hoy el principio de igualdad y dignidad de los Estados pueden entenderse no como un impedimento absoluto para los tribunales internos para conocer de los hechos que involucren a otro Estado, si no, como parte de la razón por la que un Estado pueda conocer del asunto como soberano e igual en dignidad.

El punto a aclarar entonces, es determinar si, según la teoría de inmunidad restringida, los actos por los cuales un Estado extranjero está siendo demandado son actos *iure imperii*⁹⁷, es decir, de aquellos actos en que el Estado en cuestión ejerce, en su calidad de soberano y que son típicas de tal gestión o actos *iure gestionis*, que son aquellos actos en los que el Estado o su representante actúa dentro de la esfera de lo privado. Generalmente se entienden como actos *iure gestionis* aquellos de carácter comercial o civil que realiza el Estado extranjero.

Es el objeto de este trabajo el detectar los actuales problemas que el concepto de inmunidad de los Estados presenta, en cuanto, no es un asunto pacífico o completamente definido.

IV. Fuentes de la Inmunidad de Estado.

1. Legislación interna de los Estados.

La legislación interna de los Estados es una primera fuente de la inmunidad de Estado⁹⁸, de un análisis a la realidad legislativa de los Estados se llega a la conclusión que no muchos han dictado normas que les regulen en lo relativo a las inmunidades de Estado.

De las legislaciones internas que tratan el tema de la inmunidad de estado, destacan las siguientes:

⁹⁶ Browlie, I. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press. Oxford, Inglaterra. 2003.

⁹⁷ Paula Magistris, *op.cit.* en pie n.25. pp. 264 a 273.

⁹⁸ Gruzen, E: *The United States as a forum for human rights litigation: Is the best solution?*.2001 University of the Pacific (McGeorge School of Law..The Transnational Lawyer). Disponible en www.lexis-nexis.com pp.9 a 13

- i. *State Immunity Act* 1978. Reino Unido⁹⁹ que entro en vigor el 22 de noviembre de 1978.
- ii. *Foreign Sovereign Immunities Act* 1976¹⁰⁰. Estados Unidos de Norteamérica que entro en vigor el 19 de enero de 1977.
- iii. Decreto Ley 2349 sobre compras internacionales del Estado¹⁰¹.
- iv. Ley sobre inmunidad de los Estados de Singapur de 1979.
- v. La ordenanza sobre inmunidad de los Estados de Pakistán de 1981.
- vi. Ley sobre inmunidad de los Estados extranjeros de Australia de 1985
- vii. Ley sobre inmunidad de los Estados extranjeros de Sudáfrica de 1988
- viii. Ley sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales de Argentina de 1995.

En las leyes antes mencionadas se establecen modelos más o menos similares donde es posible demandar al Estado extranjero ante el Estado del foro, esta similitud se explica en el que la mayoría de ellas se basaron en las leyes inglesa y norteamericana.

a. Legislación chilena referente al tema de la inmunidad de Estado.

La situación de Chile referente al tema de la inmunidad de Estado se encuentra tratado sólo en dos cuerpos legislativos

- Código de Bustamante o Código Internacional Privado. Tratado interamericano de la Habana.
- Decreto Ley n°2349 de 1978 sobre contratos internacionales de carácter económico o financiero del sector público.

⁹⁹ United Kingdom State Immunity Act. 1978. Disponible en www.law.berkeley.edu

¹⁰⁰ U.S. Foreign Sovereign Immunities Act 1976. Disponible en www.law.berkeley.edu

¹⁰¹ Decreto Ley 2349. Disponible en www.bcn.cl

-Código de Bustamante.

El Código de Bustamante es un tratado internacional que fue adoptado en la Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928, siendo ratificado por Chile el 14 de julio de 1933¹⁰².

La inmunidad de Estado está tratada en el código de Bustamante en sus artículos 333, 334 y 335, utilizando la figura de la competencia, señalando lo siguiente:

Artículo 333.

Los jueces y tribunales de cada Estado contratante serán incompetentes para conocer de los asuntos civiles y mercantiles en que sean parte demandada los demás Estados contratantes o sus jefes, si se ejercita una acción personal, salvo el caso de sumisión expresa o demandas reconventionales.

Artículo 334.

...en el mismo caso y con la propia excepción, serán incompetentes cuando se ejerciten acciones reales, si el Estado contratante o su jefe han actuado en el asunto como tales y en su carácter público.

Artículo 335.

...si el Estado extranjero contratante o su jefe han actuado como particulares o personas privadas, serán competentes los jueces o tribunales para conocer de los asuntos en que se ejerciten acciones reales o mixtas, si esta competencia les corresponde conforme a este Código.

En virtud del artículo 335, los tribunales chilenos serán incompetentes en los procesos en los cuales se ejercite una acción personal y respecto a las acciones reales cuando se haya actuado en carácter público; serán competentes en cambio cuando se trate de acciones reales o mixtas, cuando se haya actuado como particular o persona privada. Es este artículo el que permite afirmar que el Estado de Chile podría acoger una doctrina restringida en materia de inmunidad¹⁰³. Sin embargo, hay que

¹⁰² Ver *Tratados de derecho internacional privado* en Calderón Vico Della Savia, Lilia María del Carmen (blog). Disponible en ar.geocities.com/doctoracalderon/derecho.htm.

¹⁰³ Barrientos, L. *Op.cit* pp. 70 a 73.

tener presente que esta interpretación no se basa en la naturaleza del acto, sino en la calidad que actúa el jefe de Estado.

El Código de Bustamante como regulación normativa de la inmunidad de Estado en Chile es por decir lo menos, insuficiente y limitado, como una primera limitación sólo vendría a regular las relaciones entre los Estados latinoamericanos partes del tratado¹⁰⁴, e incluso en estas mismas relaciones se encuentra limitado por la reserva que hizo el Estado de Chile al momento de depositar los instrumentos de ratificación señaló lo siguiente:

...Ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros¹⁰⁵

De la reserva hecha por Chile, es posible el deducir que el Estado de Chile claramente suscribe la convención, pero no se compromete a que sus normas vayan a ser necesariamente derecho en su legislación interna futura, pues su reserva le permite dictar normas que vayan en contravención de lo dispuesto por la convención¹⁰⁶

Ante tal reserva está claro que al momento de presentar un caso que involucre un elemento internacional entre Estados parte del protocolo, los tribunales chilenos no necesariamente deberán regirse por lo dispuesto por el código de Bustamante, sino que perfectamente podrá hacer primar su propia legislación interna.

Decreto Ley 2349 de 1978.

Por su parte el decreto ley 2349 de 1978 sobre contratos internacionales de carácter económico fue promulgado el 13 de octubre de 1978, consta de 11 artículos permanentes y uno transitorio.

En su publicación en Diario Oficial el Decreto Ley n°2349 fue hecha bajo la inscripción *fija normas procesales sobre inmunidad de ejecución en los contratos internacionales para el sector público, lo*

¹⁰⁴ *Ibid* Barrientos, L. p.71.

¹⁰⁵ *Convención de Derecho Internacional Privado N° 374*, suscrita por Chile el 20 de febrero de 1928, aprobada por el Congreso Nacional el 10 de mayo de 1932 y ratificada el 14 de junio de 1933, en *Código de Derecho Internacional Privado* Ed. Jurídica, décima edición, 2004.

¹⁰⁶ *Ibid.* Barrientos, L. p. 72.

*cierto es que regula muchas más materias como la sumisión al derecho extranjero, la sumisión a la jurisdicción de tribunales extranjeros, la fijación de domicilio y la designación de mandatarios especiales para los efectos del contrato.*¹⁰⁷

El Decreto Ley n°2349 establece primeramente una renuncia a la inmunidad de jurisdicción, dicha renuncia fue necesaria por el aumento de las relaciones comerciales internacionales en las que participaba el Estado. El artículo 1° del Decreto Ley 2349 declara válidas una serie de estipulaciones en los contratos internacionales del sector público. Permite por una parte, la subordinación de dichos contratos al derecho extranjero y a su vez, acepta la sumisión de los conflictos suscitados, a la jurisdicción de tribunales extranjeros¹⁰⁸.

El artículo 1 del Decreto Ley n°2349 inciso final dispone lo siguiente:

...en virtud del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero, cesará el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción, a menos de estipulación expresa en contrario.

La novedad establecida por el Decreto Ley n°2349 es que en el caso de la sumisión al derecho extranjero las partes sólo se limitan a determinar el derecho material aplicable a la relación jurídica de tal modo que si esta relación suscita litigio o controversia lo que procederá, en defecto de estipulación sobre la materia, será establecer, conforme a los principios generales del derecho internacional privado, cuál es el tribunal competente para conocer del proceso¹⁰⁹.

Lo que implica este decreto ley entonces es el que permite que en un contrato internacional, las partes contratantes pueden establecer al derecho extranjero como regidor de dicha relación contractual.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, por su parte, señala que en aquellos casos en que el Estado contrata intencionalmente con un particular, las inmunidades de jurisdicción y ejecución se hacen inaplicables, ya que se encontraría actuando dentro de su esfera privada.

¹⁰⁷ Rencoret M, J y A. Hess. *Análisis pormenorizado del D.L. 2349 de 28 de Octubre de 1978*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Año 1985.

¹⁰⁸ Hevia, D: *Contratos Internacionales del Sector Público*. Año 2009. Disponible en www.u-cursos.cl.

¹⁰⁹ Rencoret M, J y A. Hess *Op.Cit.* n°106 p. 49.

El Decreto Ley n°2349 al establecer de forma expresa la renuncia a la inmunidad de jurisdicción en los contratos internacionales, pone a ambos contratantes en igualdad de condiciones, lo que beneficia tanto a los particulares que contratan con el Estado, como al Estado mismo, que se presenta como un contratante más, que cumplirá con sus obligaciones contractuales.

En relación a la inmunidad de ejecución, el Decreto Ley n°2349 en su artículo 2° dispone lo siguiente:

Declárase que el Estado de Chile y sus organismos, instituciones o empresas, podrán renunciar a la inmunidad de ejecución en los contratos referidos en el artículo anterior.

Se puede entonces concluir que el artículo 2° autoriza al Estado y a sus diversos organismos a renunciar a la inmunidad de ejecución en los contratos internacionales.

El artículo 4° del decreto ley 2349 dispone que el sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero a que se refiere el artículo 1° requerirá de la autorización del Presidente de la república, mediante decreto del Ministerio de Hacienda.

El Decreto Ley n° 2345 regula, en sus artículo 5 y 6, ciertos casos en que la renuncia a la inmunidad de ejecución no es posible.

El artículo 9 del Decreto Ley 2349 de 1978 establece el principio de reciprocidad indicando lo siguiente:

...cualquier Estado extranjero y sus organismos, instituciones y empresas podrán impetrar en Chile la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, según el caso, en los mismos términos y con igual amplitud e idénticas excepciones como la reconociere su propia legislación a favor del Estado o de sus organismos, instituciones y empresas.

Como consecuencia de la dictación del Decreto Ley n°2349 y de la regulación internacional establecida para la contratación internacional, pareciera posible el que un tribunal nacional pudiera ejecutar las sentencias dictadas por ellos mismos, siempre que las partes contratantes expresamente hayan otorgado la facultad de conocer las controversias que se pudieren suscitar de la celebración de un contrato internacional.

Es así como en Chile la inmunidad de Estado ha sido tratada en sólo en el código de Bustamante y en el decreto ley 2349, pudiéndose encontrar en ambos cuerpos legislativos serios defectos que hacen difícil su aplicación¹¹⁰.

2. Convenciones Internacionales

No existe un documento de carácter internacional que regule el tema de la inmunidad de Estado, al menos no uno que tenga aceptación o adhesión de la comunidad internacional como un todo. Esta carencia de ordenamiento jurídico que regule de forma clara e indubitada el tema de inmunidad se debe principalmente a la forma como ésta fue concebida, es decir, el que proviene de una práctica consuetudinaria que se consagro a través de la costumbre.

Sin embargo, la inmunidad de Estado ha sido objeto de diversos intentos de codificación tanto de carácter nacional, convenciones y codificaciones internacionales¹¹¹. Los ordenamientos antes mencionados fallan en otorgar la regulación necesaria, principalmente debido a que carecen de un real poder vinculante.

Una luz de esperanza se encuentra en la adopción en el año 2004 de una normativa general y universal de las Naciones Unidas respecto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y su propiedad.

Dentro de las iniciativas que pueden señalarse como intentos de codificación de la inmunidad de Estado encontramos las siguientes:

Convención Europea sobre la inmunidad de los Estados

Proyecto Interamericano sobre la inmunidad de jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades de los Estados y sus bienes¹¹².

Proyecto del Consejo de Europa.

¹¹⁰ Para mayor abundamiento respecto a cómo se ha tratado el tema de la inmunidad de Estado en Chile, Elías Guzmán, tesis para optar al grado de licenciado de ciencias jurídicas, universidad de Chile, año 2007.

¹¹¹ Remiro, A: *Derecho Internacional*. P. 797.

¹¹² Convención sobre Inmunidad de los Estados. Disponible en untreaty.un.org

Cada una de las convenciones antes mencionadas siguen una misma metodología, donde se van listando situaciones en las que no se puede reclamar, o en la misma terminología de las convenciones, donde procede el alzamiento de inmunidad. Es posible ya en este punto el concluir que a pesar de que la regla general es el conceder la inmunidad al Estado extranjero, el hecho de crear estos listados de conductas donde la inmunidad no procede, hace en la práctica más factible el caer en situaciones de excepción, donde se alza la inmunidad.

a. Convención Europea sobre la inmunidad de los Estados.

La Convención Europea sobre la Inmunidad de los Estados fue suscrita en Basilea el 16 de mayo de 1972 por varias naciones del Consejo de Europa, junto a un protocolo adicional.

La Convención Europea establece la inmunidad como regla general, indicando una serie de excepciones a esta regla y casos ante los cuales el Estado se obliga a no invocarla.

Pueden señalarse como excepción a la inmunidad que interesa a este trabajo la establecida en el artículo 2. *La que señale un acuerdo internacional al respecto.*

Esta convención en sus artículos 24 a 26 además contempla la posibilidad de un régimen facultativo al que los Estados pueden someterse voluntariamente. Consiste en la facultad de crear al momento de la manifestación del consentimiento de obligarse, o en otro momento posterior cualquiera, lo que propicia un régimen más liberal de inmunidad, aunque con una cláusula de salvaguardia, dado que tal declaración no podrá impedir la inmunidad de jurisdicción de que gozan los Estados extranjeros por los actos desarrollados en el ejercicio de su poder público¹¹³

b. Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades de los Estados y sus bienes

Junto con la necesidad de definir el término de agresión, la inmunidad de Estado estuvo dentro de los temas que la comisión de derecho internacional debía codificar. Sin embargo, no fue hasta el

¹¹³ Lorena Barrientos. *op.cit.*p.47.

año 2004, que mediante la resolución A/RES/59/38, la asamblea general de las naciones unidas aprobó un proyecto de tratado que regula esta regla de derecho consuetudinario¹¹⁴.

El Artículo 5 del proyecto dispone lo siguiente:

Todo Estado goza, para sí y para sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado

El Artículo 11 del proyecto dispone lo siguiente:

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado.

En el trabajo de la redacción de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la comisión de derecho internacional anticipó las implicancias que trae consigo la codificación de un tema en pleno desarrollo. Una convención podría implicar un estancamiento en la discusión de la materia y podría impedir que ésta se continúe desarrollando, por ello consideró en su redacción original que la inmunidad debía regirse tanto por el texto del Proyecto como por las normas del derecho internacional general¹¹⁵. Sin embargo, dicha referencia provocó variadas reacciones, es por ello se estimo que *toda inmunidad o excepción a la inmunidad reconocida en virtud de dichos artículos no tendría ningún efecto sobre el derecho internacional general ni redundaría en perjuicios al desarrollo futuro de la práctica de los Estados, puesto que de convertirse en Convención, sólo sería aplicable respecto de los Estados que fueren partes en él*¹¹⁶.

¹¹⁴ Elías Guzmán Silva *op.cit.*

¹¹⁵ Lorena Barrientos. *op.cit.*p.57.

¹¹⁶ *Proyecto de artículo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes.*

c. Proyecto del Consejo de Europa.

El año 2005, el comité de asesores legales de derecho internacional público del consejo de Europa se reunió en Estrasburgo. En dicha reunión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa informó al Comité de Asesores Legales de derecho internacional la aceptación de la Recomendación 1602 de 2003 de la asamblea parlamentaria, sobre la lista de posibles reservas problemáticas a los tratados internacionales para combatir al terrorismo¹¹⁷.

A fin de facilitar la redacción de dichas listas problemáticas y facilitar la confección de la lista antes mencionada se ha confeccionado un proyecto que da cuenta de la práctica de los Estados europeos acerca de la inmunidad. Además se confeccionaron informes y cuestionarios acerca de la práctica de los Estados Europeos. Los resultados de esta investigación se publicaron recientemente comparándolas con la Convención de las Naciones Unidas, la Convención Europea de 1972 y los proyectos sobre la materia de otras instituciones privadas¹¹⁸.

d. Práctica de los Estados.

Si bien, la postura inicial de la mayoría de los Estados era la de respetar la aplicación absoluta de la inmunidad, con el tiempo se comenzó a necesitar una flexibilización de la norma, ya que el Estado empezó a llevar a cabo numerosos actos que antes estaban sólo reservados a los particulares. Esta flexibilización de la norma consuetudinaria fue con el tiempo evolucionando y siendo aceptada como tal por los Estados, sin embargo, el hecho de que se esté en presencia de un proceso netamente consuetudinario, donde no hay claridad de cuáles son los hechos o actos que constituyen excepción a la inmunidad de Estado ha provocado en la actualidad, un panorama poco certero, ello debido a que son numerosos los fallos contradictorios y la confusión acerca del alcance de las excepciones a la inmunidad de Estado¹¹⁹.

¹¹⁷ Consejo de Europa. Disponible en www.coe.int/cahdi

¹¹⁸ Lorena Barrientos. *op.cit.*p.56.

¹¹⁹ Referente a las inconsistencias de la jurisprudencia chilena en el tema de la inmunidad de Estado, léase Guzmán, Elias. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Año 2006. Universidad de Chile

Referente a asuntos en materia criminal, Chile ha parecido tener una postura más consistente, fallando de acuerdo a criterios de inmunidad absoluta.

Se justifica entonces la negativa de los tribunales de conocer aquellos litigios que comprometen la responsabilidad del Estado por la legítima preocupación sobre el efecto que sus decisiones puedan tener en las relaciones internacionales de Chile con otro Estado.

Esta postura aun justifica la no intervención cuando los tribunales actúen dentro de su competencia.

Un ejemplo de un caso que comprometía temas de derecho público es el caso Pinochet¹²⁰, donde el argumento principal de la defensa chilena para que se otorgara inmunidad al ex comandante en jefe de las fuerzas armadas, era su carácter de ex-mandatario, senador vitalicio y el hecho de que su estadía en el Reino Unido se basaba en una misión diplomática autorizada por el ministerio de relaciones exteriores de Chile.

Basado en lo anterior, el gobierno de Chile defendió la postura de que el ex-comandante en jefe debía de ser juzgado por tribunales chilenos, se adujo además que los crímenes de que se le acusaba habían sido ejecutados en territorio chileno, estableciéndose entonces la jurisdicción de sus tribunales.

Ante los argumentos presentados por el gobierno de Chile, se determinó que cabía a la cámara de los Lores de Inglaterra el determinar si Augusto Pinochet tenía o no el privilegio de inmunidad de Estado¹²¹.

Es así como parece que el gobierno y tribunales de Chile aplican el principio de la inmunidad de Estado, en aquellos casos que involucren temas de derecho público.

Aparte de la realidad chilena, del estudio de la jurisprudencia otros Estados, es posible ver, que ante la falta de un ordenamiento universal que indique al menos las pautas a seguir en lo relativo a la inmunidad de Estado, los tribunales internos fallan de diversa forma ante casos similares.

¹²⁰ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). Disponible en www.parliament.the-stationery-office.co.uk

¹²¹ Equipo Niskor. *Impunidad Pinochet*. Disponible en www.derechos.org.

Un caso digno de estudiar es el de Estados Unidos de Norteamérica, donde se encuentran fallos donde sus tribunales han juzgado sobre situaciones que involucran tanto agentes como intereses de Estados extranjeros. Como casos paradigmáticos al respecto, encontramos el caso Filártiga-Peña Irala¹²², caso Letelier¹²³ o incluso el proceso que se sigue contra Osama Bin Laden¹²⁴, donde los tribunales nacionales de Estados Unidos de Norteamérica en efecto ejercieron jurisdicción¹²⁵.

Caso Filartiga-Peña Irala

La particularidad del caso Filartiga-Peña Irala¹²⁶ es el que involucraba a ciudadanos paraguayos radicados en territorio de Estados Unidos, por hechos ocurridos en territorio paraguayo. Para entender el raciocinio de la corte norteamericana es necesario primeramente analizar los hechos del caso. Filártiga v. Peña-Irala trata de un crimen de tortura y posterior homicidio de Joelito Filártiga, ciudadano paraguayo, que durante la dictadura militar de Stroessner fue secuestrado y torturado hasta la muerte por Américo Norberto Peña-Irala, Inspector general de la Policía de Asunción, en represaría por las actividades políticas de su padre.

Años después de los hechos relatados, Dolly Filártiga, hermana de Joelito Filártiga buscó asilo político en los Estados Unidos. Encontrándose en Estados Unidos se enteró que Américo Norberto Peña-Irala se encontraba residiendo en dicho país.

Fue entonces que decidió presentar una demanda ante una corte distrital federal de Nueva York, solicitando una compensación económica por daños punitivos en contra de Américo Norberto Peña-Irala por la tortura y posterior asesinato de su hermano.

La solicitud presentada por Dolly Filártiga era altamente inusual, ya que pretendía ser reparada monetariamente por un acto delictivo cometido fuera del territorio de Estados Unidos y por un agente de Estado extranjero en contra de un ciudadano extranjero. Ante la dificultad de determinar

¹²² Comisión Andina de Juristas. *Comisión de la verdad*. Red de Información de Juristas. Disponible en www.cajpe.org.pe/RIJ/cverdad/

¹²³ Dinges, J: *Caso Letelier, el crimen que estremeció al mundo*, primera edición (Sociedad Editora Revista Ercilla Ltda., 1991) págs. 45 a 47.

¹²⁴ United States of America v. Usama Bin Laden. Disponible en www.usdoj.gov/usao/nys/pressreleases

¹²⁵ Recuérdese el intento de ejecución sobre los bienes de Lan Airlines, como bien del estado de Chile, debido a la condena a indemnización de perjuicios a que fue condenado por el caso Isabel Morel de Letelier v. the Republic of Chile.

¹²⁶ Comisión Andina de Juristas. *Comisión de la verdad*. Red de Información de Juristas. Disponible en www.cajpe.org.pe/RIJ/cverdad/

un elemento de conexión con la justicia norteamericana los abogados de Dolly Filártiga sustentaron su posición en una antigua norma federal, la *Alien Tort Claims Act*¹²⁷.

La ATCA fue creada a fin de proporcionar una solución a los extranjeros que hubieren sido afectados por delitos de piratería¹²⁸, ésta establece lo siguiente: las cortes distritales tendrán jurisdicción sobre cualquier demanda presentada por un extranjero pidiendo indemnización por daños cometidos en violación a la ley de las naciones o a un tratado firmado por los Estados Unidos.

El punto a probar por Dolly Filártiga era el que la tortura, así como la piratería, era un crimen contra la ley de las naciones al momento de presentar su demanda. En una primera instancia, la Corte Distrital Federal rechazó el caso por motivos jurisdiccionales.

En segunda instancia Dolly Filártiga sostuvo su posición, añadiendo evidencias y declaraciones de expertos en derecho internacional que sostenían la casi unánime prohibición contra la tortura.

En su fallo la Corte de Apelaciones indico lo siguiente:

*Una acción por una demanda civil bajo el derecho internacional, es por lo tanto, un caso que surge de la legislación de Estados Unidos, bajo el artículo III de la constitución.*¹²⁹

El artículo III de la Constitución de Estados Unidos¹³⁰ en su sección segunda dispone que:

El poder judicial se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebraren bajo su autoridad; a todos los casos que afecten a embajadores y otros ministros y cónsules públicos; a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima; a todas las controversias en que los Estados Unidos sean parte; a las controversias entre dos o más estados; entre un estado y los ciudadanos de otro estado; entre los ciudadanos de diferentes estados; entre los ciudadanos del mismo estado que reclamaren tierras en virtud

¹²⁷ De aquí en adelante ATCA.

¹²⁸ Red de Información Jurídica. Comisión de la verdad. *Casos emblemáticos sobre el principio de jurisdicción universal relacionados con información proporcionada por los Informes de las Comisiones de la Verdad en América Latina*. Disponible en www.cajpe.org.pe.

¹²⁹ Caso *Filártiga v. Peña-Irala*. Para una mayor claridad su versión original:

An action for tort under international law is therefore a case "arising under" the laws of the United States within article III of the Constitution.

¹³⁰ Constitución de Estados Unidos artículo III, parte tercera. Disponible en www.lexjuris.com/lexuscon.htm

de concesiones hechas por diversos estados, y entre un estado o sus ciudadanos y estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

Esta sección fue afectada por la Enmienda XI.

El Tribunal Supremo tendrá jurisdicción original en todos los casos que afectaren a embajadores, ministros y cónsules públicos y en aquellos en que un estado fuere parte. De todos los demás casos antes mencionados conocerá el Tribunal Supremo en apelación, tanto sobre cuestiones de derecho como de hecho, con las excepciones y bajo la reglamentación que el Congreso estableciere.

Se juzgarán ante jurado todas las causas criminales, excepto las que den lugar al procedimiento de residencia; y el juicio se celebrará en el estado en que se cometió el delito. Si no se cometiere en ningún estado, se celebrará el juicio en el sitio o en los sitios que el Congreso designare por ley.

Basado en lo dispuesto por el artículo antes mencionado, La Corte llegó a la conclusión de que la tortura en sí misma es violatoria a la ley de las naciones tal y como existía al momento de presentarse la demanda¹³¹. Con fecha 30 de junio de 1980, la Corte falló y señaló que una acción bajo el derecho internacional es un caso que surge del derecho de los Estados Unidos. Entonces según lo indicado por el artículo III de la Constitución de Estados Unidos las cortes de los Estados Unidos tenían jurisdicción sobre lo pedido¹³².

Isabel Morel de Letelier et.al. the Republic of Chile.

Tal como se reviso con anterioridad el caso Letelier trato de dos procesamientos, uno de carácter civil que buscaba reparación económica por los daños causados y un segundo proceso de carácter

¹³¹ Smith, A: Caso Filártiga v. Peña-Irala. Disponible en www.pbs.org

¹³² Comisión Andina de Juristas *op.cit.* en pie n.49 pp. 17.

criminal. En el proceso criminal se condeno en ausencia a tres agentes del Estado Chileno, Michael Townley agente activo de la Dirección de Inteligencia Nacional, Fernández Larios y Contreras. Donde en efecto se condeno al Estado de Chile debido a la negativa de entregar a Fernández Larios y Contreras.

Osama Bin Laden v. United States.

El argumento principal de Estados Unidos en el caso de Bin laden v. United States, es el que los Estados tienen el derecho a protegerse del daño que se les ocasione, dondequiera que éste sea realizado y por quien sea.

De dicho argumento se deriva que de haberse afectado la integridad física o síquica de alguno de los ciudadanos norteamericanos podría extender su jurisdicción a crímenes cometidos en el extranjero por extranjeros.

Basado en el argumento antes expuesto, Estados Unidos decidió iniciar procedimientos en contra de Osama Bin Laden. El fundamento de tal decisión fue el de la persecución que el movimiento Al-Qaeda había iniciado contra Estados Unidos¹³³, Estado que estaba señalado como representante de las naciones “infieles”. Uno de los principales fundamentos que se da para iniciar estos procedimientos es el de que existe una *conspiración para matar a los nacionales norteamericanos*¹³⁴, como así también el obstruir la defensa nacional de los Estados Unidos. Se fundamentó lo anterior en que desde 1991 hasta al menos el año 2005 Osama Bin Laden voluntaria y conscientemente ha conspirado, confabulado y acordado, el destruir material de defensa nacional. Sobre este procedimiento llama la atención, la definición de intereses de vital importancia que Estados Unidos utiliza para procesar a los miembros de Al-Qaeda. Es así que califica como daños

¹³³Estados Unidos es percibido por Al-Qaeda como un enemigo de la fe.

Entre los peligros inminentes a la seguridad de Estados Unidos, encontramos: El intento por parte de Al-Qaeda de obtener partes de bombas atómicas, como la producción de armas biológicas, ataques terroristas a embajadas Norteamericanas como a sus nacionales y funcionarios.

¹³⁴ *United States v. Bin Laden*. United States Attorney Southern District of New York. Disponible en www.usdoj.gov/usao/nys/pressreleases.

que afectan la seguridad de su país, los actos que afectan en el extranjero a sus nacionales, aunque estemos ante ataques perpetrados en contra de un grupo limitado de personas¹³⁵.

A pesar de lo anterior, ha sido la política de Estados Unidos el negarse a conceder jurisdicción a tribunales extranjeros, en cuanto se involucren sus intereses, bienes o nacionales.

Resulta claro que Estados Unidos, a pesar de haber legislado sobre la inmunidad de Estado, no ha sido uniforme en la dictación de sus fallos¹³⁶.

Tanto Chile como Estados Unidos son un ejemplo de la falta de uniformidad que presentan los tribunales nacionales a la hora de ejercer jurisdicción en casos que involucran elementos internacionales.

Es debido a la falta de una regulación de carácter universal, el que es necesario el estudio de nuestra propia legislación y jurisprudencia, a fin de definir nuestra posición en el tema de la inmunidad de Estado.

III. Conflictos que actualmente presenta la Inmunidad de los Estados.

El concepto de inmunidad de estado actualmente presenta diversos problemas los cuales pasaremos a analizar:

1. El problema de determinar un criterio de calificación de los actos del estado extranjero.

Distinción entre acto iure imperii o iure gestionis.

En la actualidad existe una clara tendencia en la práctica de los tribunales internacionales que se aleja de la doctrina de la inmunidad absoluta hacia la inmunidad restrictiva. Pero como ya se ha indicado tal no es una tendencia dispuesta por el derecho internacional público.

Tal como se manifestó con anterioridad, no existe normativa internacional alguna que imponga a los tribunales internos la aplicación de la teoría restrictiva - salvo quizás la convención Europea

¹³⁵ Es así que como primer punto en el procesamiento de Osama Bin Laden, se indica como cargo la conspiración para matar nacionales de los Estados Unidos.

¹³⁶ Martin, M. *The first anual latcrit summer colloquium: Spain, the Americas and Latino/as international and comparative law in triangular perspective: IV International Relations: Spain and Latin America: Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales.* (University of Miami International and Comparative Law Review). Disponible en www.lexis-nexis.com

sobre inmunidad de Estado de 1972¹³⁷ y el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional¹³⁸ -, así como tampoco encontramos consagrado en norma alguna de derecho internacional que prohíba la inmunidad absoluta de jurisdicción de un Estado extranjero¹³⁹, ello permite que aún hoy los tribunales puedan negarse a conocer de las causas por el hecho de comprometer la responsabilidad de otro Estado¹⁴⁰.

Concordando con lo planteado sobre la dificultad de definición Antonio Remiro Brotons incluso va más allá e indica que de la observación de la práctica judicial de los Estados se obtienen básicamente dos modalidades de aplicación de la doctrina de la inmunidad de los Estados¹⁴¹, dichas modalidades son las siguientes:

a. Un Estado puede actuar en calidad de persona pública o de persona privada.

Esta modalidad de aplicación de la inmunidad de Estado deja a la subjetiva estimación del juez el determinar la calidad en que un agente de Estado ha actuado al cometer un crimen. El juez del tribunal nacional debe definir entonces, ante variados casos que se le puedan presentar, si debe juzgar a una persona como nacional de un Estado extranjero o como agente del Estado en cuestión.

Esta parece ser una vía peligrosa, ya que permite la exclusión de responsabilidad de un Estado por los actos de sus agentes, sería como una vía expiatoria.

¹³⁷ Rosalyn Higgins, *op. cit* en pie n. 1. pp. 80 y 81. La Convención Europea sobre Inmunidad de Estado de 1972, este es un tratado regional, que se guía por el principio de inmunidad restrictiva, sin embargo, esta convención no podría decirse que sea un instrumento que regule el tema de la inmunidad de Estado, en cuanto ha recibido muy pocas ratificaciones.

¹³⁸ Anuario de la comisión de derecho internacional. *Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*. Año 1991. pp. 12 a 67.

¹³⁹ Antonio Brotons.*op.cit* en pie n.271 pp. 793 a 822.

¹⁴⁰ Carrasco, L: *Jurisprudencia en el campo del derecho internacional entre los años 1979- 1995*. (Tesis UChile año 2000). Págs. 87 a 101 Hablando del considerando 48 letra C) del fallo "Abraham Senerman con República de Cuba y tercero", sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de agosto 1987, declara:

"La doctrina y jurisprudencia chilenas han sido categóricas y uniformes para respaldar la teoría de la inmunidad jurisdiccional absoluta de los Estados extranjeros..."

Para mayor información sobre la anterior jurisprudencia ver R.D.J. Volumen 84, segunda parte, sección II, pág. 68.

En esta misma línea de pensamiento Rosalyn Higgins, en el texto "*Problems and Process, International Law and how we use it*" OUP. 1994, plantea lo siguiente:

"Latinoamérica se mantiene firmemente opuesto a la teoría restrictiva", indicando en la nota al pie 11 que una excelente investigación de la práctica puede ser deducida de un reporte especial a la ILC(The internacional Law Comisión). Ello a pesar de que la misma autora plantea que la doctrina de la inmunidad absoluta crecientemente se volvió un fenómeno inapropiado para los requerimientos del mundo contemporáneo y a las nociones de estabilidad, justicia y equidad presentes en el mercado.

¹⁴¹ Antonio Brotons, *op.cit* en pie n.271. pp..801 a 803.

Aun más peligroso resulta el que esta posición se presta para tener una jurisprudencia no uniforme, ya que dependerá del conocimiento del caso a caso por cada juez. Esta inestabilidad no se condice con las necesidades de la realidad del derecho internacional hoy.

Además resulta muy difícil el distinguir claramente cuando nos encontramos ante actos en que el Estado actúa como persona pública o persona privada, ello en cuanto un Estado difícilmente actúa encasillado en lo privado o en lo público, dichas categorías de actuación tienden a sobreponerse, mezclarse de manera tal, que complica el dejar la determinación de levantar o conceder la inmunidad a un Estado extranjero.

b. Dentro de la segunda modalidad se distingue entre dos categorías de actos del Estado, los actos *iure imperii* y los actos *iure gestionis*.

Precisamente esta categoría es la de más generalizado uso, la distinción entre actos *iure imperii* (actos soberanos) y los actos *iure gestionis* (actividades comerciales de un Estado) del Estado extranjero¹⁴².

Es en el distinguir donde se vuelve a caer en la problemática que hemos analizado, Antonio Remiro Brotons indica que la distinción entre actos *iure imperii* y *gestionis*, en la práctica plantea numerosas dificultades¹⁴³.

A pesar de que esta distinción presenta conflictos en su definición, en razón de que los tribunales determinan su jurisdicción de acuerdo a la teoría restrictiva, es la de mayor utilización en los casos en que se presente el tema de la inmunidad de Estado.

Entendiendo que la práctica general de los Estados es la aplicación de la teoría restrictiva, debemos ahora enfocarnos en el problema de cómo puede uno distinguir entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*¹⁴⁴. Rosalyn Higgins plantea que aunque se acepte la distinción entre acto *iure imperii* y

¹⁴²Sergio Mandujano, pp. 9 a 11.

¹⁴³ Brotóns, R.: Derecho internacional. (editorial Tirant Lo Blanch).

¹⁴⁴ Rosalyn Higgins, *Op.Cit.* P.82.

iure gestionis, no siempre se hace evidente en qué categoría una transacción específica recaería, éste problema se presenta debido a que no existe una delimitación clara¹⁴⁵.

EL hecho de que el distinguir entre actos *iure imperii* y *iure gestionis* sea algo complejo y de difícil determinación, se ve ejemplificado en fallos como *Letelier*¹⁴⁶. En *Isabel Morel de Letelier v. the Republic of Chile* se consideró el conceder inmunidad únicamente a aquellos restringidos casos en los cuales los actos del Estado extranjero fueran de naturaleza pública o soberana (*iure imperii*) y el no concederla cuando dichos actos fueran simplemente privados o comerciales era una distinción que resultaba en *numerosas ocasiones más fácil de proclamar que de aplicar*¹⁴⁷.

En el caso del atentado que le costó la vida a Orlando Letelier¹⁴⁸ en Washington se hizo un amplio análisis de qué actos constituían actos *iure imperii* y cuáles eran *iure gestionis*, llegando a la conclusión que muchas veces tal distinción se hacía más bien en virtud de consideraciones diplomáticas que en consideraciones estrictamente legales, llegándose incluso a plantearse que en los casos de inmunidad de Estado aquellas consideraciones no estrictamente legales provenían del ejecutivo. Este análisis lo hizo la corte haciéndose cargo de las alegaciones del gobierno de Chile, el cuál alegaba que no podía ejercerse jurisdicción sobre sus agentes de Estado, en cuanto ello sería una intromisión en asuntos de un Estado extranjero, como así también una violación a su inmunidad como Estado extranjero.

El caso *Letelier*, finalmente fue decidido no en virtud de las anteriores consideraciones, sino en que la propia ley de Estados Unidos levantaba la inmunidad en casos de responsabilidad extracontractual.

El fallo *Letelier*, sin embargo, plantea que haciendo una evaluación de los casos en que el tema de la inmunidad de los Estados se ha visto envuelto y se concluyó que no existía una interpretación uniforme.

¹⁴⁵ Sergio Mandujano *op.cit.* en nota al pie n. 273. pp. 9 a 11.

¹⁴⁶ *Isabel Morel de Letelier v. THE REPUBLIC OF CHILE*, fallo de la Corte distrital de los Estados Unidos para el distrito de Columbia, específicamente la discusión de inmunidad redactada por el juez Green. Para mayor información buscar en www.lexis-nexis.com.

¹⁴⁷ Énfasis y comillas añadidas por mí, no presentes en el texto original.

¹⁴⁸ John Dinges *op.cit.* en pie n. 289. pp. 45 a 47.

La sentencia del caso *Letelier* referente a este punto indica que, el fallo judicial que quizás ha sido más ampliamente reconocido al momento de reconocer o levantar la inmunidad de Estado es el *Victory Transport, Inc. V. Comisaria General de Abastecimientos y transportes*¹⁴⁹, en dicho caso se hizo una clasificación de que actos se considerarían como públicos.¹⁵⁰

El problema que encontramos, como antes habíamos planteado, es que si bien existe acuerdo en que la teoría a aplicar es la restrictiva, no existe un planteamiento claro de distinción entre los actos *iure imperii* y *iure gestionis*.

Esta carencia de criterios de distinción, se debe mayormente a que no ha sido una preocupación de juristas y catedráticos, el perfeccionar esta distinción de manera tal que ante un caso que comprometa la responsabilidad de un Estado extranjero no existan dudas o vacíos legales que permitan que los tribunales fallen de manera tan diversa.

La falta de una determinación clara de los actos que constituyen actos *iure imperii* y *iure gestionis*, ha sido dejado de lado en razón de que todos los esfuerzos se han centrado en enumerar categorías de conductas no inmunes, como plantea Lee Caplan¹⁵¹.

El movimiento de codificación tanto a nivel nacional como internacional ha seguido esta misma tendencia, así las legislaciones nacionales de inmunidad estatal como la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 de Estados Unidos¹⁵² y *State Immunity Act* del Reino Unido de 1978¹⁵³, la Ley número 24.488 sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados de Argentina, la convención europea sobre inmunidad de los Estados y los proyectos de codificación enumeran todos, detalladas categorías de conductas no inmunes. El resultado de tales cuerpos legales es que ha delimitado la línea entre la conducta que es inmune y lo no inmune más allá del punto que la costumbre internacional requiere. De hecho, muchos Estados tienen un rango de inmunidades mayor, que excede a lo requerido por el derecho y costumbre internacionales.

¹⁴⁹ *Victory Transport, Inc. V. Comisaria General de Abastecimientos y transportes*. Disponible en www.lexisone.com.

¹⁵⁰ La Corte clasificó como públicos los siguientes actos:

1) Los que envuelvan a la administración interna, 2) La legislación, 3) Las fuerzas armadas, 4) la actividad diplomática y 5) los préstamos públicos.

¹⁵¹ Lee Caplan. *op.cit* en pie n. 225 pp. 741 a 781.

¹⁵² U.S. *Foreign Sovereign Immunities Act* 1976. Disponible en www.lexis-nexis.com

¹⁵³ *United Kingdom State Immunity Act*. 1978. Disponible en www.law.berkeley.edu

El problema de la falta de delimitación clara entre los actos *iure imperii* y *gestionis* ha llevado a algunos fallos a prescindir de tal distinción y fallar de acuerdo a otros parámetros, como el de centrar la discusión sobre la inmunidad en sus legislaciones nacionales. Tal fue la opción que se tomó en el asunto de *Isabel Morel de Letelier v. the Republic of Chile*¹⁵⁴, caso en el que no se concedió la inmunidad al Estado de Chile, en razón de que se consideró que la inmunidad invocada por el Estado de Chile no era tal.

En el caso *Letelier* se consideró que el Estado de Chile no tendría inmunidad de Estado en este caso en particular, debido a que la indemnización de perjuicios que se buscaba por los afectados cabía entre las excepciones a la inmunidad de Estado que disponía la *Foreign Sovereign Immunities Act*.

Otro caso sobre inmunidad de Estado que fallo de forma similar y que de hecho utiliza el caso anterior como fundamento es el de *Yamaguchi v. United States*¹⁵⁵. El caso de *Yamaguchi v. United States* fue decidido por la jurisdicción de los tribunales de Japón, el asunto involucraba la responsabilidad extracontractual de los Estados Unidos por la contaminación acústica originada por el despegue y aterrizaje nocturno en la base aérea de Yokota.

El caso de *Yamaguchi v. United States* fue presentado por los vecinos civiles de la base aérea de Yokota, su solicitud fue de reparación de daños y perjuicios. En una primera instancia ante la corte distrital de Tokio, se concedió la inmunidad de Estado a Estados Unidos. En una segunda instancia ante la Corte Suprema de Tokio, se mantuvo la inmunidad pero es aquí donde la argumentación de la Corte sigue una racionalidad distinta. La segunda instancia concedió la inmunidad, pero citando un acuerdo de estatus de las fuerzas¹⁵⁶ existente entre Japón y los Estados Unidos, específicamente su artículo 18(5)¹⁵⁷.

¹⁵⁴ *Isabel Morel de Letelier v. THE REPUBLIC OF CHILE*. Discusión sobre la inmunidad. Págs. 1 a la 6.

¹⁵⁵ Colson, D: *Yamaguchi v. United States*, (AJIL 2003) pp. 406 a 411

¹⁵⁶ Para una mayor claridad en texto en inglés es el siguiente: The Japan-U.S. status-of-forces agreement (SOFA), Article 18(5).

¹⁵⁷ Artículo 18(5) de la SOFA dispone lo siguiente:

Las demandas originadas de actos u omisiones de miembros y empleados de las fuerzas de los Estados Unidos efectuados en el ejercicio de deber oficial, o de cualquier otro acto, las omisiones o los actos por los cuales las fuerzas armadas de los Estados Unidos resulten legalmente responsables, y que causando daño en Japón a terceras partes...será solucionado por Japón de acuerdo a las siguientes provisiones:

A) Las demandas deberán ser llenadas, consideradas, acordadas y adjudicadas en concordancia con las leyes y regulaciones que Japón aplica a sus propias fuerzas de defensa.

La Corte Suprema de Japón falló entonces prescindiendo de distinguir entre los actos *iure imperii* y *iure gestionis*, se indicó que se concedió la inmunidad de acuerdo al convenio existente entre ambos países, podríamos decir que estábamos ante una inmunidad convencional.

Parece entonces necesario centrar la preocupación del derecho internacional en la preparación de una regulación que trascienda a aquellas de carácter nacional. El problema actual está precisamente en que algunos países como Estados Unidos, Bélgica, España y el Reino Unido han decidido regular la materia de la inmunidad de Estado en legislaciones de carácter interno¹⁵⁸.

Las legislaciones internas sobre la inmunidad de Estado, aunque sujetan su aplicación a su territorio, afectan no sólo a sus ciudadanos, sino que también a extranjeros, imponiendo sus normativas particulares al verse enfrentadas a decidir sobre la inmunidad. Tal es un problema de importancia, a razón de que cabría cuestionarse la legitimidad de dichas legislaciones.

El determinar si es posible a un Estado el legislar sobre un tema que claramente no sólo le afecta a él en particular, sino que además afecta a los demás Estados y a sus ciudadanos.

Del hecho de que cada Estado decida auto regularse en temas de inmunidad de Estado, se concluye que de no existir un tratado o convención de carácter internacional que otorgue un marco normativo claro sobre la inmunidad de los Estados, nos encontraremos ante una situación de inseguridad jurídica. Esta inseguridad jurídica sobre la determinación de la concesión de la inmunidad puede provocar tensiones entre el tribunal nacional que aplica su propia jurisdicción basado en su normativa legal y aquel Estado a quien se le está negando la inmunidad.

B) Japón podrá llegar a acuerdo sobre cualquier demanda, el pago del monto acordado y determinado por el procedimiento se hará en yen de Japón.

Traducción del original por mí.

¹⁵⁸Infante, M: *asunto Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*(Revista Estudios Año 1984). En el análisis que hace a los puntos jurídicos de la decisión de la Corte suprema, indica en su punto primero el que este caso se decidió considerando a La Foreign Sovereign Immunity Act de 1976 como única base de jurisdicción sobre un Estado extranjero.

Para un estudio más acabado del asunto *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.* Revisar en www.lexis-nexis.com.

2. La Práctica de los Estados en materia de inmunidad de Estado no es uniforme.

Otro conflicto que presenta la inmunidad de los Estados, tal como ya se ha manifestado es de la práctica de los tribunales nacionales no es uniforme, ni siquiera hablando de los tribunales internos de un mismo Estado.

Como ya se ha indicado existe consenso internacional en que la teoría de la inmunidad restringida es la que se debe aplicar por los tribunales nacionales al conocer de casos en que se presenta el tema de la inmunidad de los Estados. A pesar de lo indicado en el párrafo anterior, los Estados no siempre se sujetan a la teoría de la inmunidad restrictiva.

La tendencia de los tribunales de los Estados latinoamericanos es la de fallar de acuerdo a la teoría absoluta, así es posible encontrar entre nuestra jurisprudencia fallos como el de *Abraham Senerman con República de Cuba y tercero*¹⁵⁹.

La sentencia de *Abraham Senerman con República de Cuba y tercero*¹⁶⁰ fue dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 18 de agosto de 1987, se refiere específicamente a una demanda de nulidad de un contrato de compraventa de un bien raíz, perteneciente a la república de Cuba, y del cual era depositario el embajador de Suecia. El embajador de Suecia solicitó la nulidad de todo lo obrado, en razón de que el gobierno de Cuba le favorecía la inmunidad de jurisdicción diplomática. Esta inmunidad favorecía al Estado de Cuba, ya que el bien raíz estaba siendo utilizado como embajada del gobierno de Cuba¹⁶¹.

El fallo de *Abraham Senerman con República de Cuba y tercero* es relativamente actual y sostiene que los actos de un Estado extranjero no pueden ser sometidos a la jurisdicción de otro Estado soberano. Sólo sería posible conocer de una causa que afecte intereses de un Estado extranjero, si éste así lo autoriza.

A pesar de que esta sentencia trata sobre inmunidad diplomática, es importante para este trabajo, puesto que dentro de sus considerandos, específicamente en el considerando 48 C) indica que la

¹⁵⁹ Orrego, F: *Inmunidades Diplomáticas y Consulares y Derechos Humanos*. En Santiago Benadava. *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*. Editorial jurídica de Chile. Santiago. Año 1992.

¹⁶⁰ Laura Carrasco. *op.cit.* en pie n. 283 pp. 99 y 100.

¹⁶¹ *Abraham con República de Cuba y tercero*. Disponible en drevistas.ucv.cl

doctrina y jurisprudencia chilenas han sido categóricas y uniformes para respaldar la teoría de la inmunidad jurisdiccional absoluta de los Estados extranjeros¹⁶².

Otro ejemplo en nuestra propia jurisprudencia es la sentencia de la Corte Suprema de *Walter Szurgelies H. y otra con Hans Ulrich Spohn*¹⁶³ de 19 de julio de 1988 que revocó la sentencia dictada el 06 de mayo de 1988 por la Corte de Apelaciones de Chillán¹⁶⁴.

En el fallo de *Walter Szurgelies H. y otra con Hans Ulrich Spohn* se aceptó un recurso de protección interpuesto por el matrimonio Szurgelies Selen contra el Primer Consejero de la Embajada de la República Federal Alemana en Chile. Este recurso fue interpuesto por el matrimonio en cuestión, ya que estimaron que el primer consejero de la embajada de la república federal alemana había lesionado el derecho a la privacidad del matrimonio recurrente, consagrado en el art. 19 N° 4 de la Constitución de 1980¹⁶⁵.

El matrimonio Szurgelies Selen, ciudadanos chileno-alemanes, interpuso un recurso de protección en contra de un diplomático de alto rango de la Embajada de la ex República Federal de Alemania en Santiago, basándose en que éste habría infringido el derecho de privacidad y honor de los demandantes durante el curso de una investigación relacionada con las actividades de Colonia Dignidad en el Sur de Chile¹⁶⁶. La colonia Dignidad se formó a principios de la década de 1960, por iniciativa de Paul Schafer como una sociedad benefactora de niños en riesgo social¹⁶⁷ en una localidad ubicada en la comuna de Parral, Provincia de Linares, Región del Maule¹⁶⁸.

En una primera instancia la Corte de Apelaciones de Chillán estimó que por la calidad de diplomático del recurrido carecía de jurisdicción para conocer del recurso, ante ello el matrimonio Szurgelies Selen entabló un recurso de casación ante la Corte Suprema.

¹⁶² Énfasis de la autora.

¹⁶³ F.M. Año 1988, N°356, págs.356.

¹⁶⁴ Laura Carrasco. *op.cit.* 283. pp. 88 a 94.

¹⁶⁵ Constitución del estado de Chile de 1980.

¹⁶⁶ *Walter Szurgelias Hoyer et al. v. Primer Consejero de la Embajada de la República Federal de Alemania*. Corte de Apelaciones de Chillán, Chile, sentencia del 26 de mayo de 1988. Citado por Francisco Orrego en *Inmunidades Diplomáticas y Consulares y Derechos Humanos*.

¹⁶⁷ Colonia Dignidad. Disponible en www.educarchile.cl

¹⁶⁸ Villa Baviera. Disponible en es.wikipedia.org/wiki/Villa_Baviera.

La Corte Suprema revocó el fallo de primera instancia, indicando que la Corte de Apelaciones de Chillán poseía jurisdicción para conocer del recurso de protección interpuesto contra el señor Ulrich. La Corte Suprema consideró que la Corte de Apelaciones de Chillán podía conocer del asunto y dar tramitación al recurso basándose en la teoría de la inmunidad restrictiva, ello en razón que delimita el alcance de la inmunidad a sólo aquellos actos realizados en ejercicio de sus respectivas funciones.

En virtud de este criterio será la labor de la Corte de Apelaciones al conocer del recurso, distinguió entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*, analizó la Corte Suprema si los actos realizados por Hans Ulrich eran de aquellos que constituyen lo propio de las funciones oficiales.

Los ejemplos antes mencionados son una clara muestra que la jurisprudencia no es uniforme. Las divergencias no sólo se hallan a nivel de tribunales de distintos países, sino a la de los tribunales internos de un mismo país. Así dos fallos de nuestros tribunales, *Abraham Senerman con Republica de Cuba y tercero* y *Walter Szurgelies H. y otra con Hans Ulrich Spohn*, en un mismo período de tiempo (una sentencia era de 1987 y otra de 1988) fallan de acuerdo a teorías de inmunidad distintas.

Rosalyn Higgins ha hecho un análisis de cómo los diversos Estados han tratado el tema de la inmunidad de Estado, respecto a ello llega a la conclusión que no podría decirse que existe una práctica uniforme¹⁶⁹. Del anterior análisis se concluye que la mayoría del mundo industrializado tiende a una inmunidad limitada, los tribunales nacionales de los diversos Estados conceden inmunidad en los casos que los intereses públicos o los agentes de Estado extranjero resulten involucrados, sin embargo, no lo concede cuando los temas involucrados son de índole privado o comerciales.

La mayoría de los países latinoamericanos, como ya se ha indicado, se oponen a la aplicación de la inmunidad restringida, fallando de acuerdo a la inmunidad absoluta. Esta posición no sólo es

¹⁶⁹ Rosalyn Higgins. *op.cit.* en pie n.1. pp. 80 y 81.

latinoamericana, la posición de la inmunidad absoluta encuentra defensores en algunos países africanos y asiáticos, como así también es la doctrina seguida por los países socialistas¹⁷⁰.

La razón de que aún sea posible a los tribunales internos de ciertos países el aplicar en sus fallos la inmunidad absoluta, es que si bien el derecho internacional no impone la utilización de la inmunidad absoluta tampoco la prohíbe.

Independiente de que no exista una prohibición internacional, es posible encontrar en el espíritu de las normas internacionales generales, un indicio de que es preferible la aplicación de la inmunidad de Estado restringida¹⁷¹.

La disparidad en la jurisprudencia referente al tema de la inmunidad de Estado que ya se ha tratado, no sólo se radica en la de la teoría restrictiva o la absoluta, sino que incluso se presenta cuando los tribunales internos aplican la teoría restrictiva de inmunidad. El conflicto se presenta por la falta de una determinación de qué constituye un acto *iure imperii* y *gestionis*.

IV. La inmunidad de Estado y las violaciones graves al derecho internacional.

Uno de los temas que más se ha discutido a la hora de conocer de un asunto criminal que afecta los derechos de un individuo en particular, es el determinar si existen ciertas violaciones que determinan no sólo la transgresión de los derechos de dicho individuo, sino verdaderas ofensas al derecho internacional y la comunidad internacional como un todo.

La necesidad urgente de respuesta a este dilema es lo que ha motivado tanto a la doctrina, organismos internacionales, como a la comunidad internacional a presentar diversas teorías como la de la jerarquía normativa, y la redacción de textos de carácter internacional como el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos¹⁷², la

¹⁷⁰ Antonio Brotóns, Antonio. *op.cit.* en pie n. 271 pág. 801.

¹⁷¹ En una misma línea de pensamiento, Rosalyn Higgins. *op. cit.* En pie n.1. p. 82. A partir de un análisis de las fuentes del derecho internacional, se podría decir que el derecho internacional hoy no requiere que las Cortes de un Estado otorguen la inmunidad según la Teoría Absoluta a un Estado extranjero.

¹⁷² Proyecto de la Comisión de derecho internacional sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos. Disponible en www.ajoj.us.es

Convención sobre los privilegios e inmunidades de la Organización de las Naciones Unidas¹⁷³ y la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes¹⁷⁴.

Primeramente se presentará lo postulado por la teoría de la jerarquía normativa.

1. Teoría de la Jerarquía Normativa.

La teoría de la jerarquía normativa¹⁷⁵ plantea que existen ciertos derechos y ciertas garantías que por tener el carácter de *jus cogens*, estarían por sobre otros derechos o beneficios que el derecho internacional reconoce, como por ejemplo la inmunidad de Estado.

La teoría antes mencionada entonces plantea que existe una verdadera jerarquía de normas y que en la cúspide de ésta se encontrarían aquellas normas que tengan el carácter de *jus cogens*, ello implicaría que de presentarse un conflicto que enfrente a una regla de *jus cogens* con una norma de inferior jerarquía, ésta última deberá ceder ante la regla superior. En el caso específico de la inmunidad de Estado, ésta debiera alzarse por el sólo hecho de enfrentarse a una norma de *jus cogens*.

Ahora el primer punto a definir, es que se entiende por una regla de *jus cogens*, internacionalmente ha sido definida por el artículo 53 de la Convención de Viena¹⁷⁶ que lo define de la siguiente forma:

Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹⁷³ Convención sobre los privilegios e inmunidades de la Organización de las Naciones Unidas. Disponible en legislacion.asamblea.gob.ni.

¹⁷⁴ Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes. Disponible en www.reei.org

¹⁷⁵ Lee Caplan, *Op.Cit.* en pie n. 225. p. 741.

¹⁷⁶ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Disponible en www.derechos.org.

Doctrinariamente se le entiende como una regla general de las naciones, imperativa y de carácter supra nacional¹⁷⁷. Según plantea Lee Caplan citando a Mark W. Janis, en su libro *Una introducción al Derecho Internacional*, una norma de *jus cogens* es aquella norma que se considera tan fundamental que incluso invalida las reglas impuestas por un tratado o la costumbre.

Como un segundo punto, sin entrar aún en la posible crítica a esta teoría, es necesario el determinar cuáles vendrían siendo las reglas de derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*. En derecho internacional es indiscutido el hecho de que la prohibición a la tortura es una regla de *jus cogens*, el fundamento de ello es que la tortura es un crimen internacional, de tal gravedad que afecta a la comunidad internacional como a un todo. Dentro de los crímenes de carácter grave que ofenden a la comunidad internacional en su entero, figuran los siguientes:

- Crímenes contra la humanidad
- Crímenes de guerra
- Crímenes contra la paz.

Sobre estos últimos, en todo caso, no existe la misma certeza sobre si su prohibición constituye o no regla de *jus cogens*. Sólo existe claridad que su ejecución constituye un crimen internacional de carácter grave.

De seguir la teoría de la jerarquía normativa, un tribunal domestico podría alzar la inmunidad de Estado cuando las violaciones cometidas por agentes de dicho Estado atenten contra reglas de *jus cogens*, ya que estarían en conflicto normas internacionales de distinta jerarquía, siendo la inmunidad de Estado una regla de carácter inferior.

La teoría de la jerarquía normativa fue presentada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la defensa de Sulaiman Al-Adsani, en el caso Al-Adsani vs el Reino Unido¹⁷⁸.

El caso de Al-Adsani vs el Reino Unido, se juzgó primeramente ante los tribunales internos del Reino Unido y finalmente fue sometido a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁷⁷ PACHECO, R: Definición de *Jus Cogens*. Disponible en www.unilibrebaq.edu.co

¹⁷⁸ TEDH *Case of Al-Adsani v. United Kingdom*, sentencia del 14 de septiembre del 2002. Disponible en www.echr.int/eng/judgments.htm.

El conflicto en cuestión fue presentado por Sulaiman Al-Adsani, ciudadano británico y kuwaití, quien luchó como piloto en la guerra del Golfo por parte de Kuwait en 1991. Sulaiman Al-Adsani se quedó en Kuwait hasta que cayó en desgracia con el Sheik. Debido a ello fue aprisionado y llevado a una cárcel en Kuwait, donde fue víctima de maltratos y de tortura. Los abusos de los que fue objeto fueron tales, que incluso fue encerrado en una pieza con colchones empapados en petróleo, y se le encendió fuego. El daño ocasionado por este último acto le dejó con quemaduras en un 25% de su cuerpo.

A continuación Sulaiman Al-Adsani fue llevado a Inglaterra, encontrándose en dicho Estado continuó siendo víctima de amenazas contra su persona, la finalidad de dichas amenazas era el que no tomara medidas ni hiciera públicos los abusos de que había sido víctima.

Fue entonces que Sulaiman Al-Adsani inició una acción civil de indemnización de perjuicios en el Reino Unido por daño extracontractual, *Al-Adsani v. State of Kuwait*¹⁷⁹. El fin de dicha acción era el de obtener compensación por los daños físicos y mentales de que fue víctima por las torturas sufridas por agentes del gobierno de Kuwait y por las amenazas de que fue objeto estando en el Reino Unido, la demanda fue presentada en contra del Sheik y el Estado de Kuwait.

En una primera instancia obtuvo una sentencia favorable, en razón de que la parte demandada no se presentó. A pesar de lo anterior, la Corte de Apelaciones del Reino Unido autorizó al gobierno de Kuwait a apelar y resolvió que el demandante debía demostrar que en el caso que no procedía la inmunidad del Estado de Kuwait según la *State Immunity Act*¹⁸⁰. Se llegó a esta conclusión ya que se manifestó que la *State Immunity Act* era la norma imperante en temas que involucraban los intereses de un Estado extranjero, y dicha ley establecía de forma taxativa los casos en que la inmunidad de Estado no procedía. Aún más la *State Immunity Act* establecía que cabe la inmunidad de un Estado por actos cometidos fuera de la jurisdicción del Estado del tribunal que conoce de la causa.

¹⁷⁹ Caso Al-Adsani v. State of Kuwait. Disponible www.scielo.cl

¹⁸⁰ State Immunity Act 1978. Disponible en www.law.berkeley.edu

Si se hace un estudio a los artículos de la *State Immunity Act*, se puede llegar a la conclusión de que lo acontecido en el caso en cuestión, estaría cercano a lo expuesto en la excepción quinta de la *State Immunity Act*, ésta dispone:

Un estado no tiene inmunidad en lo que respecta a:

a) muerte o daño causado...por un acto u omisión efectuado en el Reino Unido.

Esta excepción a la inmunidad de Estado es clara y los actos de tortura de que fue víctima Al-Adsani no fueron efectuados en territorio británico, sino en territorio extranjero. En cuanto a los hechos ocurridos en el Reino Unido, es decir, a las amenazas de que fue objeto Sulaiman Al-Adsani, se consideró que la responsabilidad del Estado no estaba suficientemente probada.

Sulaiman Al-Adsani alegó que la tortura constituía una norma de *jus cogens* y que como tal constituía una excepción implícita a la inmunidad de Estado. La corte de apelaciones desestimó dicho argumento, considerando que no existía una excepción implícita a la regla principal de la ley de 1978.

A Sulaiman Al-Adsani se le negó la posibilidad de apelar ante la *House of Lords*. Es así como ante la justicia de los tribunales británicos Sulaiman Al-Adsani no obtuvo compensación alguna.

En razón de lo anterior Al-Adsani recurrió ante el tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esta instancia se presentó el siguiente argumento.

Supuesta violación del artículo 3 de la convención europea de derechos humanos.

El artículo 3 de la convención europea de derechos humanos dispone¹⁸¹:

Prohibición de la tortura.

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Sulaiman Al-Adsani sostuvo que el Reino Unido falló en su obligación internacional de asegurar el derecho a no ser torturado. Este artículo debe ser entendido en conjunto con lo dispuesto por artículo 1º y el 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos, estos artículos disponen:

Artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone:

¹⁸¹ Convención Europea de derechos humanos. www.echr.coe.int

Obligación de respetar los derechos humanos.

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente convenio.

Artículo 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone:

Derecho a un recurso efectivo.

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

El peticionario indicó que el Reino Unido habría fallado en cumplir con lo dispuesto en los antes mencionados artículos, en razón de que otorgó inmunidad al Estado de Kuwait y de esa forma le impidió acceder a un recurso efectivo, a pesar de haber sido víctima de tortura por dicho Estado.

La Corte Europea de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que el Reino Unido no tenía la obligación de otorgar un recurso civil al peticionario con respecto a la tortura sufrida en territorio y por agentes Kuwaitíes.

El peticionario alegó que se le había negado el acceso a la justicia, ello en razón de que la tortura es reconocida como delito en la legislación del Reino Unido y que éste tendría jurisdicción.

El Gobierno del Reino Unido respondió que el artículo 6.1 de la Convención no era aplicable al caso en cuestión, porque teniendo inmunidad jurisdiccional el Estado de Kuwait, los hechos sustantivos caían fuera de la jurisdicción de los tribunales nacionales y que por ello mismo no aplicaba el artículo 6.1 de la Convención Europea de los Derechos Humanos.

La Corte Europea de Derechos Humanos revisó si el artículo en cuestión era o no aplicable al caso en cuestión, se llegó a la conclusión que sí era aplicable. Aclaró que la inmunidad no hace que *una acción contra un Estado esté impedida in limine: si el Estado demandado se excusa con inmunidad la acción procederá a una audiencia y sentencia. La concesión de inmunidad no se debe ver como*

*una calificante de un derecho sustancial sino como un impedimento procesal sobre el poder de los tribunales nacionales de determinar el derecho.*¹⁸²

La Corte Europea entonces se dispuso a analizar lo dispuesto por el artículo 6.1 de la Convención.

Debido que lo dispuesto por el artículo 6.1 no es absoluto, se debe discernir si la restricción efectuada por el Estado está o no conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos

La Corte entonces debía definir si existía un objetivo legítimo para restringirlo. El Reino Unido alegó como tal objetivo legítimo el de cumplir con el principio de *par in parem non habet imperium*, como fundamento de promover buenas relaciones entre los Estados a través del respeto de la soberanía de otro Estado, la Corte aceptó dicho argumento¹⁸³.

Habiéndose hecho este análisis, la Corte Europea de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que en principio las medidas que tomó el Reino Unido aplicando las normas de derecho internacional sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados no pueden entenderse como una restricción desmesurada al derecho de acceso a la Corte del artículo 6.1.

Algunas restricciones deben entenderse como inherentes al derecho de acceso a la justicia que dispone el artículo 6.1 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, y se entendió como un ejemplo de tal restricción inherente a la doctrina de la inmunidad de Estado¹⁸⁴.

Es en este punto que la Corte reconoce que los hechos ocurridos a Sulaiman Al-Adsani, de ser ciertos, constituyen actos de tortura¹⁸⁵. La Corte además nombró recientes casos en los cuales se había reconocido la prohibición contra la tortura como una norma de *jus cogens*, entre tales casos mencionó el caso Pinochet v. *The House of Lords*¹⁸⁶ y el caso Prosecutor v. Furundzija¹⁸⁷. Si bien la Corte Europea de Derechos Humanos reconoce el carácter de *jus cogens* a la prohibición de la

¹⁸² Párrafo 48 del fallo de la Corte Europea de los Derechos Humanos al caso Al-Adsani v. United Kingdom. Disponible en www.echr.coe.int

¹⁸³ Párrafo 54 del fallo de la Corte Europea de los Derechos Humanos al caso Al-Adsani v. United Kingdom. Disponible en www.echr.coe.int

¹⁸⁴ Párrafo 56 del fallo de la Corte Europea de los Derechos Humanos al caso Al-Adsani v. United Kingdom. Disponible en www.echr.coe.int

¹⁸⁵ Párrafo 58 del fallo de la Corte Europea de los Derechos Humanos al caso Al-Adsani v. United Kingdom. Disponible en www.echr.coe.int

¹⁸⁶ House of lords Regina v. Bartle and the Comissioner of Police for the Metropolis and others Ex parte Pinochet (on appeal from the divisional Court of the Queen's Bench Division).

Disponible en www.parliament.the-stationery-office.co.uk

¹⁸⁷ Prosecutor v. Furundzija. Disponible en www.un.org/icty

tortura, hace una distinción importante entre los casos nombrados y el de Al-Adsani. Tanto Pinochet v. The House of Lords como Prosecutor v. Furundzija tratan de la responsabilidad criminal de un individuo por actos de tortura, en el caso Al-Adsani, en cambio, se trata de conceder la inmunidad a un Estado extranjero en el marco de una demanda civil por daños ocasionados por los actos de tortura que se habían cometido en el mismo territorio del estado que alega la inmunidad¹⁸⁸.

La Corte entonces llega a la conclusión de que si bien la prohibición de la tortura en el derecho internacional tiene carácter especial, no puede encontrar en las convenciones internacionales, jurisprudencia u otros materiales una base firme como para poder concluir que un Estado no gozaría de inmunidad ante demandas civiles en los tribunales de otro Estado donde se le imputan actos de tortura.

Finalmente la Corte estableció que:

...aún no existe consenso en el Derecho Internacional de la propuesta de que los Estados no tienen inmunidad en cuanto a demandas civiles por indemnización en caso de tortura. Por eso, no se puede considerar que haber otorgado inmunidad a Kuwait haya constituido una restricción injustificada al derecho de acceso a la justicia del peticionario¹⁸⁹.

El entender que la protección a ciertos derechos humanos es norma de *jus cogens*, es entender que tal norma está por sobre otros principios de derecho internacional, incluidos aquellos bien establecidos, como es el de la inmunidad soberana.¹⁹⁰

Según expresa Ángel Sánchez Legido¹⁹¹, las normas de *jus cogens* resultarían tan esenciales para la comunidad internacional, que todo Estado que decida violentar una norma de tal carácter estaría

¹⁸⁸ Párrafo 61 del fallo de la Corte Europea de los Derechos Humanos al caso Al-Adsani v. United Kingdom. Disponible en www.echr.coe.int

Para mayor claridad se acompaña el texto original.

Notwithstanding the especial character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged.

¹⁸⁹ Párrafo 67 del fallo de la Corte Europea de los Derechos Humanos al caso Al-Adsani v. United Kingdom. Disponible en www.echr.coe.int

¹⁹⁰ Para un mayor entendimiento del planteamiento, pasare a transcribirlo en su original en ingles

“Internacional law against torture is so fundamental that is a jus cogens, or a compelling law, Vich overrides all other principles of internacional law, including the well-established principals of sovereign immunity”. (las cursivas y las comillas no son parte del original).

¹⁹¹ Ángel Sánchez Legido. *Op. Cit* Págs. 326 a 328.

implícitamente renunciando a sus inmunidades. El razonamiento anterior impediría a todo Estado invocar la inmunidad en el caso de haber violentado normas de *jus cogens*.

Sin embargo, el fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de *Al-Adsani* no se basó en la teoría de la jerarquía normativa.

El problema que presenta esta teoría es que no existe un listado cierto de normas de derecho internacional que indique cuales tienen el carácter de normas de *jus cogens*, ni siquiera se tiene certeza sobre que derechos humanos lo serían, sólo podríamos afirmarlo con respecto a aquellas que prohíben la tortura, puesto que referente a ello existen pronunciamientos internacionales tanto dogmáticos como de carácter normativo que lo sustentan.¹⁹²

Y aún adhiriendo a la teoría de la jerarquía normativa, asumiendo que existen reglas de derecho internacional que se encuentran en la cúspide de la pirámide, como la prohibición de la tortura, el entender que tienen distinta jerarquía a otras normas, no implica que el Estado deba alzar la inmunidad del Estado ofensor, ya que el que yo conceda el beneficio de la inmunidad de Estado no me convierte en garante de la tortura o que este desconociendo el carácter de *jus cogens* de dicha norma, tal como lo entendió la Corte Europea de Derechos Humanos. *la concesión de inmunidad no se debe ver como una calificante de un derecho sustancial sino como un impedimento procesal sobre el poder de los tribunales nacionales de determinar el derecho.*

V. Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes.

Como ya se puede deducir de lo presentado en este trabajo, la inmunidad de Estado no es un tema que para la comunidad internacional este suficientemente claro, incluso de las regulaciones propias de los Estados como las Convenciones internacionales todas proponen distintas respuestas, si bien

¹⁹² Angel Sanchez, *Op. Cit* en pie n. 239, p. 327. Con respecto a ello Ángel Sánchez Legido expone lo siguiente: Los instrumentos internacionales que prohíben la tortura, y en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos – art. 5-, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos- art. 7- y la Convención de Naciones Unidas contra la tortura- arts. 2 y 4- no aluden ni a procedimientos civiles ni a inmunidades estatales.

pareciera predominar el concepto de la inmunidad restringida, las formas de proponerla en la legislación son rotundamente distintas unas de otras¹⁹³.

Por ello ya en el año 1977, por la resolución 32/151, la Asamblea de las Naciones Unidas encomendó a la Comisión de Derecho Internacional el estudio y posterior desarrollo de un código que regulase el tema de la inmunidad de Estado¹⁹⁴. La Comisión de Derecho Internacional elaboró un proyecto de artículos que no fueron aprobados por la Asamblea.

El 12 de diciembre del año 2000 la Asamblea de las Naciones Unidas constituyó un Comité *Ad-Hoc* bajo la dirección de Gerhard Hafner, donde todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y los Estados miembros de organismos especializados participaran en la preparación de un instrumento basado en el proyecto de artículos propuestos por la Comisión de Derecho Internacional y las deliberaciones del Comité *Ad-Hoc*.

La Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes¹⁹⁵ reconoce la tesis de la inmunidad restringida. Lo anterior a razón de que si bien en su artículo 5 sienta el principio general por el cual reconoce la inmunidad jurisdiccional del Estado y sus bienes, éste queda limitado por las excepciones contenidas en la tercera parte de la convención.

La Convención en su artículo 6 viene a aclarar la forma cómo la inmunidad de Estado puede hacerse efectiva:

- Es así como para asegurar la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero, los tribunales internos de un Estado parte deben abstenerse de ejercer jurisdicción, salvo en los casos en que la misma convención establece excepciones.
- Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste es mencionado como parte del proceso o si no siendo mencionado como parte en el proceso, éste tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado.

¹⁹³ Ian Brownlie *Op.Cit.*

¹⁹⁴ www.reei.org

¹⁹⁵ Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los estados y sus bienes. Disponible en www.reei.org

En cuanto a las excepciones al principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados, éstas están reguladas en su parte III¹⁹⁶. Para los fines de este trabajo sólo cabe lo dispuesto por el artículo 12 de la convención, el cual dispone:

Lesiones a las personas y daños a los bienes.

*Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión*¹⁹⁷

Si bien este artículo da una vía para obtener compensación económica ante los tribunales de un Estado diverso de aquel que ocasiono los daños, lo sujeta a que el acto o la omisión se haya producido total o parcialmente en el territorio del estado que ejerce jurisdicción. Esta es la misma conclusión a la que se llegó la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani v. the United Kingdom*.

El ámbito material de aplicación de la Convención está establecido por su artículo primero que determina el que se aplica la inmunidad de jurisdicción de un Estado y de sus bienes ante los tribunales es de otro Estado. El artículo habla ampliamente de inmunidad de jurisdicción. El concepto anterior reglamenta tanto lo vinculado con el acceso de un Estado ante los tribunales de otro Estado como a la posibilidad de trabar medidas cautelares e inclusive ejecutar los bienes del primero¹⁹⁸.

El término Estado a su vez se adopta en sentido amplio, comprende los órganos de gobierno, los organismos o instituciones del Estado facultados y en ejercicio de autoridad soberana y sus

¹⁹⁶ Parte III. Procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer. Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los estados y sus bienes. Disponible en www.reei.org

¹⁹⁷ Artículo 12. Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los estados y sus bienes. Disponible en www.reei.org

¹⁹⁸ Artículos 18 y 19 de la Parte IV de la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los estados y sus bienes. Disponible en www.reei.org

representantes cuando actúen en su calidad de tales¹⁹⁹. Es esta última parte la que produce mayores complicaciones, a razón de que no define claramente a quienes habrá de considerarse como representantes del Estado, ni tampoco da directrices para definirlo²⁰⁰

Si bien la Convención no lo dice abiertamente, de la diversas disposiciones de la convención es posible concluir que para que reciba aplicación, es necesario que tanto el Estado demandante como el demandado deben ser estados contratantes, no teniendo la Convención alcance universal.

La Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, establece claramente una inmunidad de carácter restringido y su articulado sirve para la distinción entre actos *iure imperii* y *gestionis*.

Así también la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes regula los temas más complejos que la inmunidad de Estado, éste es su gran valor, ya que codifica normas de derecho consuetudinario, sirviendo de guía para la regulación futura de un tema como la inmunidad de Estado.

Es posible que la codificación internacional de la inmunidad de jurisdicción del Estado y sus órganos por la Comisión de Derecho Internacional quizás permita garantizar de manera eficaz el derecho de los Estados al respeto por su soberanía y el derecho de los particulares a ser protegidos de las violaciones a sus derechos más esenciales²⁰¹.

¹⁹⁹ Artículo 2.1.b) de la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los estados y sus bienes. Disponible en www.reei.org

²⁰⁰ HERZ, M: *La nueva convención de naciones unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los estados y sus bienes. Su compatibilidad con el régimen Argentino*. Disponible en www.reei.org.

²⁰¹ Lorena Barrientos. *op.cit.*p. 43.

CONCLUSIONES SEGUNDA PARTE.

La inmunidad de Estado, es un tema poco pacífico, debido quizás al proceso consuetudinario del cual se origino y a los mismos intereses a los cuales afecta, se genera una pugna entre el Estado o sus agentes y sus nacionales, una que no es de fácil respuesta, ¿Qué intereses debieran primar?, ¿los del Estado o los de las personas afectadas por su gestión?.

La discusión se vuelve más compleja en el caso de la materia penal, ya que si bien, se debe respetar el carácter de soberano de un Estado, ¿es posible el proteger a los agentes de un Estado cuando cometen actos violatorios al derecho internacional de tal gravedad que afectan a la comunidad como un entero? Esta última interrogante parece tener respuesta medianamente clara, la comunidad internacional no puede otorgar protección a los agentes de Estado que han violentando gravemente el derecho internacional.

Todo este debate e imprecisiones llevaron a la conclusión de que era necesario el redactar una normativa de carácter universal que regularé el tema de la inmunidad de Estado, esto tiene sus pros y sus contras, tal y como lo anticipo la Comisión de Derecho Internacional, ya que si bien la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes viene a codificar la inmunidad de Estado, estableciendo reglas generales de inmunidad Estado, la codificación puede significar un estancamiento en la evolución de la inmunidad de Estado. Sin embargo, del análisis hecho en este trabajo creo que la redacción del Código sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes abre una gran puerta a los Estados, a fin de que éstos, basándose en la codificación de la Comisión de Derecho Internacional, dicten legislaciones internas sobre inmunidad, a fin de tener una mayor precisión al momento de presentarse una situación que involucre un agente de Estado.

TERCERA PARTE: EJERCICIO EXTRATERRITORIAL DE JURISDICCIÓN.

Una tercera posibilidad a analizar en este trabajo es la de el ejercicio de jurisdicción extraterritorial, como un primer acercamiento aclararé su concepto, para luego pasar a exponer de forma sucinta - pero no por ello menos profunda- las diversas bases que la componen, pasando finalmente a tratar la llamada jurisdicción universal, y es en este punto en el que me detendré, haciendo un análisis pleno de qué se entiende internacionalmente por el ejercicio de la jurisdicción universal.

Mi interés en investigar más profundamente la jurisdicción universal se funda en la misma realidad del derecho internacional actual, donde el ejercicio de la jurisdicción universal es altamente cuestionado. El comportamiento de los Estados a su respecto ha sido por decir lo menos bipolar, tal como veremos al final de este trabajo, la doctrina y jurisprudencia a su vez tampoco ha tenido una conducta uniforme a su respecto; para algunos autores la respuesta a la interrogante la encontramos en la instauración de tribunales internacionales, para otros la Corte Penal Internacional habría ya zanjado la discusión, sin embargo, las soluciones antes expuestas tienen notables puntos débiles, que le impiden ser la respuesta definitiva al asunto en cuestión, por todo lo anterior, es el objeto de esta parte del trabajo, el buscar una respuesta a por lo menos parte de las interrogantes antes expuestas.

Para iniciar el estudio del ejercicio de jurisdicción extraterritorial, primeramente definiré lo que ésta constituye para luego pasar al estudio de las diversas bases de jurisdicción extraterritorial.

Las bases de jurisdicción extraterritorial son las siguientes:

Principio de protección.

Principio de la nacionalidad de la bandera.

Principio de la nacionalidad, el cual se subdivide en el de la nacionalidad activa y personalidad pasiva.

Principio de representación.

Principio de protección.

I. Principio de Protección.

Este ejercicio de jurisdicción se fundamenta en el concepto de la búsqueda de seguridad del Estado y según dispone, es posible a los tribunales el ejercer jurisdicción sobre tanto nacionales como extranjeros, por actos, que éstos han cometido en el extranjero, siempre y cuando, estos actos afecten la seguridad del Estado en cuestión²⁰².

1. Aceptación del principio por parte de los Estados.

Las legislaciones de la mayoría de los Estados, regulan la posibilidad de extender su jurisdicción a situaciones que comprometan la seguridad del Estado²⁰³. En virtud de la base de la protección, un Estado puede criminalizar conductas que, si bien están siendo cometidas en el extranjero, están dirigidas al Estado que ejerce jurisdicción.

La legislación chilena contempla el principio de protección en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, sujetando a la jurisdicción de los tribunales chilenos sus nacionales que cometan en el extranjero crímenes o simples delitos contra la soberanía o seguridad exterior del Estado. La legislación chilena a su vez somete a su jurisdicción a los chilenos o extranjeros que cometan el delito de falsificación del sello del Estado, o de moneda nacional, o de documentos de crédito del Estado, de las municipalidades o de establecimientos públicos²⁰⁴.

Entonces la legislación chilena, contempla la posibilidad de ejercicio de jurisdicción sobre eventos ocurridos en el extranjero, en el caso de que los delincuentes en cuestión sean ciudadanos chilenos, y contempla la posibilidad de juzgar tanto a chilenos como extranjeros en el caso que falsifiquen documentos del Estado de Chile o de sus municipalidades.

En virtud del principio de la protección, el Estado puede aplicar la propia jurisdicción a actos ilícitos cometidos en el extranjero, aplicando así también su propia legislación criminal.

²⁰² Shaw, P. *op.cit* en pie n. pp. 468 y 469.

²⁰³ Brownlie, *op.cit.* en pie n. pp. 307 y 308.

²⁰⁴ Fuentes, X. *op.cit.* en pie n. p. 9.

El punto de control al ejercicio de jurisdicción extraterritorial basada en este principio, se encuentra en el requisito de que el crimen o simple delito tenga por objetivo la seguridad del Estado que ejerce jurisdicción²⁰⁵.

2. Fundamento para la aplicación de este principio.

Un Estado puede ejercer su jurisdicción cuando se encuentre ante una real amenaza a su seguridad, ahora ¿cuándo se podrá decir que nos encontramos ante una amenaza de este tipo? Existe acuerdo en la doctrina de que se está ante tal tipo de amenaza cuando una acción compromete intereses de vital importancia para el Estado en cuestión.

3. Crímenes y delitos a las que va dirigida esta base de jurisdicción.

Esta pregunta no tiene fácil respuesta, ello en cuanto no se tiene certeza qué tipo de acciones pueden ameritar el ejercicio de jurisdicción basado en este principio.

Internacionalmente existe acuerdo en que la aplicación de este principio, se refiere a ofensas políticas. Sin embargo, estas no son las únicas ofensas a las cuales se orienta este principio.

Así las legislaciones nacionales de los diversos Estados entienden que son amenazas a su seguridad, las ofensas de carácter económico y de inmigración, el fraude o perjurio en conexión con documentos oficiales, tales como la clonación de pasaportes y visas²⁰⁶.

Ahora, el radio de actos delictuales que se consideraban como de ejercicio de esta base de jurisdicción ha ido aumentando y evolucionando, principalmente por el escenario internacional ante el que nos encontramos hoy en día. En la actualidad se han entendido como atentados a la seguridad de los Estados otro tipo de ofensas, que afectan a sus nacionales o bien al territorio mismo del Estado que ejerce jurisdicción basado en este principio. Los actos a los que nos referimos son aquellos conocidos como de terrorismo internacional, los secuestros de nacionales en territorio

²⁰⁵ Einsinger, J: *The long arm of U.S. jurisdiction to prescribe*. (Lexington. Washington and Lee Law Review. Año 2002. Vol. 59).

²⁰⁶ Amnesty International. *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*. Disponible en www.amnestyinternational.com

extranjero, las ejecuciones personas secuestradas, los actos de violencia ejecutados por tanto nacionales extranjeros en territorio nacional, etc.

4. Utilización del concepto de protección como base para la lucha contra el terrorismo.

Durante este último tiempo, los tribunales de países como el Reino Unido y Estados Unidos, han iniciado diversos procesos en contra de personas acusadas de atentados terroristas alrededor del mundo. La base que ha sustentado estos procesos, en conjunción con el de personalidad pasiva ha sido el principio de protección.

A continuación hablaré del caso *United States v. Bin Laden*.

United States v. Bin Laden.

El ejercicio de jurisdicción en el llamado caso *Bin Laden*²⁰⁷ se fundamentó en forma conjunta en el principio de protección con el de la nacionalidad pasiva. Según lo expuesto por el tribunal estadounidense, los Estados tienen el derecho a protegerse del daño que se les ocasione, dondequiera que éste sea realizado y por quien sea. Basados en la premisa antes expuesta bastaría para el ejercicio de la jurisdicción el haberse afectado la integridad física o síquica de alguno de sus nacionales.

Basado en los argumentos antes expuestos, Estados Unidos decidió iniciar procesamientos en contra de Osama Bin Laden. El fundamento de tal decisión fue el de la persecución que el movimiento Al-Qaeda había iniciado contra Estados Unidos²⁰⁸, Estado que estaba señalado como representante de las naciones “infieles”. Uno de los principales fundamentos que se da para iniciar estos procedimientos es el de que existe una *conspiración para matar a los nacionales*

²⁰⁷ *United States v. Bin Laden*. United States Attorney Southern District of New York. Disponible en www.usdoj.gov/usao/nys/pressreleases.

²⁰⁸ Estados Unidos es percibido por Al-Qaeda como un enemigo de la fe.

Entre los peligros inminentes a la seguridad de Estados Unidos, encontramos: El intento por parte de Al-Qaeda de obtener partes de bombas atómicas, como la producción de armas biológicas, ataques terroristas a embajadas Norteamericanas como a sus nacionales y funcionarios.

norteamericanos²⁰⁹, como así también el obstruir la defensa nacional de los Estados Unidos, con la intención de dañar o destruir material de defensa nacional.

Sobre este procedimiento llama la atención, la definición de intereses de vital importancia que Estados Unidos utiliza para procesar a los miembros de Al-Qaeda. Es así que califica como daños que afectan la seguridad de su país, los actos que afectan en el extranjero a sus nacionales, aunque estemos ante ataques perpetrados en contra de un grupo limitado de personas²¹⁰.

5. El principio de protección como base de jurisdicción para casos de violaciones graves a los derechos humanos.

Para parte de la doctrina y fundamentalmente organizaciones de protección a los derechos humanos, como Amnistía Internacional y *Human Rights Watch*, se busca encontrar en el principio de protección, la base para ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ilícitos que constituyan violaciones graves a los derechos humanos, tales como el genocidio y la tortura. Lo que se busca es que en virtud del principio de protección, un Estado pueda catalogar a violaciones graves a los derechos humanos como ataques a la seguridad del Estado.

Basándonos en el precedente del caso *Estados Unidos v. Bin Laden*, es posible que un estado pueda ejercer su jurisdicción sobre casos en que nos encontremos ante violaciones a los derechos esenciales de sus nacionales, sin que sea considerado este ejercicio como una violación a la soberanía del Estado en donde ocurrieron las violaciones o de los cuales son nacionales los ofensores.

Sin embargo, resulta un poco arriesgado el extender de tal forma esta base de jurisdicción extraterritorial, ya que de la forma antes planteada no tendría un límite claro, es decir, ¿cómo se podría asegurar que un Estado no abuse de este ejercicio de jurisdicción extraterritorial?, los Estados son todos igualmente soberanos, independiente de su poder político, sin embargo, la cruda

²⁰⁹ *United States v. Bin Laden*. United States Attorney Southern District of New York. Disponible en www.usdoj.gov/usao/nys/pressreleases.

²¹⁰ Es así que como primer punto en el procesamiento de Osama Bin Laden, se indica como cargo la conspiración para matar nacionales de los Estados Unidos.

realidad es que si se deja una posibilidad tan amplia de ejercicio extraterritorial, nada le impediría a una potencia el abusar de Estados con menos peso político y económico.

La doctrina ha buscado una respuesta al problema antes formulado y se ha planteado que el límite al ejercicio del principio de protección se encuentra en que estemos ante una verdadera persecución a los nacionales de un determinado Estado. En los casos antes expuestos, podríamos decir que en efecto existe una persecución en contra de los nacionales de Estados Unidos, al menos en cuanto existen declaraciones públicas de Al-Qaeda al respecto.

6. Determinación de aplicación del principio de protección.

Este es un tema que en la actualidad es de gran controversia, en razón de que, tal como se planteó con anterioridad, los límites al ejercicio de este principio no están bien determinados. Claramente a quién corresponde el decidir si la seguridad de un Estado está siendo violentada, es al mismo Estado que está siendo afectado.

El cuestionamiento a la legitimidad del ejercicio de la base de protección, desincentiva su utilización por los Estados, ni siquiera el mismo Estados Unidos lo ha ejercido en su totalidad, dejando gran cantidad de procesamientos en manos de los tribunales nacionales de los países involucrados, independiente de que se afecté o no a sus nacionales.

7. Principio de Protección como base jurisdicción sobre ofensas en contra de los nacionales de Estados aliados en un conflicto armado.

Es así como la práctica internacional de los Estados demuestra que los tribunales han intentado extender su jurisdicción, basándose en el principio de protección, buscando proteger a los nacionales de Estados aliados.

Ahora bien el extender la jurisdicción del Estado sobre crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, si bien para parte de la doctrina constituye un ejercicio del principio de protección, es

más bien un ejercicio de jurisdicción universal, ya que el interés que se protege, no es la seguridad del Estado en cuestión, sino uno que es de la comunidad internacional como un todo.²¹¹

II. Principio de la Nacionalidad de la bandera.

Este principio extiende la aplicación de la legislación criminal de un Estado a la conducta llevada a cabo a bordo de naves o aeronaves que viajen bajo su bandera²¹².

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 91 de la Convención sobre el Derecho del Mar²¹³. Dicho artículo dispone la siguiente:

Nacionalidad de los buques

- 1. Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque.*
- 2. Cada Estado expedirá los documentos pertinentes a los buques a que haya concedido el derecho a enarbolar su pabellón.*

Sobre el tema en particular de abusos a derechos humanos, el principio de la nacionalidad de la bandera se encuentra estipulado en el artículo 5.1, letra a) de la Convención Europea de Derechos Humanos, dicho artículo dispone lo siguiente:

Artículo 5.1 Cada estado parte tomará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre las ofensas referidas en el artículo 4 en los siguientes casos:

²¹¹ Amnesty International. *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation..* Disponible en www.amnestyinternational.com

²¹² Luc Reydamns. *op.cit.* en n.10 p. 22.

²¹³ Convención sobre el derecho del mar del año 1982. Dispone en www.cedepesca.net

(a) *Cuando las ofensas son cometidas en cualquier territorio que se encuentre bajo su jurisdicción o a bordo de una nave o aeronave que se encuentre registrada en tal estado*²¹⁴.

Este ejercicio de jurisdicción se fundamenta en que las naves en alta mar se encuentran en territorios que no pertenecen a ningún Estado en particular. Es decir, si no se extendiera la jurisdicción de los tribunales nacionales de esta forma, nos encontraríamos ante un área en blanco, donde no existiría claridad sobre qué legislación debe aplicarse o a los tribunales de que Estado corresponde conocer del asunto.

Territorios que no se encuentran sometidos a la jurisdicción de ningún Estado en particular.

Los territorios sobre los que ningún Estado en particular tiene jurisdicción son el alta mar y el espacio aéreo que se le superpone, con respecto a éste último cabe mencionar algunas consideraciones. El espacio aéreo que se encuentra sobre el alta mar, es al igual que ésta no sujeto a la jurisdicción de ningún Estado, distinto es el caso del espacio aéreo que se encuentra sobre el territorio de un Estado, el cual se encuentra sujeto a la jurisdicción de dicho Estado²¹⁵.

Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya

Este caso es un ejemplo de ejercicio de jurisdicción criminal por un Estado, en cuyo espacio aéreo sobrevolaba una aeronave donde se cometió un delito.²¹⁶

En *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* se cometió un atentado terrorista en contra de una aeronave comercial, el cual fue planificado para que una bomba explotara mientras la aeronave se encontrará sobrevolando el océano atlántico, sin embargo, debido a un atraso del vuelo en cuestión, el explosivo termino por detonar en territorio aéreo escocés, ocasionando la muerte a 270 personas.

²¹⁴ Convención Europea de Derechos humanos. Disponible en www.echr.coe.int.

²¹⁵ Senings *op.cit.* pp. 479 a 484.

²¹⁶ Sealing, K: *State Sponsors of Terrorism are entitled to due process too: The amended Foreign Sovereign Immunities Act is unconstitutional.* (American University International Law Review, Año 2000).Disponible en www.lexis-nexis.com.

Cabe clarificar en este punto que en *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* finalmente quién ejerció jurisdicción fue Escocia, quien tal como se planteo con anterioridad, ejerció jurisdicción basado en el elemento territorio, la detonación ocurrió en su espacio aéreo.

Sin embargo, la práctica internacional ha demostrado que el ejercicio de la jurisdicción basado en el elemento territorio, por ejecutarse los actos en el espacio aéreo de un Estado en particular, no es una regla absoluta. En la práctica dicha jurisdicción territorial ha sido cuestionada por otros Estados, los que aducen tener un *mayor interés en ejercer su jurisdicción*²¹⁷.

El argumento del llamado mayor interés en ejercer jurisdicción podría entenderse en el caso hipotético de un vuelo que se encuentre sobre el territorio de un Estado en forma circunstancial, es decir, que no sea su destino ni su origen. Es en este caso, cuando ante conflicto de jurisdicción, podría prevalecer la jurisdicción del Estado de la bandera o del Estado de la nacionalidad de los pasajeros.

A fin de centrar el tema en la jurisdicción del Estado del pabellón, voy a ponerme en el caso de que la bomba hubiera detonado tal como se había planeado. En este supuesto, los tribunales competentes para conocer de este atentado terrorista, habrían sido aquellos del Estado en que estuviera registrada la aeronave. Lo anterior, por una razón pragmática, en un vuelo internacional podemos encontrar víctimas de diversas nacionalidades, y si no existiera esta base de jurisdicción nos encontraríamos ante un fuerte conflicto de jurisdicción. Prevalecería la base de la nacionalidad de la bandera entonces, ya que sería la base de jurisdicción que, en teoría, provocaría menos conflictos²¹⁸.

Ahora, para contextualizar este tema claramente en violaciones a los derechos humanos, pensemos que en vez de un atentado terrorista, a bordo de esta nave se hubieran cometido actos de tortura.

¿Qué jurisdicción es la competente de conocer de estas violaciones a los derechos humanos? ¿Qué factores determinan la decisión de un Estado de ejercer su jurisdicción?

²¹⁷ Se ha entendido por mayor interés, aquel que haga razonable su ejercicio más allá de la simple eventualidad de encontrarse allí la aeronave al momento de cometerse el acto ilícito.

²¹⁸ En cuanto a la base de jurisdicción basada en la nacionalidad de las víctimas, nos encontramos en este caso, ante el problema de que en los vuelos comerciales internacionales, viajan personas de diversas nacionalidades. Esto hace que el principio de nacionalidad, no sea absolutamente determinante.

El ejercer jurisdicción basado en el principio de la nacionalidad de la bandera, podría facilitar la determinación del Estado cuyos tribunales ejercerán jurisdicción, en un caso como el propuesto. Ello en cuanto, como ya lo postulamos, el principio de la nacionalidad de las víctimas como la de los ofensores podría no ser definitivo, ello a razón de que en el vuelo podemos encontrarnos ante pasajeros de varias nacionalidades, y por tanto, más de un Estado podría intentar ejercer su jurisdicción basado en este principio.

IV. Principio de Nacionalidad.

Como se ha indicado en una primera parte de este trabajo, los Estados tienen en su territorio soberanía y jurisdicción, dicho ejercicio de jurisdicción puede en ocasiones ejercerse más allá de sus límites territoriales. Uno de tales casos, es la aplicación de jurisdicción por un Estado a sus nacionales cuando éstos se encuentran en el extranjero.

En razón de este principio, los Estados pueden establecer en su legislación, una extensión a su ejercicio de jurisdicción, sobre la conducta de sus nacionales en el extranjero. Esta extensión de jurisdicción, sin embargo, no está claramente estipulada, es así como cambia de Estado a Estado²¹⁹.

El derecho internacional, al respecto, sólo da directivas, sin establecer una regla general que todos los Estados puedan seguir.

En virtud del principio de la nacionalidad, el tener determinada nacionalidad resulta relevante, ya que determina qué beneficios y a qué obligaciones estará sometido el individuo²²⁰.

El ejercicio del principio de la nacionalidad por parte de los tribunales de un Estado puede conducir a conflictos de jurisdicción, ello en razón de que puede chocar con el ejercicio de jurisdicción territorial del Estado donde ocurrieron los hechos delictivos, este conflicto se ve aumentado cuando se habla de ilícitos de carácter criminal.

El estudio del principio de la nacionalidad, tal como se mencionó al inicio de este trabajo, se divide en dos grandes principios, el principio de nacionalidad activa y de la personalidad pasiva.

²¹⁹ Sennings. *op.cit* en pie n. 2 pp. 462.

²²⁰ Shaw. *op.cit*. en pie n. 9. pp. 458 a 465.

1. Principio de Nacionalidad Activa.

Como indicamos anteriormente los Estados pueden ejercer su jurisdicción sobre aquellos individuos que son considerados nacionales de tal Estado.

En el caso del principio de nacionalidad activa, el Estado que ejerce la jurisdicción es aquel del cual es nacional el sospechoso, es decir, quien supuestamente ha cometido el delito en territorio extranjero²²¹.

La jurisdicción sobre los nacionales que supuestamente cometieron un delito en el extranjero, está consagrada en numerosos tratados que reprimen crímenes que se consideran de interés internacional²²²; uno de tales es la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la que en su artículo 5.1 letra b, consagró la obligación de los Estados de establecer en sus legislaciones nacionales el principio de nacionalidad activa. La Convención contra la Tortura, en su artículo 5.1 letra b, dispone lo siguiente²²³:

Artículo 5.1. Cada estado parte tomará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre las ofensas referidas en el artículo 4 en los siguientes casos:

(b) Cuando el supuesto ofensor es un nacional de tal estado.

Este artículo, está referido precisamente al delito de tortura, ello según lo indica el artículo 4 de la misma convención²²⁴.

Ronald Grant Jones v. el Reino de Arabia Saudita

El caso de *Ronald Grant Jones v. El Reino de Arabia Saudita*²²⁵ fue presentado ante la cámara de los Lores del Reino Unido a fin de que éste analizará la posibilidad de que ciudadanos de un Estado

²²¹ *Supra*

²²² Amnesty International. *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*. Capítulo 1. P. 6. Disponible en www.amnesty.org.

Por ejemplo la Convención contra la toma de rehenes, art. 5 letra b. Convención Europea de los derechos humanos.

²²³ Artículo 5.1 letra b. convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

²²⁴ Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Artículo 4.

²²⁵ Caso Ronald Grant Jones v. The Ministry of the interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor and Secretary of State for Constitutional affairs the Redress Trust. Año 2006.

Sandy Mitchell & Ors v. Ibrahim Al-Dali & Ors. Disponible en www.redress.org. Año 2005.

extranjero pudieren presentar una acción civil reparatoria contra su Estado de origen, ante los tribunales del Reino Unido. El solicitante Ronald Jones alegaba que había sido víctima de tortura sistemática en el territorio de Arabia Saudita.

La Cámara de los Lores entonces debía considerar el balance en derecho internacional entre la prohibición a la tortura y el principio de igualdad de los Estados, en virtud del cual un Estado no debiera ser sometido a la jurisdicción de otro.

El fundamento de lo anterior, debe buscarse en la naturaleza misma del delito en cuestión. La tortura, es por definición, un delito cometido por un agente estatal, si es el Estado mismo el que está cometiendo el acto de tortura, ¿podría decirse que sus tribunales tendrán la imparcialidad suficiente como para decidir sobre una indemnización a las víctimas de tortura?. Es esta misma situación la que llevo a Jones a intentar ser reparado civilmente ante los tribunales del Reino Unido.

La decisión de la Cámara de los Lores fue que la solicitud presentada por Jones en efecto cabía dentro del alcance de la inmunidad soberana, para ello se fundamentaron en el fallo del Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani* donde el derecho a un juicio justo (artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos) no obliga al Reino Unido a ignorar la inmunidad de Estado.

Al-Adsani al no encontrar solución ante el Reino Unido decidió presentar su caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

El argumento para ejercer jurisdicción de Estado del que es agente el que ha cometido el acto de tortura, es el de la nacionalidad activa. La conclusión de la Corte Europea fue entonces, el que al regresar el oficial al Estado, debería otorgarse a las víctimas una acción civil para buscar compensación por los daños causados.

La Corte Europea de Derechos Humanos entregó la responsabilidad al Estado del cual es funcionario el agente torturador, en vez de aquel Estado donde ocurrieron los hechos delictivos, debido a que esta vía se presentaba como la única posible de solución para las víctimas de la tortura. Ello porque si se presentan casos de este tipo ante tribunales extranjeros, el acusado de cometer

actos de tortura, como agente de Estado está habilitado para alegar ante tribunales extranjeros inmunidad de Estado.

En el caso particular del crimen de tortura se presenta la discusión de qué foro resulta más apropiado para conocer.

La Corte Europea de Derechos Humanos decidió que el foro apropiado era el del Estado del cual era funcionario el agente acusado de tortura, fundamentando dicho ejercicio de jurisdicción en la base de la nacionalidad activa.

La Corte Europea de Derechos Humanos para llegar a la conclusión antes expuesta tuvo que determinar cuál era la obligación que tenían los Estados basados en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos²²⁶.

La Corte Europea de Derechos Humanos determinó que el artículo 14 de la convención antes mencionada, trata del derecho que tienen las víctimas a ser compensadas por las violaciones sufridas. Dicho artículo exigiría a las partes contratantes que otorguen a las víctimas una acción civil, a fin de que a través de ella, busquen compensación por los daños sufridos.

a. Presencia del acusado en el territorio del Estado que desea ejercer jurisdicción.

Existe acuerdo a nivel doctrinario, sobre que el ejercicio de esta base de jurisdicción, depende de la presencia del acusado en el territorio del Estado del cual es nacional. Este es el requisito esencial para que un Estado pueda ejercer su jurisdicción sobre el nacional²²⁷.

Lo anterior por un asunto básico, ¿cómo podría el tribunal nacional procesar al sospechoso, si éste se encuentra en otro Estado? O aún más, ¿cómo podría ejecutar lo juzgado, si el criminal no está al alcance de su jurisdicción?

Sin embargo, se debe tener en cuenta que una extensión excesiva de este principio, podría llevarnos a abusos y a violaciones a la jurisdicción de otros Estados, habría entonces que buscar un límite a dicho ejercicio de jurisdicción extraterritorial, la solución que tanto la práctica como la doctrina

²²⁶ Art. 14 Convención Europea de los derechos humanos.

²²⁷ *Op.Cit.* Oppenheim en pie n. p. 462.

internacional han proporcionado es el de analizar la posibilidad real que las víctimas de tortura tienen de acceder a un debido proceso.

b. Posición del Estado nacional del acusado.

En el caso de encontrarse el acusado en un Estado extranjero, podría el Estado del cual es nacional pedir su extradición, en virtud de la jurisdicción que el principio de nacionalidad activa le concede.

La posibilidad de extraditar a un acusado de un crimen o simple delito se encuentra contemplada en todas las legislaciones alrededor del mundo. En Chile desde el 16 de junio de 2005²²⁸ regulan la materia de la extradición tanto pasiva como activa, los artículos 431 a 454 del Código Procesal Penal²²⁹.

c. Aplicación del principio de nacionalidad activa a residentes no nacionales del Estado.

Este es un tema aún no claro para doctrina y el derecho internacional. Para parte de la doctrina, la jurisdicción extraterritorial sobre extranjeros que residen en su territorio, pero que cometen un delito en un Estado extranjero, es un ejercicio basado en el principio de nacionalidad activa²³⁰, para otra parte de la doctrina es simplemente ejercicio de la jurisdicción territorial de dicho Estado.

Autores como Brownlie o Dinstein postulan como válida esta extensión del principio de nacionalidad activa. Bastando para tal ejercicio cualquier evidencia de alianza de los extranjeros con el Estado, incluso ignorando posteriores cambios de nacionalidad²³¹. Un ejemplo de tal alianza vendría siendo, el que tal extranjero este sirviendo al Estado en cuestión, ya sea trabajando para algún servicio público o ministerio.

Asumiendo que se sigue lo anteriormente postulado, entonces ¿qué actos quedarían cubiertos por la jurisdicción del Estado en el que tiene su residencia la persona que cometió el acto delictivo?

²²⁸ Resumen de los procedimientos de extradición vigentes en Chile. Disponible en www.oas.org.

²²⁹ Código Procesal Penal de la república de Chile. Disponible en www.bcn.cl

²³⁰ Amnesty International. *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*. Disponible www.amnesty.org. Septiembre 2001.

²³¹ Amnesty International. *Op.Cit.* en pie n. 23 pp. 6.
Brownlie *op.cit.* en pie n. 12.

La doctrina y jurisprudencia parecen comprender en este caso, que el Estado de residencia actual tendría jurisdicción sobre los actos que fueron cometidos con posterioridad a que el hecho delictivo fue cometido en país extranjero. A pesar de lo planteado en el párrafo anterior, dicha solución no ha sido planteada ni consagrada por el derecho internacional.

Frente a la posibilidad de que un Estado de actual residencia no pueda juzgar a uno de sus residentes por delitos cometidos con anterioridad a su entrada al Estado en cuestión, es que diversos Estados como Israel han extendido su jurisdicción sobre actos que han ocurrido con anterioridad a que el ciudadano extranjero estableciera su residencia en Israel o adquiriera tal nacionalidad²³². Otra opción que han tomado los Estados, es extender la aplicación del principio de nacionalidad activa, pero de manera restringida. Tal es el caso de la *War Crimes Act* de 1991²³³, legislación del Reino Unido, que permitió a sus tribunales ejercer su jurisdicción sobre extranjeros, pero restringiendo dicha aplicación a crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial. La *War Crimes Act* además agrega como requisito para ejercer jurisdicción el que las personas que han cometido el acto delictivo deban encontrarse radicados en Inglaterra o haber adquirido la nacionalidad inglesa en el momento que el tribunal ejerciera su jurisdicción²³⁴

Sin embargo, esta asimilación de los extranjeros residentes a nacionales del Estado no ha recibido apoyo de parte de la doctrina actual. Para que el vínculo de nacionalidad pueda justificar el ejercicio de esta base de jurisdicción, debe existir entre la persona y el Estado un vínculo real y efectivo.

²³² Amnesty International. *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*. Disponible www.amnesty.org. Septiembre 2001.

Sennings *op.cit.* en nota n. 2. pp. 461.

²³³ El artículo en cuestión indica lo siguiente:

(1) Sujeto a la normativa de esta sección, los procedimientos por homicidio, genocidio u homicidio culpable pueden llevarse en contra de una persona en el Reino Unido, independiente de su nacionalidad al tiempo que la alegada ofensa fue cometida, si tal ofensa:

(a) fue cometido durante el período que comienza el primero de septiembre de 1939 y termina el cinco de junio de 1945 en algún territorio que aquel tiempo formaba parte de Alemania o del territorio que formo parte de la ocupación Alemana; y

(b) Constituya una violación a las leyes y costumbres de la guerra.

(1) Ningún procedimiento será, en virtud de esta sección, comenzado en contra de ninguna persona a menos que el fuera, o posteriormente se haya convertido en un ciudadano británico o residente en el Reino Unido, la isla de Man o cualquiera de las islas del canal.

²³⁴ Lo anterior es independiente de si al momento de cometer el acto delictivo tenía su residencia en el Reino Unido o si tenía la nacionalidad británica.

Esto ha sido indicado por la comisión de derecho internacional en sus debates por la eliminación y reducción de las personas que carecen de nacionalidad²³⁵.

Además este ejercicio de jurisdicción podría presentar numerosos conflictos de jurisdicción y servir para extender demasiado la jurisdicción de un determinado estado. El peso de determinar, con qué estado existe la mayor conexión de parte del ofensor, es un tema complejo y no resuelto por el derecho internacional²³⁶.

Organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos alrededor del mundo, como Amnistía Internacional y *Redress*, postulan que en el caso de encontrarnos ante violaciones graves a los derechos humanos, este tipo de ejercicio de jurisdicción por un Estado es, más que un ejercicio de jurisdicción basado en la nacionalidad del ofensor, un ejercicio de jurisdicción universal²³⁷.

d. Nacionalidad como conexión suficiente para que un estado ejerza jurisdicción.

En el caso de existir un conflicto de jurisdicciones, por una parte territorial y por otra de nacionalidad activa, la visión general es que la nacionalidad activa, por sí sola no bastaría para establecerse como base de jurisdicción. Los Estados en la práctica siempre agregan a éste, otro punto de conexión.

Sin embargo, a pesar de que los Estados extienden la aplicación de su legislación, a la conducta de sus nacionales en el extranjero, en el caso de encontrarse ante actos de carácter criminal, la práctica ha demostrado que los Estados dan preferencia a los tribunales del aquel en cuyo territorio se llevó a cabo.

²³⁵ Brownlie. *op.cit.*, en pie n. 12 p. 559. Sobre el mismo punto ver el caso *Nottebohm* ante la Corte Internacional de Justicia.

²³⁶ Amnesty International, *op.cit.* en pie n. 120. pp. 1 a 20.

²³⁷ Las violaciones a derechos humanos tales como el genocidio, tortura, son consideradas violaciones tan graves, que incumben a todos los Estados. Sin embargo, esta posición es considerada un tanto radical. Es así como los Estados, ante este tipo violaciones, para ejercer su jurisdicción buscan siempre un vínculo, alguna base de jurisdicción que justifique su participación. No basta el simple argumento de que son asuntos de interés de todos los Estados.

Es decir, el Estado de la nacionalidad del ofensor sólo ejercerá su jurisdicción, cuando exista un interés sustancial involucrado²³⁸. Como por ejemplo que la ofensa cometida en el extranjero afecta la seguridad del Estado del cual es nacional el criminal ó bien afecta a sus nacionales.

Así encontramos a Estados como el Reino Unido, en cuya legislación encontramos muy pocas ofensas de carácter criminal que extiendan la jurisdicción de este Estado a actos de sus nacionales en el extranjero. Esto se relaciona con el fuerte carácter territorial de la jurisdicción criminal Británica.

Por lo expresado en el párrafo anterior, el Reino Unido está dispuesto a extraditar a sus nacionales que han cometido delitos en el extranjero, para que sean juzgados por tribunales del Estado donde los actos criminales fueron llevados a cabo.

A su vez como contraparte, en el caso de que nacionales del Reino Unido cometan actos criminales en el extranjero, se da preferencia al principio de la territorialidad de la ley criminal, por lo que se restringe de solicitar su extradición²³⁹.

2. Principio de Nacionalidad Pasiva.

El principio de nacionalidad pasiva, permite a los Estados ejercer su jurisdicción extraterritorialmente, cuando sus nacionales son víctimas de actos delictuales o criminales en el extranjero²⁴⁰.

El fundamento de este ejercicio de jurisdicción es el de la protección de los propios nacionales en el extranjero²⁴¹. De esta manera, es posible a los tribunales de un Estado, el conocer de hechos que han ocurrido fuera de sus fronteras y que han sido perpetrados por extranjeros. Es así como se entiende que este principio permite a un Estado el ejercicio de jurisdicción sobre un sospechoso extranjero, pudiendo por ello, aplicar sobre tal su propia legislación.

²³⁸ Sennings *op.cit.*, en pie n. 2. pp. 465 y 466.

²³⁹ Reydamns *op.cit.* en pie n. 10 p. 202.

²⁴⁰ Amnesty International, *op.cit.* en pie n. 120. pp.

²⁴¹ Rosalyn Higgins, *op.cit.* en pie n. 1. pp. 458 a 465.

Para autores como Eisinger un Estado, en virtud de este principio, no sólo podría aplicar su legislación vigente, sino que además, podría legislar sobre la conducta de extranjeros en el extranjero, sujetando dicho ejercicio de jurisdicción extraterritorial a la condición de que éstos actúen en contra de sus nacionales²⁴².

a. Naturaleza de la nacionalidad pasiva.

La doctrina y derecho internacional no están de acuerdo sobre cuál es la naturaleza jurídica de la nacionalidad pasiva, por lo que existen diversas posturas. Para algunos autores la protección que un Estado debe a sus nacionales es un derecho de éstos, para otra parte de la doctrina es un beneficio que el Estado otorga a sus nacionales.

Ahora, ¿por qué es importante definir lo anterior?, debido a que de la calificación jurídica que demos a esta base de jurisdicción extraterritorial dependerá la exigibilidad de tal derecho o beneficio por parte de los nacionales respecto de su Estado. Por ello pasaré a analizar primeramente la postura que ve a la nacionalidad pasiva como un beneficio, para luego pasar al análisis de la nacionalidad pasiva como un derecho.

i. La protección es un beneficio.

Para parte de la doctrina, el principio de la nacionalidad o personalidad pasiva es un beneficio que los Estados otorgan a sus nacionales. Entendiéndolo de esta forma, dependería del Estado el otorgar tal beneficio a cada caso en particular.

El problema más aparente con respecto a esta posición, es el de a ¿quién cabe determinar cuándo otorgar este beneficio? Entonces el impacto de decidir ejercer su jurisdicción sería mayor ante la comunidad internacional, porque ¿qué distingue a un caso de otro?, ¿a quién cabe determinar esto?

²⁴²John Eisinger *op. cit.* en pie n. 87, pp. 56 a 77.

Los Estados, en la práctica analizan los casos que se le presentan, decidiendo ejercer su jurisdicción, de acuerdo a lo establecido por su legislación y a su vez, basando su ejercicio en más de una base de jurisdicción y buscando un nexo que lo haga racional.

ii. La protección es un derecho.

En el caso Pinochet²⁴³ y en Jones v. Arabia Saudita, se analizó si los Estados tenían la obligación de otorgar remedios o vías de compensación a las víctimas de abusos cometidos en el extranjero. A fin de definir lo anterior la *House of Lords* analizó el artículo 14 de la Convención contra la Tortura²⁴⁴, este artículo dispone lo siguiente:

Cada estado parte asegurará en su sistema legal el que una víctima de un acto de tortura obtenga auxilio y tenga derecho a una compensación justa y adecuada, incluyéndose los medios para una rehabilitación en lo posible.

Es decir, según podría interpretarse de este texto legal, los Estados que son parte de esta Convención, en el caso de la tortura estarían en la obligación de proveer una vía por la cual, las víctimas de actos de tortura puedan obtener compensación.

Con respecto a la resolución del caso Pinochet, se determinó que, al menos, con respecto a los procedimientos criminales los Estados tienen la obligación positiva²⁴⁵ de tomar algún tipo de acción ante crímenes que afecten gravemente los derechos humanos, como es el caso de la tortura²⁴⁶.

En Jones en cambio, la Cámara de los Lores siguió a la Corte Europea de Derechos Humanos en Al-Adsani, indicando que procedía la inmunidad de Estado, ya que ello no implicaba un desconocimiento a la prohibición a la tortura, en palabras de la Corte *la concesión de inmunidad no se debe ver como una calificante de un derecho sustancial sino como un impedimento procesal sobre el poder de los tribunales nacionales de determinar el derecho.*

²⁴³ Boggiano, A: *Derecho Internacional A.D. 2000.* (editorial la Ley)

²⁴⁴ Redress, *Challenging impunity for torture.* Disponible en www.redress.com.

²⁴⁵ Énfasis propio.

²⁴⁶ European Human Rights Law Review. Human Rights Comité, International Law Association (British Branch). *Report on Civil Actions in the English Courts for Serious Human Rights Violations Abroad.* Año 2001. Págs. 129 a 166.

Sin embargo, esta protección no es considerada como un derecho que los nacionales tengan frente a un juez y dependerá fundamentalmente de lo dispuesto en la legislación interna de cada uno de los Estados.

El hecho de que no esté reconocida la obligación positiva de los Estados de tomar algún tipo de acción ante crímenes como la tortura, y por consiguiente el no reconocimiento de la nacionalidad pasiva como derecho de las personas, se comprende en el hecho de que entenderlo de otra forma, podría llevar a una saturación de los tribunales internos con causas de supuestos abusos de derechos humanos.

b. Alcance de protección que un Estado puede dar a sus nacionales.

La protección que un Estado puede otorgar a sus nacionales en el extranjero, puede ser tanto civil como criminal.

i. Jurisdicción Criminal.

En cuanto a los actos de carácter criminal, han surgido del derecho internacional una serie de crímenes que pueden ser castigados tanto a nivel de tribunales internacionales como los nacionales²⁴⁷. Los crímenes a los que estamos refiriendo son los siguientes:

- Crímenes contra la paz.
- Crímenes de guerra.
- Crímenes contra la humanidad.

Estos crímenes han surgido de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, como Núremberg²⁴⁸, Tokio, antigua Yugoslavia y más actualmente Congo y Sudán.

Existe acuerdo entonces en que al encontrarse ante una de estas categorías de crímenes los Estados podrían ejercer su jurisdicción de forma extraterritorial, pero ésta se sujeta a los crímenes ya

²⁴⁷ Brownlie *op.cit.* en pie n.12.

²⁴⁸ Carta de Núremberg. Disponible en www.amnesty.org

mencionados y no podría justificarse para cualquier tipo crímenes ordinarios de los cuales puedan ser víctimas sus nacionales.

A pesar de lo antes planteado, el ejercicio de jurisdicción extraterritorial basada en el principio de la personalidad pasiva por la comisión de crímenes ya indicados, no es una regla de derecho internacional. Por lo antes expuesto los Estados no se sienten obligados a ello, a menos que existan vínculos esenciales que hagan de tal ejercicio, un ejercicio de jurisdicción extraterritorial racional²⁴⁹.

Es decir, a pesar de estar consagrados estos delitos en cuerpos legales de carácter internacional, como la Convención contra la Tortura o para la Prevención del Genocidio, los Estados no se sienten realmente obligados a ello, sino sólo cuando, dicha obligación ha sido consagrado en sus propios cuerpos legales internos²⁵⁰.

ii. Jurisdicción Civil.

Una segunda posibilidad que tienen los Estados para proteger a sus nacionales de actos criminales cometidos en su contra en territorio extranjero, es la de otorgar una vía civil, por medio de la cual, las víctimas puedan obtener compensación por los daños sufridos.

Ahora el asunto a dilucidar sería el de si esta posibilidad sería tal o más bien una obligación de los Estados para con sus nacionales. Acorde con lo planteado con anterioridad, es decir, el entender a la personalidad pasiva como un beneficio que otorgan los Estados a sus nacionales, no sería un deber del Estado²⁵¹. Es así como esta protección, no es reconocida por la mayoría de los Estados como un derecho exigible por parte de los nacionales que han sido víctimas de actos criminales en el extranjero²⁵².

²⁴⁹ Sennings *op. cit.* en pie n. 2 pp. 458 a 465.

²⁵⁰ Redress, *Challenging impunity for torture*. Disponible en www.redress.com.

²⁵¹ Ello, a pesar de que se encuentra consagrado en diversos tratados internacionales, como en el artículo 14 de la convención contra la tortura, el artículo 2(3) de la pacto de derechos civiles y políticos y el artículo 13 de la convención europea.

Convención Europea, Art. 13:

Toda persona cuyos derechos y libertades ,como ha sido expuesto en esta Convención, son violados tendrán derecho a un remedio efectivo ante una autoridad nacional

²⁵² Redress, *Challenging impunity for torture*. Disponible en www.redress.com.

En los hechos los Estados no entienden como un deber el otorgar remedio civil a sus nacionales que han sido afectados por actos criminales en el extranjero se debe, nuevamente a que esta obligación positiva de los Estados no ha sido integrada a sus textos legales internos. Independiente de lo antes expuesto, el Comité por los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha hecho un llamado a los Estados a entregar remedios efectivos a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos.

c. Fundamento de la personalidad pasiva.

El razonamiento detrás de esta base de jurisdicción es el de la conexión que existe entre el ciudadano y el Estado del cual es un nacional. El ciudadano de acuerdo a este principio está bajo la autoridad personal del Estado²⁵³, y tal conexión se mantiene, aunque el nacional se encuentre en el extranjero.

Es decir, el nacional de un Estado, al encontrarse en el extranjero, lleva consigo una especie de bolso con su legislación. De esta manera todo extranjero que se involucre con el nacional, se verá sujeto a la legislación correspondiente del nacional²⁵⁴. Esto claramente es un tema que genera conflictos y oposición a la aplicación de este principio.

Francia, Estados Unidos y el Reino Unido se han opuesto en el pasado a la aplicación de esta base de jurisdicción, ya que consideran que ningún Estado puede ejercer su jurisdicción, de acuerdo a su legislación nacional, sobre crímenes cometidos en el extranjero.

Es éste el punto que presenta mayor conflicto, y es así como estados como el Reino Unido, Francia y Estados Unidos, se han opuesto firmemente a la consagración de este principio ante toda negociación de tratados internacionales²⁵⁵.

²⁵³ Sennings *op.cit.*, en pie n. 2 p 462.

²⁵⁴ Ximena Fuentes. *op.cit.* en pie n. 89 p.8.

²⁵⁵ Michael Shaw. *op.cit.* en pie n. 9. pp. 458 a 463.

d. Aceptación del principio de personalidad pasiva como base de jurisdicción de los tribunales nacionales.

El principio de personalidad pasiva no es aceptado por todos los Estados, existiendo acuerdo en la doctrina internacional sobre el que es una de las bases de jurisdicción más controversiales en la actualidad, lo anterior a pesar, de que al menos 27 países han legislado al respecto²⁵⁶.

Parte de la doctrina postula que lo que entendemos como ejercicio de este principio, es en muchas ocasiones más bien un ejercicio de otras bases de jurisdicción, como el principio de protección o el de jurisdicción universal²⁵⁷.

e. Incorporación del principio de personalidad pasiva en las legislaciones internas.

Debido a la controversia que genera la aplicación del principio de la nacionalidad pasiva, y a la falta de claridad internacional a su respecto es que se ve como más viable el que cada uno de los Estados se preocupara de legislar al respecto, de manera de encontrar una norma concreta sobre la cual fundamentar su ejercicio de jurisdicción extraterritorial.

Se propone lo anterior, viéndolo como única posibilidad viable de un ejercicio indubitado de jurisdicción extraterritorial fundamentada en la nacionalidad de la víctima, ya que aunque se consagrara la personalidad pasiva en un tratado internacional, ésta adolecería del gran defecto que tienen las normas de carácter internacional, es decir, el ser demasiado amplias, sobre las cuales sería difícil sostener el ejercicio de jurisdicción extraterritorial.

La propuesta del párrafo anterior parece ser la opción que ha tomado la mayoría de los Estados, ya que han extendido la aplicación de su propia jurisdicción a ciertos actos criminales que afecten a sus nacionales en el extranjero, en virtud del principio de la nacionalidad pasiva. Dichos actos criminales son aquellos que resultan de mayor interés al Estado en particular. Es así como hoy en día, países como el Reino Unido, Francia y Estados Unidos extienden su jurisdicción a los atentados

²⁵⁶ *Supra*. Sobre el mismo punto ver Luc Reydamns. *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*. Oxford University press 2003

²⁵⁷ Brownlie. *op.cit.* en pie n. 12. pp.442 a 454.

terroristas cometidos en contra de sus nacionales, independiente del territorio en donde hayan sido cometidos²⁵⁸.

Es así como el ejercicio de jurisdicción, basado en este principio dependerá, primeramente de la voluntad del Estado para ello ,como de la existencia de una conexión con el asunto que se desea conocer, así como también de lo dispuesto por las propias legislaciones internas de los diversos Estados.

f. Fundamentos de oposición a esta extensión de jurisdicción.

La oposición de los Estados se encuentra en diversas razones.

i. La primera y principal razón, es la capacidad de extensión de la propia jurisdicción del Estado, justificándose únicamente en la protección del nacional en el extranjero. Es decir, ¿es la nacionalidad un vínculo suficientemente fuerte, como para justificar el ejercicio extraterritorial de jurisdicción por parte de un Estado?

Tal como se ha planteado con anterioridad, el vínculo de nacionalidad no resulta suficiente argumento para el ejercicio de jurisdicción extraterritorial, es necesario el encontrar una conexión directa y sustancial entre el Estado y el asunto por el que se ejerce jurisdicción. Sin que exista tal conexión, el ejercicio de jurisdicción será una violación al derecho internacional²⁵⁹.

A razón de este conflicto, se genera la necesidad de buscar otro vínculo que vaya más allá del vínculo que la nacionalidad representa, algo que lo haga un ejercicio racional de jurisdicción²⁶⁰.

Saddam Husein v. United States.

Es así como Estados Unidos²⁶¹ en el caso de *Saddam Hussein v. United States*²⁶² no sólo basó su ejercicio de jurisdicción en la nacionalidad de las víctimas, sino que lo asoció a otros bases de jurisdicción extraterritorial²⁶³ y fundamentalmente a tres razones:

²⁵⁸ *Third Restament of the Law* de Estados Unidos, según este ordenamiento legal, basta sólo el vínculo de nacionalidad con la víctima para ejercer su jurisdicción.

Criminal Justice Act de 1993 del Reino Unido.

²⁵⁹ Sennings *op.cit.* en pie n. 2. pp. 458 a 465.

²⁶⁰ Ximena Fuentes. *op. cit.* En pie n. 89. p. 8.

- El hecho de que Estados Unidos era el Estado ocupante en Iraq y, por lo tanto, de acuerdo a las reglas de derecho internacional podía legítimamente ejercer su soberanía.
- El derecho internacional no prohíbe la sanción y castigo de los actos criminales que se cometan en contra de los nacionales de un Estado. Fundado en ello Estados Unidos podía perfectamente someter a proceso a los supuestos perpetradores de dichos actos.
- El principio de jurisdicción universal.

A estas alturas del trabajo, y tratándose de la primera parte de las bases de jurisdicción extraterritorial, sólo me referiré al argumento de Estados Unidos referente a la nacionalidad pasiva²⁶⁴, aclaró este punto ya que Estados Unidos no sólo basó su jurisdicción en la nacionalidad de las víctimas de los atentados de Hussein, sino que fue más allá, sustentándolo primeramente en una especie de ejercicio de jurisdicción territorial. Este ejercicio de jurisdicción es el conocido como el de *territorio efectivamente controlado*²⁶⁵

ii. Una segunda razón la encontramos en que el vínculo de nacionalidad puede ser aducido tanto por el Estado de la víctima (personalidad pasiva) como por el del supuesto victimario (nacionalidad activa). Lo anterior produciría un conflicto de jurisdicción de difícil solución en el caso de que ambos Estados tengan legislaciones que extiendan la aplicación de su jurisdicción.

La potencialidad de ejercicio de jurisdicción por ambos Estados podría generar en la práctica una inseguridad jurídica, ya que no existiría un criterio fijo que indicará a que Estado corresponde el ejercicio de jurisdicción.

²⁶¹ Estados Unidos permite el ejercicio de esta base de jurisdicción para el caso del terrorismo y otros ataques a sus nacionales en virtud de su nacionalidad, lo anterior esta consagrado en su derecho interno, en el llamado *Third Restament of the Law*.

²⁶² American Society of International Law. *Universal Jurisdiction: International and Municipal legal perspectives*. Julio del 2003. Disponible en proquest.umi.com.

²⁶³ Estados Unidos baso su jurisdicción en tres principios, el de jurisdicción universal, protección y el de nacionalidad pasiva.

²⁶⁴ Para un mayor abundamiento en los fundamentos a análisis del caso en cuestión ver *Saddam Hussein v. United States*. Disponible en www.gwu.edu.

²⁶⁵ Este concepto fue tratado en el caso de *R(on the application of Al- Skeini and others) v. Secretary of State for defense*. Se indicó que en este territorio, el Estado tiene una especie de jurisdicción cuasi-territorial.

g. Situación especial de la violación a ciertos derechos humanos.

La situación parece cambiar cuando uno se encuentra ante violaciones a ciertos derechos humanos, como el genocidio y la tortura, que son crímenes condenados por la gran mayoría de los Estados, ya que se considera que su perpetración afecta a la comunidad internacional como a un todo.

Entonces estamos ante una situación donde los derechos vulnerados sobrepasan la esfera de derechos de la víctima en particular, afectando tanto al Estado del que es nacional como a todos los demás.

La Corte Internacional de Justicia en su *dictum* de *Barcelona Traction*²⁶⁶, pareció reconocer el derecho de toda nación a procesar violaciones a las llamadas obligaciones *erga omnes* y normas de *jus cogens*, independiente de la conexión que tenga el Estado con tales crímenes²⁶⁷.

El fallo de la Corte Internacional de justicia en *Barcelona traction* ha sido interpretado de diversas formas por la doctrina, sin embargo, la discusión que más interesa a este estudio, es la de definir cuando estamos ante obligaciones *erga omnes* y normas de *jus cogens*. Independiente de la distinción realizada por la Corte Internacional de Justicia, en la práctica los Estados han indicado que no fundamentan su ejercicio de jurisdicción extraterritorial sólo en el estar ante una violación de una norma de *jus cogens*²⁶⁸, sino que consagran en su propia legislación interna, vías de ejercicio extraterritorial de jurisdicción²⁶⁹.

Independiente de los antes planteado, los conflictos de jurisdicción no se presentan en la generalidad de casos de terrorismo, tortura o genocidio, ello porque puede suceder que el Estado donde se ha cometido el acto criminal, decide no ejercer su propia jurisdicción, ya sea por razones

²⁶⁶ *Barcelona Traction*. Disponible en www.icj.cij.org.

Este caso trataba de un litigio internacional entre la compañía Barcelona Traction y el Estado de España. Barcelona Traction era una compañía de nacionalidad belga, con domicilio social en Toronto, Canadá y operada en España.

En la década de los 60, España incrementó las dificultades para operar a las empresas extranjeras, ello provocó un gran pérdida de capital para los accionistas de Barcelona Traction, lo que los motivó a reclamar ante la Corte Internacional de Justicia.

La Corte Internacional de Justicia finalmente dictaminó a favor del Estado de España, indicando que la compañía Barcelona Traction sólo podía demandar al Estado del cual era nacional, el que quedó determinado por su domicilio social, es decir, Toronto, Canadá.

La Corte entonces, determinó que la nacionalidad nominal de una compañía primaba sobre su nacionalidad efectiva, además sentó la base según la cual la inmunidad de Estado bajo el derecho público se aplica no sólo a las personas naturales, sino también a las jurídicas.

²⁶⁷ American Society of International Law. *Universal Jurisdiction : International and Municipal legal perspectives*. Julio del 2003. Disponible en proquest.umi.com.

²⁶⁸ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*.

En este caso, la corte de apelaciones decidió fallar de acuerdo a su legislación interna, cual era en ese momento la *Foreign Sovereign Immunity Act*.

²⁶⁹ Un ejemplo de ello es la *Criminal Justice Act* de 1988, la cual hace a la tortura una ofensa criminal bajo el derecho del Reino Unido, independiente de por quien o donde se cometa.

de simpatía política con quien llevo a cabo el acto criminal o bien porque es el mismo Estado y sus agentes los que lo han cometido²⁷⁰.

Debido al carácter especial que tienen los actos terroristas, el genocidio y la tortura es que los diversos Estados han decidido establecer en su legislación la posibilidad de extender su jurisdicción en casos que sus nacionales sean afectados en el extranjero. Ejemplo del fenómenos antes expuesto es la *Torture Victim Protection Act*²⁷¹, de Estados Unidos, la cual da a las víctimas de tortura y de matanzas extrajudiciales el derecho a accionar ante tribunales norteamericanos²⁷², como también la *Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act*²⁷³, la cual provee jurisdicción a los tribunales norteamericanos sobre los casos de homicidio y de violencia física cometidos fuera de su territorio, cuando se haya afectado a un nacional²⁷⁴.

Es así como se presenta como foro más apropiado, el del Estado del cual es nacional la víctima. Sin embargo, la práctica de los Estados no ha sido clara, ni uniforme, por lo que éstos buscan otro punto de buscan otro punto de conexión que haga racional el ejercicio de jurisdicción extraterritorial.

h. Caso del terrorismo internacional.

Ante el fenómeno denominado terrorismo mundial, el principio de la nacionalidad pasiva como fundamento para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial ha recibido mayor aceptación. Es así como países que eran grandes opositores en el pasado a este ejercicio de jurisdicción, hoy lo han consagrado en su propia legislación interna, tal es el caso de Estados Unidos.

La enmienda a la *Foreign Sovereign Immunity Act* de 1976 como el *Third Restament of the Law*, extiende la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos a aquellos casos en que un nacional es lesionado en el extranjero.²⁷⁵ El Reino Unido a su vez en la *Criminal Justice*

²⁷⁰ Rosalyn Higgins. *op.cit.* en pie n. 1.pp 56 a 77.

²⁷¹ *Torture Victim Act*. Disponible en www.law.cornell.edu

²⁷² Guzen, E: *The United States as a Forum for Human Rights Litigation: Is the Best Solution*. Disponible en www.lexis-nexis.com.

²⁷³ *Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act* Disponible en www.state.gov/document,

²⁷⁴ Malcolm Shaw *op.cit.* en pie n. 9. p 468.

²⁷⁵ Rosalyn Higgins. *op.cit.* en pie n. 1.pp. 56 a 77.

Act de 1988 extiende la jurisdicción de sus tribunales a los casos de tortura, donde quiera que ocurran o donde quiera que se cometa.

Tanto *Foreign Sovereign Immunity Act* de 1976 como la *Criminal Justice Act* de 1988, no limitan el ejercicio de jurisdicción a sólo actos criminales de carácter terroristas, sin embargo, la práctica actual de los Estados ha demostrado que con respecto a crímenes ordinarios los Estados deciden no ejercer su jurisdicción, a pesar de que afecten sus nacionales.

Tanto el principio de personalidad pasiva, como el principio de protección y el de jurisdicción universal, fueron utilizadas en el caso de *Saddam Hussein v. United States*. En este caso se basa el ejercicio de jurisdicción en las supuestas ofensas que Saddam Hussein cometió en contra de Estados Unidos y sus fuerzas de coalición²⁷⁶.

i. Presencia del victimario en el territorio del estado del cual es nacional la víctima.

Como planteamos anteriormente, al igual que el principio de nacionalidad activa, este ejercicio de jurisdicción se ve dificultado, por la incapacidad del Estado de ejecutar lo juzgado sobre el sospechoso que no se encuentra en su territorio.

Lo anterior debido a que los perpetradores de actos criminales no se encuentran ni bajo la autoridad personal ni territorial del Estado. Es así como podría el Estado iniciar un juicio contra un sospechoso extranjero, pero de no encontrarse éste en su territorio, estaría ante la necesidad de solicitar su extradición. Resulta claro entonces que para el ejercicio de toda jurisdicción basada en el vínculo de la personalidad pasiva, la presencia del sospechoso en el territorio resulta necesaria²⁷⁷.

Ya que si bien podrá el Estado solicitar la extradición, el que esta orden se haga efectiva dependerá del Estado en donde se encuentre el criminal.

Una interrogante que viene a continuación es la de si es necesaria la residencia del criminal en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción, o si basta sólo una presencia transitoria en el territorio,

²⁷⁶ American Society of International Law. *Universal Jurisdiction : International and Municipal legal perspectives*. Julio del 2003. Disponible en proquest.umi.com.

²⁷⁷ Sennings *op.cit* en pie n. 2.p 467.

como por ejemplo que el sospechoso se encuentre de vacaciones por un período corto de tiempo en el Estado, es decir, sin la intención de fijar su residencia allí.

Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet

En Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet²⁷⁸ el Reino Unido hizo efectiva una solicitud de extradición de España, reteniendo a Augusto Pinochet en territorio británico, a fin de determinar la procedencia de su extradición²⁷⁹.

El Reino Unido, retuvo a Augusto Pinochet, a pesar de que éste se encontraba allí, por un período corto de tiempo, es decir, no tenía fija allí su residencia y no pretendía permanecer allí por largo tiempo.

Lo anterior se explica en que para el Reino Unido, basta la mera presencia de los criminales para ejercer su jurisdicción²⁸⁰. En el caso de violaciones a los derechos humanos, sin embargo, sólo ejercerá su jurisdicción cuando exista algún punto de conexión que resulte razonable, entre el hecho y el Reino Unido.

j. Diversos medios en que un imputado de un crimen o delito puede ser llevado al territorio del Estado del foro.

El hecho que la presencia del delincuente en el territorio del Estado del foro sea necesaria, se ha presentado como uno de los más grandes impedimentos al ejercicio de jurisdicción extraterritorial.

Como ya hemos indicado para la legislación de la mayoría de los Estados, esta necesidad se ve satisfecha con la mera presencia del ofensor en el territorio sin que sea necesario que tenga su domicilio o residencia en el Estado del foro.

²⁷⁸ Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet .Disponible en www.parliament.the-stationery-office.co.uk

²⁷⁹ Antonio Boggiano *op.cit.* 131. pp. 131.

²⁸⁰ European Human Rights Law Review. Human Rights Comité, International Law Association (British Branch). *Report on Civil Actions in the English Courts for Serious Human Rights Violations Abroad*. Año 2001. Págs. 129 a 166.

Sin embargo, la posibilidad que el ofensor se presente voluntariamente en el Estado del foro, es inusual. Por esta razón los Estados han buscado otros métodos, tales métodos son los siguientes:

- Solicitud de Extradición.
- Captura en territorio internacional
- Engaño a los ofensores a fin de traerlos a su territorio.
- Secuestro.

El método menos conflictivo es la solicitud de extradición, tal fue el fundamento por el cual Reino Unido retuvo a Augusto Pinochet en su territorio²⁸¹, esta solicitud de extradición estaba fundamentada precisamente en abusos que sufrieron ciudadanos españoles en Chile, durante el régimen del antedicho militar²⁸². El problema que presenta este método es que no siempre garantiza el que el ofensor sea traído al territorio del Estado que desea ejercer su jurisdicción, en cuanto dependerá de la decisión del Estado en que el ofensor se encuentre.

Un ejemplo de la problemática que se origina la encontramos en el caso Eichmann²⁸³.

Caso Eichmann.

Adolf Eichmann, ciudadano Alemán, acusado por Israel de crímenes contra la humanidad cometidos durante el período del gobierno Nazi. Al momento de la acusación Adolf Eichmann se encontraba viviendo en Argentina. El gobierno Israelí no intento el solicitar la extradición de Eichmann, sino que directamente opto por secuestrarlo²⁸⁴ y traerlo a comparecer ante tribunales israelíes por la fuerza.

Este ejercicio de jurisdicción por el gobierno Israelí ha sido cuestionado internacionalmente. Como primer punto, las lesiones de que se acusaba a Eichmann y que la corte distrital de Jerusalén²⁸⁵ utilizó como fundamento para su ejercicio extraterritorial de jurisdicción fueron cometidas con

²⁸¹ Antonio Boggiano. *op.cit* en pie n. 131.

²⁸² Ximena Fuentes. *op.cit.* en pie n.89. p. 8.

²⁸³ *Attorney General of Israel v. Eichmann*. Disponible en www.nizkor.org

²⁸⁴ Rosalyn Higgins *op.cit.* en pie n.1. pp.56 a 77.

²⁸⁵ Amnesty International. *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*. Disponible en www.amnesty.org.

anterioridad a la existencia de Israel y, por lo tanto, quienes lo sufrieron no eran ciudadanos israelíes.

Además tanto el secuestro como el engaño son medios que violentan los derechos de los supuestos ofensores. Es decir, objetivamente ambos constituyen ilícitos, si se piensa que afecte a cualquier ciudadano. Es una violación a sus derechos y claramente a su derecho a un juicio justo.

En el caso del secuestro si se realiza fuera del territorio del Estado del foro, se suma la violación a la soberanía territorial del Estado en que se encuentra el ofensor²⁸⁶. Esto es objetivamente una violación al derecho internacional.

Otra situación es la del secuestro que no violenta la soberanía territorial de otro Estado, si la violación a los derechos del ofensor constituye una violación al derecho internacional y si ello inhabilita al tribunal a ejercer su jurisdicción.

Rosalyn Higgins, al respecto, hace una comparación entre el secuestro y la prueba obtenida ilícitamente, esta última es o no aceptada, de acuerdo a lo establecido en las legislaciones de cada Estado en particular. Entonces dependería su aceptación de cada Estado en particular.

Caso Achille Lauro.

La otra forma de poner al criminal a disposición de los tribunales de un determinado Estado es el secuestro y/o captura sobre territorio internacional, un ejemplo de ello se puede encontrar en el caso Achille Lauro²⁸⁷.

Achille Lauro²⁸⁸ era un crucero Italiano que en el año 1988 fue secuestrado por cuatro terroristas representantes del Frente por la Liberación Palestina. En el momento del secuestro el crucero transportaba 100 pasajeros.

²⁸⁶ Rosalyn Higgins *op.cit.* en pie n.1. pp.56 a 77.

²⁸⁷ Malcolm Shaw *op.cit.* en pie n.9. pp.458 a 463.

²⁸⁸ Achille Lauro. Disponible en www.palestinefacts.org

Los terroristas exigían que Israel liberase a 50 prisioneros palestinos, amenazando con terminar con la vida de todos los pasajeros del Achille Lauro, y en efecto asesinaron a León Klinghoffer, ciudadano norteamericano, lanzando su cuerpo y silla de ruedas por la borda.

Después de dos días de negociaciones, el gobierno egipcio dio libre paso a los secuestradores a cambio del crucero y sus pasajeros.

Al descubrirse la muerte de León Klinghoffer, el gobierno de Estados Unidos decidió intervenir, enviando parte de su fuerza militar aérea a interceptar el vuelo de Egypt Air 737, que llevaba a los secuestradores del Achille Lauro a la libertad en Tunisia. En efecto el vuelo fue interceptado y forzado a aterrizar en Sicilia, los terroristas fueron dejados bajo custodia Italiana, donde fueron juzgados y condenados.

Uno de los secuestradores, que fue condenado *in absentia* por la justicia Italiana fue capturado por fuerzas especiales norteamericanas cerca de Bagdad, en Iraq el 5 de abril del año 2003²⁸⁹.

En Achille Lauro es posible ver a Estados Unidos iniciando un procedimiento en contra de un grupo de terroristas extranjeros, por actos cometidos en aguas extranjeras, donde la única base de conexión con el asunto es la nacionalidad de la mayoría de los pasajeros del crucero.

El fundamento para el ejercicio de jurisdicción de Estados Unidos fue el daño causado a sus nacionales durante el secuestro de una nave por ciudadanos extranjeros. A fin de poder ejercer dicha jurisdicción, Estados Unidos decidió interceptar un vuelo de una empresa privada, para luego dejar a los criminales a disposición de la justicia italiana. Esto último con la intención de obtener su extradición.

Yunis v. Unites States,

Yuni es otro caso de captura internacional, el cual al igual que en el de Achille Lauro, involucraba la persecución de un terrorista que secuestró un avión, que en este caso era jordano, que transportaba a ciudadanos norteamericanos²⁹⁰.

²⁸⁹ Disponible en articles.cnn.com

Fawaz Yunis era un ciudadano y residente libanes que secuestro en el año 1985 una aeronave civil en el este medio. Yunis fue aprehendido en aguas internacionales por fuerzas especiales norteamericanas.

Encontrándose en territorio norteamericano fue llevado a la Corte del distrito de Columbia, donde la defensa de Yunis alegó que bajo los principios del derecho internacional la Corte carecía de jurisdicción sobre un crimen cometido por un extranjero no residente en un territorio extranjero.

La Corte del distrito de Columbia en parte denegó la solicitud de Yunis y en parte la aprobó. La Corte sostuvo que se había violado la sección 32(a) de la *Destruction of Aircraft Act* de 1986, ya que esta sección no entregaba jurisdicción sobre casos de secuestro que no tuvieran conexión con el territorio de Estados Unidos.

Denegó la solicitud de Yunis, concluyendo que los principios de derecho internacional y la costumbre entregaban suficiente base para otorgar jurisdicción sobre el caso en cuestión. Además sostuvo que la *Act for the Prevention and Punishment of the Crime of Hostage Taking* y la sección 32 b de la *Aircraft Piracy Act* establecía la posibilidad de juzgar los crímenes que supuestamente había cometido el defendido²⁹¹.

La Corte además llegó a la siguiente conclusión:

*...se ve reflejado un intento inequívoco del Congreso consistente con sus obligaciones establecidas en tratados, de autorizar el procesamiento de aquellos que secuestran americanos en el extranjero sin importar donde la ofensa ocurrió o donde se encuentre el ofensor*²⁹².

La Corte entonces concluyó que la jurisdicción que se intentaba ejercer en este caso es totalmente consistente con las normas de la costumbre y derecho internacional, ello incluiría el principio de la jurisdicción universal y el de la personalidad pasiva. La Corte llegó incluso a determinar que su

²⁹⁰ *ILR*. Número 82. P. 344. *US v. Yunis*.

²⁹¹ Winner, S: *United States v. Yunis*. *TAJIL*, vol. 83. Disponible en www.jstor.org. 1989.

²⁹² *United States v. Yunis*. Disponible en www.justice.gov.

jurisdicción era aplicable al sujeto si éste se encontraba presente en territorio norteamericano, aunque haya sido traído por la fuerza para ser juzgado por otros cargos²⁹³.

Alvarez Machain v. Unites States

Alvarez Machain era un ciudadano mexicano, que residía en el territorio de dicho Estado, Estados Unidos inició un procedimiento criminal en su contra por el secuestro y posterior asesinato del agente norteamericano de la DEA²⁹⁴ Enrique Camarena Salazar y el asesinato del piloto mexicano Alfredo Zavala Avelar²⁹⁵.

El 2 de abril del año 1990 Alvarez Machain fue apresado por agentes de la DEA en territorio mexicano y conducido en un avión privado a territorio norteamericano. Debido a este acto el gobierno mexicano envía una protesta oficial al gobierno norteamericano, ya que entre ambos Estados existía un tratado de extradición desde el año 1978.

Alvarez Machain al momento de ser llevado ante la justicia norteamericana acusa a la DEA de secuestro, el tribunal decidió que no ha lugar a su procesamiento, ya que fue apresado de forma ilegal, violando un tratado de extradición existente entre ambos Estados, el tribunal ordenó que fuera repatriado a México, dicho fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones.

El principio sobre el que se construyó el fallo de Alvarez Machain fue el propuesto por el magistrado Marshall en el caso *The Schooner Exchange v. McFaddon* que dice:

La jurisdicción de una nación sobre su territorio es necesariamente exclusiva y absoluta, no es susceptible de ninguna limitación impuesta por nadie, toda restricción de la misma derivada de una fuente externa puede implicar una disminución de su soberanía hasta donde abarcó la restricción.

Además por lo indicado en el artículo 2, párrafo cuarto de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁹³ *Supra.*

²⁹⁴ *Drug Enforcement Administration.*

²⁹⁵ United States of North America v. Alvarez Machain. Disponible en www.cacheirofrias.com.ar

Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas²⁹⁶.

Finalmente el 14 de diciembre de 1992 Alvarez Machain fue liberado.

Las situaciones que se han presentado con la base de personalidad pasiva han sido analizadas por la doctrina y autores como Rosalyn Higgins²⁹⁷, indican que lo que cabe determinar es si el acto dañino, que afecta al ofensor, es dañino para el Estado del cual es nacional. Para Higgins una acción que viola los derechos humanos de una persona en particular, no afecta al Estado del cual es nacional.

Si se acepta dicho argumento, es decir, si los derechos humanos de un individuo sólo son ofensas que le afectan a él y no a su Estado, entonces, no podría justificarse cualquier ejercicio de jurisdicción basado en el vínculo de nacionalidad. Lo anterior, sobre todo si nos encontramos ante crímenes ordinarios.

Ahora independiente de lo antes planteado, si bien un crimen que afecta a un nacional, no puede entenderse como un daño directo al Estado del cual es nacional, si debe entenderse como un ataque a sus nacionales, a los cuales debe protección.

Sin embargo, el ámbito de protección a sus nacionales no puede ser llevado a un extremo de vulnerar los derechos y garantías de los nacionales de un Estado extranjero, como así tampoco del Estado mismo donde éste se encuentre, porque si validáramos dicho actuar estaríamos permitiendo a un Estado el aprovechar la oportunidad que el mismo derecho internacional le da de ejercer la propia jurisdicción, pero vulnerando otros derechos que el derecho internacional reconoce a las personas y a los Estados.

²⁹⁶ Carta de las Naciones Unidas de 1945. Disponible en www.fund-culturadepaz.org

²⁹⁷ Rosalyn Higgins. *op.cit.* en pie n.1. pp.56 a 77.

Como precisamente indica Higgins, haciendo referencia al voto disidente del juez en el caso Alvarez-Machain, ¿puede un Estado ser parte de un tratado de extradición y a la vez, reservarse el derecho a secuestrar a ciudadanos en territorio extranjero?²⁹⁸

V. Principio de Representación.

Basado en este principio, un Estado puede ejercer su jurisdicción extraterritorialmente, en razón de una delegación de jurisdicción que es hecha por el Estado que tiene jurisdicción territorial, dicha delegación puede ser expresa o implícita²⁹⁹.

Para el Comité Europeo sobre Problemas Criminales, el principio de representación se refiere a casos en los cuales un Estado puede ejercer jurisdicción extraterritorial, ésto se debe a que existe alguna condición que lo obliga a actuar³⁰⁰.

1. Casos en que un Estado puede ejercer jurisdicción basado en el principio de representación.

- Existencia de una solicitud de otro Estado para que conozca de los procesos criminales.
- En razón del principio de conocer o extraditar, si el Estado en cuestión no extradita al acusado, entonces tendrá el deber internacional de ejercer su jurisdicción. Este último debe ir asociado a la voluntad del estado de conocer del asunto, además de la confirmación de otro estado de no pedir extradición.

2. Diversos tipos de jurisdicción basada en el principio de Representación.

Las diversas clasificaciones del principio de representación, se refieren al tipo de delegación de jurisdicción que el Estado que tiene jurisdicción primaria entrega.

²⁹⁸ Gómez-Robledo, A: Voto disidente *United States vs. Alvarez Machain*. (Biblioteca Jurídica Virtual. p. 43 a 59). Disponible en www.bibliojuridica.org.

²⁹⁹ Amnesty International *op.cit.* en pie n.120. pp.10 a 25.

³⁰⁰ Reydams. *op.cit.* en pie n.10 p. 22.

3. Principio de Representación en un sentido restringido.

La delegación de jurisdicción por parte del Estado que tiene la jurisdicción territorial, es entregada al Estado del cual es originario el acusado. En este caso, se hace la delegación de jurisdicción hacia el Estado que tiene jurisdicción basada en el principio de nacionalidad activa.

4. Principio de Representación en un sentido amplio.

La delegación de jurisdicción, en este caso, el Estado del foro, puede procesar y juzgar al sospechoso que haya sido encontrado en su territorio, una vez que se ha negado a extraditar al sospechoso bajo regla de *aut dedere aut judicare*³⁰¹.

VI. Principio de Jurisdicción Universal.

En virtud de este principio se otorga jurisdicción sobre actos de extranjeros en aquellos casos en que las circunstancias, incluyendo la naturaleza del crimen, justifican su represión como una cuestión de política pública internacional³⁰².

La tarea de definir el concepto de la jurisdicción universal es, sin embargo, una labor compleja y de poca precisión, ya que no se le ha definido ni en un tratado ni en una convención³⁰³.

Como un primer acercamiento se puede decir que lo que fundamenta este ejercicio extraterritorial de jurisdicción es la naturaleza misma de los crímenes cometidos³⁰⁴, se entiende por la comunidad internacional que son crímenes de tal gravedad que su represión es un asunto de política pública internacional³⁰⁵.

En el estudio de esta base de jurisdicción extraterritorial me fue posible notar variadas posturas, siendo una de las más extremas, aquella que plantea que un tribunal nacional puede conocer de un

³⁰¹ Conocer o extraditar.

³⁰² Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press. Oxford 2003. p 303.

³⁰³ Vladimir, F. *El principio de jurisdicción universal en el derecho internacional y la práctica de los estados*. Disponible en www.cybertesis.edu.pe.

³⁰⁴ Relva, H. *La jurisdicción estatal y los crímenes de derecho internacional*. Disponible en www.edai.org.

³⁰⁵ Ian Brownlie *op.cit.* en n. al pie número 7.

asunto, con el que no tiene ningún elemento de conexión, incluso ante la oposición del Estado en cuyo territorio el crimen ha sido cometido y de la aprobación al proceso de las mismas víctimas³⁰⁶.

Los puntos a dilucidar en esta parte del trabajo serán los siguientes:

La posibilidad cierta que tiene un tribunal interno de conocer de un asunto con el cual no tiene conexión alguna.

Revisar la práctica de los Estados respecto al tema de la jurisdicción universal,

Analizar su consagración tanto en instrumentos legislativos tanto nacionales como internacionales.

Para finalmente analizar el tema del costo político que han tenido que pagar los Estados que han decidido legislar de forma amplia sobre la jurisdicción universal, como España y Bélgica, y como en este último tiempo han ido desde una postura abierta a la jurisdicción universal a una más restringida.

1. Delitos para cuya persecución se puede ejercer Jurisdicción Universal.

Tal como se mencionó anteriormente, una de las mayores complicaciones para el ejercicio de la jurisdicción universal, es la poca claridad que existe con respecto a qué delitos corresponde proceder de acuerdo a la jurisdicción universal.

Esta falta de certeza se debe en parte, a que el derecho internacional no ha proporcionado una regulación que indique cuáles son los delitos y crímenes sobre las cuales puede ejercerse jurisdicción universal. Las convenciones y tratados internacionales únicamente se limitan a dar libertad a los Estados para castigar aquellas violaciones que afecten a la comunidad internacional como un todo, pero no declaran como constitutivo de crimen de jurisdicción universal a ningún delito en particular³⁰⁷.

Existen, sin embargo, algunas convenciones y tratados que catalogan como delitos y crímenes contra la humanidad a ciertas ofensas en particular.

³⁰⁶ Kontorovich, E. *The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation*. Law and Economics working series. Disponible en www.ssrn.com.

³⁰⁷ Ian Brownlie. *op.cit.* en pie n. 12 pp.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio³⁰⁸ es un ejemplo claro de ello, esta convención, sin embargo, adolece de un defecto de importancia, ya que no establece que ante un caso de genocidio sea obligación de los Estados partes el ejercer jurisdicción universal.

Es entonces que uno se encuentra ante una carencia de un ordenamiento de carácter internacional que indique ante cuáles ofensas puede ejercerse jurisdicción universal. Ante este vacío los Estados han dictado sus propias legislaciones, regulando ante qué delitos ejercerán jurisdicción universal. Esta respuesta, sin embargo, lejos de proporcionar una solución definitiva al problema, produce una inseguridad aún mayor, ya que la legislación de un Estado puede diferir totalmente con otra.

Ante la disparidad de regulación, hay que localizar puntos en común. De un rápido análisis se concluye que todas las legislaciones nacionales regulan como ejercicio de jurisdicción universal a los *actos comúnmente tratados como criminales por la jurisdicción local de la mayoría de los Estados y que éstos las consideren también como un ataque hacia el orden internacional*³⁰⁹.

Con una idea tan general, se podría concluir que la lista de delitos, sobre los cuales pueda ejercerse jurisdicción universal es bastante larga. La realidad de las legislaciones a nivel internacional indica que los Estados entienden que los delitos que pueden estar sujetos a jurisdicción universal son bastante limitados.

2. Evolución del concepto de delito de carácter internacional.

Tradicionalmente se entendía que sobre muy pocas ofensas era posible ejercer jurisdicción universal, y todas entendidas como de carácter grave para la comunidad internacional, entre ellas se encontraba la trata de esclavos³¹⁰, de personas y principalmente el crimen de piratería³¹¹.

³⁰⁸ Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Disponible en www.icrc.org

³⁰⁹ Rosalyn Higgins. *op.cit.* en pie n.1. pp.56 a 77.

³¹⁰ Es así como el Código de Bustamante en su artículo 308 entrega jurisdicción universal sobre el delito de piratería. Este artículo dispone lo siguiente:

“La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aun en Estado, se castigarán por el captor, de acuerdo con sus leyes penales”.

³¹¹ Kontorovich, G. *op.cit.* en pie n.180.

Un primer fundamento para el ejercicio de jurisdicción universal era el de la dificultad o práctica imposibilidad de determinación del lugar donde el acto delictivo había sido cometido³¹². El argumento antes esgrimido resulta valido hasta el día de hoy y es así como hoy en día, la piratería es un crimen bajo el derecho internacional, sobre el cual se entiende que todo Estado puede ejercer jurisdicción.

El problema que actualmente se presenta es determinar si es posible ejercer jurisdicción universal sobre otros delitos, que vayan más allá de la piratería. Principalmente este estudio se preocupa del tema de las violaciones graves a los derechos humanos, ello en razón de que la base para ejercer jurisdicción no es la falta de determinación del territorio donde ocurrió la violación sino la naturaleza misma del acto³¹³.

Las atrocidades cometidas durante la primera y segunda guerra mundial, dieron pie a un movimiento internacional, principalmente entre abogados especializados en derecho internacional que pretendía apoyar la extensión de la jurisdicción universal a un número mayor delitos, principalmente aquellos reconocidos como de carácter internacional.

Dentro de los delitos que hoy en día se aceptan como de jurisdicción universal, y donde el fundamento de ejercicio de jurisdicción extraterritorial no es la falta de determinación del territorio donde ocurrió la violación, son los crímenes de guerra, de tortura y el genocidio.

Existen sin embargo, tal como ya se ha mencionado, convenciones de carácter internacional que indican ciertos crímenes como de jurisdicción universal. Trabajos dignos de destacar son los de la *International Bar Association*³¹⁴, Asociación de Derecho Penal³¹⁵, Cherif Bassiouni³¹⁶. Como iniciativas oficiales encontramos el Estatuto del Tribunal de Núremberg y el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional.

³¹² Luc Reydams. *op.cit.* en pie n. 10. p.22.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ La *International Bar Association* se encargó de presentar un anteproyecto de Código Internacional Penal en la Conferencia de Londres en julio de 1950, destacándose el libro II, en que se tipifican infracciones cometidas tanto en tiempo de paz como de guerra, específicamente, distinguiendo entre crimen contra la humanidad y los crímenes contra la paz y crímenes de guerra.

³¹⁵ La Asociación Internacional de Derecho Penal redactó numerosos trabajos que en parte impulsaron a las Naciones Unidas para la creación de un Tribunal Penal Internacional

³¹⁶ Cherif Bassiouni, habiéndosele encargado por parte de la Asociación Internacional de Derecho Penal, elaboró un proyecto de Código Penal Internacional, que fue terminado en julio del año 1979.

3. Crímenes de Jurisdicción Universal.

Uno de los listados de crímenes más conocido y aceptado por la comunidad internacional es el de la Carta de Núremberg³¹⁷.

Los llamados juicios de Núremberg fueron un conjunto de procesos jurisdiccionales que se iniciaron con el propósito de determinar y sancionar las responsabilidades de los dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacional socialista de Adolf Hitler. El Tribunal Internacional de Núremberg³¹⁸, fue constituido a iniciativa de las naciones vencedoras de la segunda guerra mundial.

Se origina del Acuerdo de Londres, el que fue suscrito el día 8 de agosto de 1945 por el gobierno de Estados Unidos, el gobierno provisional de la república Francesa, el gobierno del Reino Unido y el entonces gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. En él se estableció un tribunal militar internacional para el enjuiciamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieron localización geográfica particular³¹⁹.

Siendo una nueva forma de juzgar crímenes que se consideraban afectaban a la comunidad internacional como un todo, su legalidad fue altamente cuestionada desde un inicio, sobre todo considerando el que los responsables serían juzgados por un tribunal que no estaba previamente constituido, como así también distinto de aquellos en cuyo territorio los crímenes habían sido cometidos. Sin embargo, la instalación de los tribunales de Núremberg no era algo antojadizo, y sus antecedentes se remontan incluso a finales de la primera guerra mundial, ya en el tratado de Versalles se disponía de la posibilidad de establecer tribunales *ad-hoc*, el artículo de dicho tratado disponía lo siguiente:

Para procesar a personas acusadas de haber cometido actos en violación a las leyes y usos de la guerra.

³¹⁷ Estatuto de Roma. Disponible en www.derechos.net

³¹⁸ Díaz, L: *Delitos internacionales y principio de jurisdicción universal: El caso de Irak*. Disponible en www.avizora.com.

³¹⁹ Lledó, R: *Derecho Internacional Penal*. Editorial Congreso. Santiago de Chile. Año.2000.

Los procesos de Núremberg se realizaron teniendo en vista una serie de principios jurídicos establecidos en el Convenio de Londres del 8 de agosto de 1945³²⁰. En esta serie de juicios se procesó tanto a individuos como a organizaciones catalogadas de criminales, dentro de estas últimas encontramos a las siguientes:

SS, *Schutz-Staffel*, escuadras de protección.

Gestapo, *Geheime Staats Polizei*, Policía Secreta

SA, *Sturm Abteilung*, Sección de Asalto

Cuerpo comandante del partido nacional socialista alemán de los trabajadores.

Servicio de Inteligencia Alemán.

Los crímenes que la carta de Núremberg considera como de jurisdicción universal son los siguientes³²¹:

i. Crímenes contra la paz.

Preparación, dirección, desencadenamiento de la guerra.

ii. Crímenes de guerra.

Violación de las leyes y costumbres de la guerra, ejecución de rehenes.

iii. Crímenes contra la humanidad.

Exterminio, esclavitud, genocidio, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.

La Carta de Núremberg destaca por numerosas razones, dentro de sus principales virtudes encontramos el que sirvió de bosquejo de bases jurídicas para los posteriores procesos de codificación de crímenes de carácter internacional, como es el caso del Tribunal Militar de Tokio³²², Tribunal Especial de la antigua Yugoslavia, Tribunal Especial para Sierra Leona, Tribunal especial para Ruanda y finalmente para el Tribunal Especial para Libia.

³²⁰ *Supra* pp. 176 a 177.

³²¹ Artículo VI del Estatuto del Tribunal de Núremberg.

³²² Estatuto del tribunal militar de Tokio. Disponible en www.conadih.pe

Como un último gran aporte se encuentra que fue la primera institución donde se dispuso que los individuos puedan ser sujetos de derecho internacional, toda vez que sean responsables por crímenes atroces cometidos contra la humanidad³²³.

Los principios establecidos por el Convenio de Londres, la Carta de Núremberg y las sentencias del Tribunal de Núremberg, fueron luego reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas como derecho consuetudinario y se le encomendó a la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas que codificará dichos principios. Los principios establecidos por el estatuto de Núremberg son los siguientes:

Principio I.

Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable del mismo y por consiguiente sujeto a castigo.

Principio II.

El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

Principio III.

El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales sea Jefe de Estado o un oficial responsable del Gobierno no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales.

Principio IV.

El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que demuestre que tenía la posibilidad de actuar de otra forma.

³²³ Comisión nacional de los derechos humanos México. *Tribunal militar internacional de Núremberg*. Disponible en www.cndh.org.mx.

Principio V.

Cualquier persona acusada de un crimen bajo las leyes internacionales tiene el derecho de un juicio justo ante la ley.

Principio VI.

Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales:

- i. La planificación, preparación, iniciación o comienzo de un guerra de agresión, o una guerra que viole los tratados internacionales, acuerdos o promesas.*
- ii. La participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados en (i).*

b. Crímenes contra la Guerra:

Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra que incluyen, pero no están limitadas a, asesinato, trato inhumano o deportación como esclavos o para cualquier...

Principio VII.

La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad tal como fueron expuestos en los Principios VI, es un crimen bajo las leyes internacionales³²⁴.

La Corte Internacional de Justicia también se pronunció sobre cuáles crímenes sería posible el ejercicio de jurisdicción universal, específicamente en el caso de *Barcelona Traction*³²⁵ donde se mencionaron como ejemplos la agresión, genocidio y la violación de los derechos fundamentales de la persona.³²⁶

A fin de analizar cada uno de los crímenes sobre los cuáles podría ejercerse jurisdicción universal seguiré el orden de los principios del Estatuto de Núremberg.

³²⁴ Principios Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Disponible en www.icrc.org

³²⁵ CIJ. *Barcelona Traction*. Disponible en www.cij-icj.com. Un análisis de este caso en el pie n°263 de la p. 119.

³²⁶ Rosalyn Higgins *op.cit* en pie n.1 pp.56 a 77..

i. Crímenes contra la paz.

El artículo 6 del Estatuto de Núremberg indica como crímenes contra la paz los siguientes:

La dirección, la preparación, el desencadenamiento o la persecución de una guerra de agresión...

Sin embargo, la noción de crimen contra la paz antecede a lo declarado en el Estatuto de Núremberg, ya que se encuentra ya una prohibición al uso de la fuerza en las relaciones internacionales en el tratado de renuncia a la guerra, más conocido como pacto Briand-Kellog³²⁷.

El pacto Briand-Kellog de 27 de agosto de 1928 es un tratado suscrito por Estados Unidos, Bélgica, Francia, el Reino Unido, Italia, Japón, Polonia y Checoslovaquia, cuya intención principal era la de renunciar expresamente a la posibilidad de utilizar la guerra como un instrumento de política nacional y de regular sus relaciones mutuas sólo a través de procedimientos pacíficos y realizarse en el orden y la paz. A fin de obtener tal propósito sujeta el incumplimiento a la privación de los beneficios que presentaba el tratado en sí³²⁸.

El origen del pacto Briand-Kellog fueron las conferencias internacionales antibelicistas y de desarme que se celebraron en la década de 1920, las cuales se organizaron como una respuesta a la grave situación planteada después de la primera guerra mundial. Este pacto, sin embargo, fracasó en su tan loable propósito, no consiguiendo evitar las agresiones que ocurrieron en la década de 1930³²⁹ y resultó un total fracaso al desatarse la segunda guerra mundial³³⁰.

El pacto Briand-Kellog tiene como gran virtud el que dio un nuevo concepto de guerra en el siglo XX, como acto ilegal cometido por un país agresor sobre otro. Con anterioridad al pacto mencionado, se entendía que todo conflicto bélico era un acto legítimo emprendido por los Estados y en el que no debían intervenir las demás naciones. Es en este hecho donde se entiende que ya en este tratado se hablaba de crimen contra la paz, el emprender un conflicto bélico como modo de

³²⁷ Tratado de Renuncia a la Guerra – Pacto Briand-Kellog (1928). Disponible en www.dipublico.com.ar.

³²⁸ Reseña al Pacto Briand-Kellog. Disponible en www.wikimedia.org/wiki/pacto_briand-kellog.

³²⁹ 1931 Invasión Dongbei Pingyuan (Manchuria) por parte de Japón. 1935 Incursión Italiana en Etiopía.

³³⁰ Pacto Briand-Kellog una forma de buscar la paz. Disponible en historia.mforos.com

solución de conflictos *inter* Estados, ya que las naciones que suscribieron este pacto renunciaron a esta posibilidad.

La doctrina establecida por el tribunal de Núremberg indica que los crímenes contra la paz son aquellos que consisten en la comisión de un acto de agresión. Esto en teoría es un tema fácil de entender, sin embargo, en el caso de los crímenes contra la paz, los que por definición son crímenes cometidos en el contexto de un conflicto armado donde se espera al menos que ocurra alguna especie de agresión física, resulta necesario el determinar qué actos de agresión constituyen crímenes contra la paz.

En la actualidad el tener un claro concepto de lo que constituye un crimen contra la paz es un tema de gran interés y relevancia internacional, ya que de parte de algunos Estados ha pretendido extender su alcance, de forma que calcen dentro de tal concepto los llamados actos de terrorismo internacional³³¹. La extensión del concepto de crimen contra la paz a los actos terroristas resulta, en todo caso, no apoyada por la mayoría de los Estados. Esta postura es sólo sostenida por aquellos Estados que se encuentran en la llamada *lucha contra el terrorismo*³³².

La ONU a su vez en el artículo 39 de su carta dispuso lo siguiente:

Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

*El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.*³³³

³³¹ *Supra*.

³³² Principalmente Estados Unidos es el gran defensor de esta extensión a la noción de crímenes contra la humanidad. De manera tal, que la ha utilizado en casos tan emblemáticos como el proceso seguido en contra de Saddam Hussein y en el de Osama Bin Laden.

³³³ Carta de las Naciones Unidas. Disponible en www.acnur.org.

- **El crimen de agresión como parte de los crímenes contra la paz.**

La importancia de definir claramente qué constituye un crimen contra la paz se ve reflejada en el trabajo tanto de los Estados en particular como de la Comisión de Derecho Internacional al definir el crimen de agresión.

Primeramente la doctrina internacional llegó al acuerdo que dentro de la noción de crimen internacional de agresión se deben incluir dos conceptos distintos, tales son:

Crimen de Agresión

Acto de agresión³³⁴

Ahora el hacer esta distinción se sustenta en la necesidad de separar lo que es la responsabilidad individual de la persona que en efecto realizó el acto delictivo, de lo que es la responsabilidad del Estado que, no castiga ni desincentiva tal actitud delictiva. En el primer caso nos encontraríamos ante un crimen de agresión y el segundo ante un acto de agresión.

La pregunta que cabe hacerse en este punto es el si es necesario el distinguir entre los actos de los individuos, de la responsabilidad que pueda caber al Estado; así también si la sanción de la será objeto el individuo se fundamenta en un incumplimiento de una obligación de carácter internacional o bien de su propia legislación nacional, sobre todo considerando que los tratados y convenciones internacionales en general regulan la conducta de un Estado como ente independiente de los individuos que lo componen, entonces, ¿donde fundamos la posible sanción del individuo? o más bien, ¿cómo hacemos efectiva la garantía plasmada en un tratado?.

A modo de dar solución a las anteriores interrogantes, la doctrina internacional distinguió el crimen del acto de agresión.

-El crimen de agresión en el Estatuto de Núremberg.

Dentro de lo que tratados internacionales se trata, el Estatuto de Núremberg fue uno de los primeros en realizar la distinción mencionada, ya que al hablar de guerra de agresión da la formulación de

³³⁴ Pérez-León, J: *El crimen de agresión en el Derecho Internacional*. Disponible en blog.pucp.edu.pe.

responsabilidad internacional individual. Dentro de la normativa que regula los crímenes contra la paz, el Estatuto de Núremberg incluye el crimen de agresión como una subespecie.

El estatuto de Núremberg en su artículo sexto, al referirse a su propia competencia señala:

El Tribunal establecido por el Acuerdo³³⁵ aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones: Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal...³³⁶

El artículo sexto del Estatuto entonces, hace una clara distinción de la responsabilidad del individuo de la del Estado u organización de la que es parte. La necesidad de distinción se justifica en el hecho de que los crímenes de derecho internacional no son realizados por una ideología o por entes abstractos, sino que por individuos³³⁷.

En el proceso de Núremberg se juzgo a líderes alemanes, quienes fueron acusados de la planificación y desarrollo de una guerra de agresión. En el caso de los hechos delictivos ocurridos en la segunda guerra mundial el Tribunal de Núremberg determino la existencia de responsabilidad individual, ya que se consideró que ninguno de dichos actos podría haberse llevado a cabo sin la intervención de personas que se encargaran de su planificación y preparación. Referente a la responsabilidad individual internacional, el proceso seguido contra Slobodan Milosevic³³⁸, sigue una misma línea que lo establecido por los tribunales de Núremberg, estableciendo lo siguiente:

³³⁵ El objeto de tal acuerdo era el de que se creará un tribunal militar internacional para enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo. El acuerdo fue suscrito el día 8 de agosto de 1945 por el gobierno de Estados Unidos de América, el gobierno provisional de la republica de Francia, el gobierno del Reino Unido y de Irlanda del norte y el gobierno de la Unión de Republicas Socialistas Soviéticas.

³³⁶ Estatuto del Tribunal de Núremberg, disponible en www.ehu.es.

³³⁷ Zuñiga, Y: *Análisis dogmático de los crímenes en el derecho internacional*. Revista de derecho (Valdivia). Diciembre 2001, vol. 12, n° 2. Disponible en mingaonline.uach.cl/scielo.php

³³⁸ Mandatario de Serbia y posteriormente de Yugoslavia que inició una limpieza étnica que condujo a una separación de etnias que finalmente llevó a la guerra de la antigua Yugoslavia, la cual estuvo marcada por un profundo odio racial y violencia. Hubo violentas guerras civiles, Serbia queda empobrecida y Kosovo debió ser evacuado. En el año 1999 Slobodan Milosevic fue acusado por crímenes de guerra y contra la humanidad. Se inició un proceso en su contra por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

*...individuals can be punished for violations of international law. Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced...*³³⁹

Tal y como indica Juan Pablo Pérez-León en su trabajo “el crimen de agresión en el Derecho Internacional”:

La lógica nos indica que Hitler no pudo haber efectuado por sí mismo una guerra de agresión, toda vez que él necesitó la cooperación de líderes o dirigentes de diversos sectores para llevar a cabo el crimen de agresión.

Este entendimiento de lo que era un crimen de agresión fue evolucionando con el tiempo y es así como nos encontramos ante un distinto planteamiento en el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional³⁴⁰.

-Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional referente al crimen de agresión.

La Comisión de Derecho Internacional es un órgano subsidiario de la Organización de las Naciones Unidas, fue establecida por la Asamblea General en el año 1947, siendo el propósito principal de su creación el promover un desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación³⁴¹.

En su trabajo la Comisión de Derecho Internacional notó que existía una falta de claridad mediana de lo que constituía un crimen de agresión, es así como en su informe de 1950 dispuso que los siguientes actos constituyeran crímenes de agresión:

- i. Planificación, preparación, iniciación o sostenimiento de una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías;*
- ii. Participación en un plan o conspiración común para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados bajo (i).*

Finalmente fue hallado muerto en su celda el 11 de marzo de 2006, en el centro de detención del Tribunal Penal en Scheveningen, la Haya, lo que puso fin al proceso llevado en su contra, sin que finalmente pudiera dictarse un dictamen al respecto.

³³⁹ *Judgement of the International Military Tribunal for the trial of German Major War Criminals*. Disponible en avalon.law.yale.edu.

³⁴⁰ En adelante CDI.

³⁴¹ López, A. *La codificación del Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI, luces y sombras en la labor de la CDI*. Disponible en eprints.ucm.es

De lo regulado por la Comisión de Derecho Internacional se puede notar que se abandona la terminología utilizada por los tratados internacionales y por la misma doctrina internacional, es decir, ya no distingue entre acto y crimen de agresión, derechamente se habla de agresión.

Sin embargo, el informe de la Comisión de Derecho Internacional no definió el crimen de agresión, por lo que fue necesario que la Asamblea General de las Naciones Unidas diera un concepto, éste fue finalmente establecido por la resolución 3314.

La resolución 3314 de la asamblea general de las Naciones Unidas en su artículo primero, dispone lo siguiente:

*La agresión es el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición*³⁴².

Nótese que al definir la agresión, la resolución sujeta el crimen de agresión al uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, integridad o la independencia política de otro Estado, es decir no incluye la posibilidad de responsabilidad individual, como así tampoco entiende como agresión, la que se realice contra personas consideradas como individuos.

Existiendo aún la necesidad de tener un concepto claro de lo que constituye la agresión, en el año 1982 con el reinicio de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la codificación de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se volvió a plantear la necesidad de codificar el crimen de agresión y la gran dificultad que implicaba el definirlo. A pesar de que se planteó la necesidad de codificar y consecuentemente definir el crimen de agresión, la última versión del proyecto de código no contiene su definición, sólo reconoce la posibilidad de que exista responsabilidad individual por los actos que forman parte de ese crimen.

El problema de la falta de definición del crimen de agresión se presentó nuevamente en la preparación del Estatuto de la Corte Penal Internacional³⁴³, ya que, a pesar de que dicho crimen figura como una de las conductas punibles por la CPI, no se le da una definición.

³⁴² Organización de las Naciones Unidas, resolución 3314. Disponible en www.acnur.org.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, al referirse a los crímenes sobre los cuales la Corte tendrá competencia, en su artículo quinto dispone lo siguiente:

Crímenes de la competencia de la Corte

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

a) El crimen de genocidio;

b) Los crímenes de lesa humanidad;

c) Los crímenes de guerra;

d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas³⁴⁴.

Es decir incluye el crimen de agresión como de aquellos sobre los cuales la CPI tiene competencia, pero no indica su definición, ni siquiera da un catálogo de conductas que lo constituyan. El tratamiento que el Estatuto de la CPI da al crimen de agresión se entiende al analizar las diversas posturas de los Estados que lo negociaron, de hecho el definir la agresión y el hecho de incluirla como de aquellas que podrán ser conocidos por la Corte Penal Internacional fue un tema largamente discutido por la comunidad y doctrina internacional.

Se presentaron dos posturas, la postura de Estados Unidos que señaló la existencia de una agresión solamente podía ser determinada por el Consejo de Seguridad y la segunda, en que varios Estados plantearon que el Estatuto de la CPI debería tener una definición autónoma y firme de lo que constituía una agresión. Finalmente prevaleció la segunda postura, dado que parecía más seguro el

³⁴³ En adelante CPI.

³⁴⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Disponible en www.derechos.net.

tener un concepto ya establecido de lo que constituye una agresión y no que se analizara el caso a caso por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Una propuesta de enmienda al estatuto de Roma, que se encuentra actualmente en revisión, define el crimen de agresión en el párrafo 1° de su artículo 8° bis de la siguiente forma:

A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas³⁴⁵.

El Comité Internacional de la Cruz Roja por su parte, al tratar el tema de la agresión, habla de la posibilidad de hablar la doctrina de una guerra justa, Vattel fue el primero en cuestionarlos indicando lo siguiente:

La guerra no puede ser justa por ambas partes. Una se atribuye un derecho, la otra lo cuestiona; una denuncia una injuria, la otra la niega. Son dos personas que se disputan por la verdad de una proposición. Es imposible que dos sentimientos contrarios sean verdaderos al mismo tiempo.

Sin embargo, puede suceder que ambos contendientes obren de buena fe. Y en una causa dudosa, no se puede determinar con seguridad de qué lado se encuentra el derecho. Luego, como las naciones son iguales e independientes, y unas no pueden erigirse en jueces de otras, en toda causa sujeta a duda, las armas de ambas partes beligerantes deben considerarse legítimas, al menos en lo que concierne a los efectos externos y hasta que se decida sobre la causa.

A su vez la propuesta de enmienda se preocupa de definir el acto de agresión, el artículo 8 bis en su párrafo segundo define el acto de agresión de la siguiente forma:

³⁴⁵ Proyecto de enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión. Dicho proyecto fue una propuesta presentado en la conferencia de revisión del estatuto que celebró en Kampala, Uganda entre el 31 de mayo y 11 de junio del año 2010. Disponible en www.icc-cpi.int.

A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

Es necesario destacar que tanto la definición de crimen como de actos de agresión incluidas en la enmienda fueron influenciadas por la resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁴⁶.

-Primera revisión al Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La carencia de definición del crimen de agresión fue finalmente satisfecha en junio del año 2010 con la realización de la primera revisión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, llevada a cabo en la ciudad de Kampala, Uganda.

El determinar una definición para el crimen de agresión requirió de una enorme preparación previa, y de dos semanas de intenso debate en la primera revisión al Estatuto de Roma de la Corte Penal. Dentro de los textos aprobados, encontramos la definición del crimen de agresión en el artículo 8 bis el que expone lo siguiente:

*Crimen de Agresión*³⁴⁷

1. Para los propósitos de este Estatuto, el “crimen de agresión” significa la planificación, preparación, iniciación o ejecución, por cualquier persona en una posición efectiva para ejercer control sobre o directamente la acción política o militar de un Estado, de un acto de agresión que, por su carácter, gravedad o escala, constituya una manifiesta violación a la Carta de las Naciones Unidas.

2. Para los propósitos del párrafo 1, un “acto de agresión” significa el uso de fuerza armada por un Estado contra la integridad soberana, territorial o independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma inconsistente con

³⁴⁶ Coalition for the International Criminal Court. *Cumpliendo con la promesa de una Corte efectiva, justa e independiente. Crimen de agresión*. Disponible en www.iccnw.org

³⁴⁷ Artículo 8 bis acordado el 11 de junio del año 2010 por la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Disponible en www.icc-cpi.int.

la Carta de las Naciones Unidas. Cualquiera de los siguientes actos, independiente de una declaración de guerra, podrá, en concordancia con la resolución 3314(XXXIV) de la Asamblea de las Naciones Unidas de Diciembre de 1974, ser calificada como un acto de agresión:

a) La invasión o ataque por fuerzas armadas de un Estado en el territorio de otro Estado, o cualquier ocupación militar, aunque sea temporal, resultando de dicha invasión o ataque, o cualquier anexo por el uso de la fuerza en el territorio de otro Estado o parte de éste.

b) Bombardeo por fuerzas armadas de un Estado contra el territorio de otro Estado o por el uso de cualquier arma por un Estado contra el territorio de otro Estado.

c) El bloqueo de puertos o costas de un Estado por fuerzas armadas de otro Estado.

d) Un ataque por las fuerzas armadas de un Estado a las fuerzas terrestres, marítimas o aéreas, o flotas marítimas o aéreas de otro Estado.

e) El uso de fuerzas armadas de un Estado que se encuentren dentro del territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en contravención de las condiciones entregadas en el acuerdo o cualquier extensión de su presencia en tal territorio más allá de la terminación del acuerdo.

La acción del Estado en permitir que su territorio, que se encuentra a disposición de otro Estado, para ser usado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión en contra de un tercer Estado.

g) El envío de o en nombre de un Estado de fuerzas armadas, grupos, irregulares o mercenarios, que lleven a cabo actos de fuerzas armadas en contra de otro Estado de tal gravedad como de aquellos actos enlistados sobre este numeral, o que la gravedad de su participación sea sustancial.

El artículo 15 bis dispone lo siguiente:

Ejercicio de jurisdicción sobre el crimen de agresión.

1. *La Corte puede ejercer jurisdicción sobre el crimen de agresión de acuerdo con el artículo 13, párrafo (a) y (c), sujetos a las provisiones de este artículo.*
2. *La Corte puede ejercer jurisdicción sólo con respecto a los crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o la aceptación de las por 30 partes.*
3. *La Corte podrá ejercer jurisdicción sobre un crimen de agresión en concordancia con este artículo, sujeto a la decisión que tendrá lugar después de primero de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes como es requerido por la adopción de una enmienda a este Estatuto.*
4. *La Corte puede, de acuerdo con el artículo 12, ejercer jurisdicción sobre un crimen de agresión, que provenga de un acto de agresión cometido por un Estado parte, salvo que tal Estado Parte haya previamente declarado que no acepta tal jurisdicción enviando una declaración con el Registro. El retiro de tal declaración podrá ser efectuado en cualquier momento y será considerado por el Estado parte dentro de tres años.*
5. *Con respecto a un Estado que no sea parte de este Estatuto, la Corte no ejercitará su jurisdicción sobre el crimen de agresión cuando haya sido cometido por nacionales de tal Estado o en su territorio.*
6. *Donde el Fiscal concluya que existe una base razonable para proceder con una investigación con respecto al crimen de agresión, él o ella primero deberán establecer si el Consejo de Seguridad ha tomado una determinación sobre un acto de agresión si el Estado en cuestión ha estado involucrado. El Fiscal deberá notificar a la Secretaría General de las Naciones Unidas de la situación presentada a la Corte, incluyendo cualquier información y documentos relevantes.*
7. *Donde el Consejo de Seguridad haya tomado tal determinación, el Fiscal deberá proceder con la investigación con respecto al crimen de agresión.*
8. *Donde no se haya tomado tal determinación en seis meses contados desde la fecha de la notificación, el Fiscal podrá proceder con la investigación con respecto al crimen de*

agresión, siempre que la División de Cuestiones Preliminares haya autorizado el inicio de la investigación respecto de un crimen de agresión en concordancia con el procedimiento contenido en el artículo 15, y el Consejo de Seguridad no haya decidido de otra forma de acuerdo al artículo 16.

9. La determinación de un acto de agresión por un órgano que se encuentre fuera de la Corte se encontrará sin precedente frente a los descubrimientos de la misma Corte en concordancia con este Estatuto.

10. Este artículo es sin perjuicio de las provisiones relativas al ejercicio de jurisdicción con respecto a otros crímenes referidos en el artículo 5.

El Artículo 15 ter dispone lo siguiente:

Ejercicio de la jurisdicción sobre el crimen de agresión.

Consejo de Seguridad.

1. La Corte podrá ejercer jurisdicción sobre el crimen de agresión de acuerdo al artículo 13, párrafo (b), sujeto a las provisiones de este artículo.

2. La Corte podrá ejercer jurisdicción sólo con respecto a los crímenes de agresión cometidos después de un año de ratificada o aceptada las modificaciones por 30 Estados Partes.

3. La Corte deberá ejercer jurisdicción sobre el crimen de agresión de acuerdo a este artículo, sujeto a la decisión que se tomará luego del 1 de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la adopción de la enmienda a este Estatuto.

4. La determinación de un acto de agresión por un órgano fuera de la Corte no tendrá precedente para los propios descubrimientos de la Corte bajo este Estatuto.

5. Este artículo es sin perjuicio de las normas referías al ejercicio e jurisdicción con respecto a otros crímenes referidos en el artículo 5.

De la revisión al Estatuto de la Corte Penal Internacional, se logró entonces definir lo que constituía el crimen de agresión, que el mismo Estatuto ya castigaba, sin embargo, tal definición y el procedimiento establecido para conocer de un crimen de agresión ha tenido ya numerosas críticas.

Como una primera crítica, preocupa que se produzca una especie de doble estándar a la hora de castigar el crimen de agresión, ya que al acordar el régimen jurisdiccional para este crimen, se determinó la existencia de distintos procedimientos dependiendo si la situación fue referida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o si ha sido a solicitud de un Estado Parte o a iniciativa del mismo Fiscal, en las palabras de Souhaye Belhassen, presidente de la Federación Internacional por los Derechos Humanos:

*Reitero el llamado a los Estados Partes y al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a fin de que aseguren que no usarán esta enmienda de forma que parezca un doble estándar a la hora de buscar justicia.*³⁴⁸

Otra crítica a la actual enmienda al Estatuto de Roma es el que compromete el principio igualitario establecido en el propio Estatuto, ya que requiere que tanto el Estado agresor como el Estado de la víctima hayan ratificado la enmienda, a fin de ejercer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, lo que claramente se diferencia de lo establecido para el resto de los crímenes regulados por el Estatuto de Roma³⁴⁹. Esta limitación al ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es altamente criticable en razón de que los Estados podrán escoger el estar sometidos a la nueva regulación del crimen de agresión, aún siendo Estados Partes del Estatuto de Roma. Es una situación compleja, ya que no basta el que el Estado de uno de los involucrados haya ratificado la enmienda, ambos deben de haberlo hecho a fin de que se pueda presentar el caso ante la Corte Penal Internacional.

Tal como se encuentra regulado el crimen de agresión en la enmienda al Estatuto de Roma, la víctima queda totalmente desprotegida si su Estado o el Estado de su ofensor no han ratificado la enmienda, es tal como plantea Christofer Keith Hall, asesor legal *senior* de Amnistía Internacional:

³⁴⁸ Declaración de Souhaye Belhassen. Federación Internacional por los Derechos Humanos. Disponible en www.coalitionfortheicc.org.

³⁴⁹ Salvador Herencia Carrasco, Comisión Andina de Juristas. Disponible en www.coalitionfortheicc.org.

Los Estados podrán elegir el permanecer por encima de la ley.

Finalmente la efectividad de la enmienda al Estatuto de Roma y su activación de jurisdicción está sujeta a la decisión positiva de los Estados Partes, tal decisión deberá tomarse el 1 de enero del año 2017, o bien un año después de que se ratifique o acepte la enmienda por 30 Estados Partes, lo que sea que ocurra último.

Del trabajo de la Comisión revisora del Estatuto de la Corte Penal Internacional puede notarse el mismo nivel de reticencia que se presentó en anteriores negociaciones, independiente de que finalmente se logró obtener una definición del crimen de agresión, ésta aún no es una definición efectiva, a razón de que aún está sujeta a activación por la Asamblea de Estados Partes, la cual se pospone por 6 años más, al menos, ya que si la enmienda no es ratificada por 30 Estados en ese período de tiempo, el plazo se extiende.

Esperemos que la enmienda sea ratificada por al menos 30 Estados antes del 1 de enero de 2017.

Pareciera que en la preparación del nuevo articulado del Estatuto de la Corte Penal Internacional fue necesario hacer numerosas concesiones a fin de lograr la enmienda que hoy se presenta y espera ratificación de los Estados Partes.

Ahora no todo es críticas respecto al trabajo de la Comisión Revisora del Estatuto de la Corte Penal Internacional, un gran logro, es que finalmente los Estados Partes acordaron una definición del crimen de agresión, además permitirá la intervención humanitaria y una efectiva acción de la Corte Penal Internacional al mismo nivel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, incluso sin intervención previa del Consejo de Seguridad³⁵⁰. Estos son grandes logros, considerando la historia de la preparación del texto y procedimiento del crimen de agresión, fueron años de negociaciones infructuosas, donde finalmente no se acordaba siquiera el concepto de dicho crimen.

La necesidad de acordar un concepto de crimen de agresión y el proporcionarle un procedimiento era de gran importancia para la comunidad internacional, en efecto, en la actualidad se han presentado diversos casos que han involucrado situaciones de agresión, que han sido de interés de la

³⁵⁰ Raúl Pangalangan, Coalición por la Corte Penal Internacional de Filipinas. Disponible en www.coalitionfortheicc.org

comunidad internacional como un todo, tales como el de Slobodan Milosevic de Serbia, el de Charles Taylor de Liberia y el tribunal especial para Sierra Leona.

En estos casos finalmente se les castigo por haber cometidos crímenes de guerra y no la más grave acusación de la guerra de agresión, sin embargo, en el caso particular del tribunal de Núremberg es posible el reconocer algunas virtudes, como lo plantea Rodrigo Lledo Vasquez, en su libro Derecho internacional Penal, como una primera gran virtud la sentencia del tribunal de Núremberg de 1° de octubre de 1946 sienta de modo indubitado el carácter de criminal de la guerra de agresión, admite al individuo en el campo del derecho internacional, tanto en su calidad de sujeto activo como pasivo y sienta que las obligaciones internacionales impuestas a los individuos han de primar en todo evento sobre sus deberes de obediencia hacia el Estado del cual dependen³⁵¹.

Uno de los grandes fracasos del Tribunal de Núremberg como de otros tribunales especiales es el que finalmente se acusa y sanciona sólo por crímenes de guerra y no por la más grave acusación, que es la de guerra de agresión.

ii. Crímenes de guerra.

Los crímenes de guerra junto con la piratería son aceptados por la mayoría de la comunidad internacional como crímenes sobre los que se puede ejercer jurisdicción universal³⁵². Han sido además regulados por al menos 120 Estados, quienes han redactado legislaciones que, en ciertas circunstancias, conceden jurisdicción universal a sus tribunales sobre todos o algunos de los crímenes de guerra, en ciertas circunstancias³⁵³.

Internacionalmente los crímenes de guerra están contemplados en el artículo 6 b) del Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg³⁵⁴, dicho artículo indica qué crímenes constituyen crímenes de guerra.

El artículo 6 b) del Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg dispone lo siguiente:

³⁵¹ Rodrigo Lledo *op.cit.* pp178 a 180.

³⁵² Malcolm N. Shaw. *op.cit.* en pie n. 9. p 5

³⁵³ Amnesty International *op.cit.* en pie n. 120. p 10.

³⁵⁴ Carta del Tribunal de Núremberg. Disponible en www.amnesty.org

... la violación de las leyes y costumbres de la guerra. Estas violaciones comprenden, sin que tenga carácter limitativo, el asesinato, los malos tratos o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o cualquier otro propósito, de la población civil en los territorios ocupados, el asesinato o los malos tratos de los prisioneros de guerra...

Los crímenes de guerra, como todos los regulados por el Estatuto de Núremberg eran ya considerados delitos para el derecho internacional³⁵⁵, es decir, no es su establecimiento en este documento lo que lo valida como de derecho internacional, sino, que al igual que el delito de piratería, el crimen de guerra podría llegar a ser conocido por un tribunal nacional.

A pesar de esta claridad tanto doctrinaria como a nivel de tratados internacionales, las legislaciones de cada uno de los Estados parecieran no ser uniformes sobre qué actos constituyen crímenes de guerra. Las legislaciones nacionales que tratan el tema, fallan en proporcionar definiciones claras de cada uno de los actos ilícitos que constituyen un crimen de guerra. Esta situación genera una mayor confusión y por ello al momento de buscar que un tribunal nacional conozca de un crimen de guerra, será necesario fundamentarlo basado en la jurisdicción y doctrina del país en cuestión.

iii. Crímenes contra la humanidad.

El concepto de crimen contra la humanidad, a diferencia de lo que ocurre con los crímenes de guerra, es entendido por la comunidad internacional de una manera más extensiva. Es así como puede ejercerse jurisdicción universal por un tribunal, independientemente de si la violación fue cometida en tiempos de paz o de guerra³⁵⁶. Sin embargo, tanto los crímenes contra la humanidad como los de guerra cubren sustancialmente un mismo número de ofensas³⁵⁷.

El artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal de Núremberg³⁵⁸ establece una enumeración de delitos que constituyen crímenes contra la humanidad, tal es la siguiente:

³⁵⁵ Luis T. Díaz Muller. *op.cit.* en pie n. 194. p 5

³⁵⁶ Malcolm N. Shaw. *op.cit.* en pie n. 9. pp. 458 a 467.

³⁵⁷ Ian Brownlie. *op.cit.* en pie n.12. p 50 a 67.

³⁵⁸ Acta del Tribunal de Núremberg. Disponible en www.amnesty.org

...el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y todo acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos o persecuciones hayan constituido o no una violación del derecho interno del país.

Pese a lo declarado en el Estatuto de Núremberg, la comunidad internacional, al momento de ejercer jurisdicción universal, sólo tiene cierta claridad que puede ejercerse con respecto al genocidio y la tortura. Con respecto a las ofensas mencionadas en el párrafo anterior, las diversas legislaciones los han considerado crímenes susceptibles de ser juzgados por un tribunal nacional en virtud de la base de jurisdicción universal³⁵⁹.

El concepto de crimen contra la humanidad fue ampliamente tratado en un informe redactado por la Secretaría General de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un tribunal para la ex-Yugoslavia, tal informe la definió de la siguiente forma:

*Los crímenes contra la humanidad son aquellos que apuntan a cualquier población civil y están prohibidos independiente de si son cometidos en el contexto de un conflicto armado, de carácter internacional o interno*³⁶⁰

*Los crímenes contra la humanidad se refieren a actos inhumanos de una naturaleza muy seria, tales como matanza voluntaria, la tortura o la violación, cometidas como parte de una ataque sistemático y expandido contra cualquier población civil, teniendo como base para ello motivos de nacionalidad, política, etnia, raza o política*³⁶¹.

³⁵⁹ Marks, J.: *Mending the Web: Universal Jurisdiction, Humanitarian Intervention and the Abrogation of Immunity by the Security Council*. (University of North Carolina- Chapel Hill School of Law). Disponible en ssrn.com.

³⁶⁰ Traducción propia, texto original dispone lo siguiente:

Crimes against humanity are aimed at any civilian population and are prohibited regardless of whether they are committed in an armed conflict, international or internal in character".

³⁶¹ Disponible en www.redress.org

Traducción propia, texto original dispone lo siguiente:

Crimes against humanity refer to inhumane acts of a very serious nature, such as willfull killing, torture or rape, committed as a part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, ethnic, racial or religious grounds".

Uno de los casos más emblemáticos en que se conoció por la Corte Suprema de Israel sobre crímenes contra la humanidad es el Caso Eichman³⁶².

Adolf Eichmann fue la cabeza del departamento de asuntos judíos de la Gestapo desde 1941 a 1945 y fue además el jefe de operaciones de la deportación de tres millones de judíos a campos de exterminio. Después de la Segunda Guerra Mundial, Eichmann logró escapar hacia Argentina, donde asumió el nombre de Ricardo Klement. En Argentina Eichmann vivió 10 años hasta que en el año 1961 fue secuestrado por miembros del Mossad³⁶³ para ser juzgado en Israel.

Una vez en Jerusalén fue procesado por la justicia israelí, siendo finalmente sentenciado a muerte y en efecto ejecutado en la prisión de Ramleh el 31 de mayo de 1962³⁶⁴.

El proceso seguido contra Adolf Eichmann fue altamente controvertido, primeramente debido a la forma en que fue presentado ante el tribunal, es decir vía secuestro planificado y ejecutado por el Mossad y porque Eichmann es el único sentenciado a muerte en los 62 años de existencia del estado de Israel, siendo esta pena sólo posible de aplicar en el caso de crímenes contra la humanidad.³⁶⁵

Los cargos de los que Eichmann fue acusado fueron:

- Coordinación de las deportaciones de los judíos de Alemania y de otras partes de Europa a los campos de concentración. Principalmente la deportación de Judíos a Polonia, ya que esto fijo el patrón para las deportaciones futuras.
- Coordinación de la deportación de 10.000 gitanos
- Ser miembro de organizaciones criminales (tropas de asalto, servicio de seguridad y la Gestapo).

El tribunal israelí fundamentó el ejercicio de su jurisdicción en su propia legislación, fundamentalmente en la Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law 5710-1950³⁶⁶. Dicha ley en su artículo primero letra a dispone lo siguiente:

³⁶² Caso Eichmann. Disponible en www.redress.org

³⁶³ Mossad. Es el instituto de inteligencia y operaciones especiales del gobierno Israelí, cuyo fin es el de recolectar información, analizar inteligencia y realizar misiones encubiertas especiales mas allá de sus fronteras.

³⁶⁴ Biografía de Adolf Eichmann. Disponible en www.nizkor.org.

³⁶⁵ Gilbert, A: *Adolf Eichman*. Disponible en www.elultimosobreviviente.com.

³⁶⁶ Nazis and Nazi Collaborators (punishment) Law. Disponible en www.mfa.gov.il

La persona que ha cometido una de las siguientes ofensas

(1) durante el período del régimen Nazi en un país hostil, llevo a cabo un acto que constituye un crimen contra el Pueblo Judío;

(2) Durante el período del régimen Nazi, llevo a cabo un acto que constituya un crimen contra la humanidad, en un país hostil;

(3) Durante el período de la segunda guerra mundial, llevo a cabo un acto que constituyo un crimen de guerra, en un país hostil:

Será susceptible de ser condenado a la pena de muerte.

La sección 3(a) de la misma ley establece que:

Una persona que, durante el período del régimen Nazi, haya sido miembro de, o haya actuado o ejercido cualquier función, en una organización hostil³⁶⁷, en un país hostil, es susceptible a aprisionamiento por un plazo que no exceda de siete años³⁶⁸.

Analizando una apelación en el caso Honigman v. Attorney General³⁶⁹, caso cuya jurisdicción también se fundamentaba en la Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law 5710-1950, el Juez Chesnin indicó lo siguiente:

La ley en cuestión fue diseñada para hacer posible el juzgar en Israel a los Nazis, sus colaboradores por el asesinato de la gente Judía... y por los crímenes contra la humanidad como un todo...esta ley en particular es totalmente diferente de otras normativas en un código criminal: Esta ley es retroactiva y extraterritorial...

Esta ley es entonces claramente una legislación nacional que tiene aplicación extraterritorial, que no se fundamenta en una conexión entre el Estado que intenta ejercer jurisdicción y el victimario, en efecto la ley indica claramente el punto y lugar donde se aplicará, de esa forma indica que se aplicará a crímenes extranjeros ocurridos en el tiempo de la Segunda Guerra Mundial.

³⁶⁷ El concepto de organización hostil está definido en la sección 3(b) de la ley Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law 5710-1950, en cuanto al período del régimen Nazi la sección 16 lo define como el período de la Segunda Guerra Mundial.

³⁶⁸ Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law 5710-1950. Disponible en www.mfa.gov.il

³⁶⁹ Honigman v. Attorney General 18 I.L.R. 542, 543 (Isr. S. Ct. 1953).

Esta aplicación de la ley nacional a un caso que tiene connotación internacional claramente difiere de la normal aplicación de una ley criminal nacional, que generalmente legisla para lo futuro y no, o al menos no solamente hacia lo pasado. Así también la Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law 5710-1950 no busca el sancionar delitos o crímenes cometidos en su territorio, sino los ocurridos en territorio extranjero durante la Segunda Guerra Mundial, de hecho Israel no existía al momento de la comisión de los delitos cometidos por el régimen Nazi.

Ahora esta aplicación de carácter extraterritorial de la propia legislación, se fundamenta finalmente en el mismo objeto de la la Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law, era la única forma de que los llamados capos nazi pudieran ser juzgados por tribunales Israelíes.

Los jueces de Israel creen encontrar el fundamento último de su ejercicio de jurisdicción extraterritorial, en el que no hay asunto en el que se pueda decir con mayor justicia el que las leyes dictadas en ordinarias circunstancias y para las necesidades usuales de la sociedad parecen insuficientes para cubrir los dictámenes de la justicia y del derecho que aquellas referidas a los crímenes nazi cometidos contra la humanidad en general, y contra el pueblo judío en particular.

Volviendo al caso Eichmann, en el proceso que se siguió en su contra en Jerusalén Adolf Eichmann constantemente alegó el no haber cometido ningún acto ilícito, que un individuo como él en caso alguno podría haber tomado las decisiones de persecución contra la nación judía, entonces su argumento principal era el de la obediencia debida³⁷⁰. Al respecto expuso lo siguiente:

No perseguí a los judíos con avidez ni con placer. Fue el gobierno quien lo hizo. La persecución, por otra parte, sólo podía decidirla un gobierno, pero en ningún caso yo. Acuso a los gobernantes de haber abusado de mi obediencia. En aquella época era exigida la obediencia, tal como lo fue más tarde de los subalternos³⁷¹.

Las últimas palabras de Eichmann fueron:

³⁷⁰ Obediencia debida: Materia estudiada en derecho penal, es una circunstancia que exime de responsabilidad penal por delitos cometidos en el cumplimiento de una orden que fue impartida por un superior, es decir, en el caso de cumplirse los supuestos el subordinado es eximido de responsabilidad, a pesar de tratarse del autor material del hecho, pasando la sanción penal a su superior jerárquico.

³⁷¹ Eichmann v. Attorney General. Declaración Adolf Eichmann ante el tribunal de Jerusalén. Disponible en www.britannica.com

*Larga vida a Alemania. Larga vida a Austria. Larga vida a Argentina. Estos son los países con lo que más me identifico y nunca los voy a olvidar. Tuve que obedecer las reglas de la guerra y las de mi bandera. Estoy listo*³⁷²

Eichmann siempre sostuvo que no cometió ningún acto delictivo, sino que sólo siguió las órdenes dadas por sus superiores durante toda su vida como oficial.

El argumento de la obediencia debida no sólo fue sostenido por Eichmann, sino por otros ex oficiales Nazi sometidos a proceso, ya fuera ante los tribunales de Núremberg como ante la jurisdicción nacional de Israel, sin embargo, fue sostenidamente rechazado, indicándose que si se le daba validez a tal argumento todas las personas involucradas en el holocausto resultarían libres, pero tal como se indicó con anterioridad, nunca se podrían cometer crímenes contra la humanidad si sólo fueran imputables los gobernantes o el estado en cuestión.

-Listado de Crímenes contra la humanidad.

Dentro de lo que se entiende como crimen contra la humanidad se encuentra el genocidio y la tortura, ambos tienen convenciones que los regulan y además son aceptados por gran parte de la comunidad internacional como susceptibles de ejercicio de jurisdicción extraterritorial, por implicar violaciones tan graves que trascienden al interés de un solo Estado.

- Genocidio.

Tal como se mencionó con anterioridad, la posibilidad de ejercer jurisdicción universal sobre el crimen de genocidio ha sido aceptada por un gran número de países. Las legislaciones de 60 Estados han permitido a sus tribunales el ejercer jurisdicción universal en el caso de haberse cometido genocidio³⁷³.

³⁷² Últimas palabras de Adolf Eichmann antes de ser ejecutado. Disponible en www.nizkor.org

³⁷³ Amnesty International *op.cit.* en pie n. 120.

En cuanto a su regulación por el derecho internacional, el delito de genocidio fue regulado por las Naciones Unidas en el año 1948, en la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio³⁷⁴, esta Convención define al delito de genocidio de la siguiente forma:

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;*
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;*
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.*

La Convención contra el Genocidio en su artículo quinto exige lo siguiente:

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

La necesidad para la comunidad internacional de legislar sobre el delito de genocidio fue manifestado en uno de los considerandos de la convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio, donde se indicó lo siguiente:

...reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infringido grandes pérdidas a la humanidad...

³⁷⁴ Convención sobre la prevención y sanción del delito genocidio. Disponible en www.icrc.org.

Era entonces necesario entregar una normativa de carácter internacional que previniera y sancionara los actos de genocidio que en efecto estaban ocurriendo en el mundo, con anterioridad a la dictación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, uno de aquellos fue el plan de exterminio del imperio Otomano y la Turquía moderna contra los armenios, el cual fue reconocido como tal por la subcomisión de derechos humanos de las naciones unidas al aprobar el informe redactado por Benjamín Whitaker en 1985³⁷⁵.

El genocidio cometido contra los armenios, fue un hecho muy poco conocido por la comunidad internacional y ha sido constantemente negado por la actual Turquía, sin embargo, es un hecho el que a finales de 1880 existían alrededor de 2.500.000 armenios viviendo en el Imperio Otomano, y desde la Primera Guerra Mundial el número de armenios viviendo en Turquía no sobrepasaba los 100.000, esta gran diferencia puede explicarse en la gran cantidad de armenios que fueron exterminados y forzados a emigrar en el período de 1894 a 1921³⁷⁶.

Debido a que se estaban cometiendo estas violaciones a los derechos humanos, que eran de interés de la comunidad internacional como un todo, es que la Convención sobre la Prevención y el Castigo al Crimen del Genocidio fue la primera en referirse a los derechos humanos adoptada por las Naciones Unidas, siendo una de las primeras respuestas a la Carta de Núremberg³⁷⁷.

La Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en su artículo primero dispone que el genocidio es un crimen bajo el derecho internacional, la Convención, sin embargo, omite el indicar de forma clara a quien corresponde ejercer jurisdicción sobre dicho crimen³⁷⁸. La Convención sobre la Prevención y el Castigo del Genocidio se limita a indicar que cualquier

³⁷⁵ *El concepto de genocidio*. Disponible en www.genocidioarmenio.com

Benjamín Whitaker fue designado relator especial de las naciones unidas para revisar la convención sobre la prevención y sanción del genocidio, principalmente el revisar el cumplimiento de ésta por parte de los estados, en tal informe ubico a los eventos acaecidos en Turquía como un genocidio.

³⁷⁶ *El genocidio armenio*. Disponible en birdofprey.bxscience.edu

³⁷⁷ Reydamns. *op.cit.* en pie n. 10, p 47

³⁷⁸ Huhle, R. *De Núremberg a la Haya, los crímenes de los derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas*. Disponible en www.derechos.org

persona que cometa actos de constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeto a castigo³⁷⁹.

Una primera redacción del artículo séptimo indicaba que en virtud de esta Convención, los Estados contratantes podían castigar a un ofensor que se encontrará en territorio bajo su jurisdicción, independiente de la nacionalidad del ofensor o el lugar donde la ofensa haya sido cometida. Es así como se consagraba el llamado principio de la represión universal del genocidio³⁸⁰.

Esta consagración explícita de la represión universal del genocidio, no fue bien aceptada por la mayoría de los Estados, Estados Unidos propuso que en vez de entender al genocidio como un delito de jurisdicción universal, más bien pudiera un tribunal extranjero conocer sólo con el consentimiento de los Estados donde el delito había sido cometido.

Debido al conflicto antes planteado la convención abandonó el principio de represión universal indicando lo siguiente:

Las personas acusadas de haber cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo IV deberán ser juzgados por un tribunal competente del estado en cuyo territorio el acto haya sido cometido o por un competente Tribunal Internacional.

A pesar de cómo finalmente fue regulado el delito de genocidio por la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el derecho consuetudinario reconoce al genocidio como un crimen contra la humanidad que atrae jurisdicción universal. Este reconocimiento se fundamenta principalmente en la jurisprudencia sentada por tribunales como el de la antigua Yugoslavia, donde se reconoció como genocidio a los actos de las fuerzas serbio-bosnias en Srebrenica en el año 1995, en la llamada masacre de Srebrenica³⁸¹ y la “limpieza étnica” llevada a cabo en la llamada guerra de Bosnia.

³⁷⁹ Principios de Tribunal de Núremberg, 1950. Disponible en www.geocities.com/mifisico.

³⁸⁰ Principio de la represión universal del genocidio:

³⁸¹ La masacre de Srebrenica, se denomina de esta forma a la matanza y la ejecución sistemática por fuerzas Serbias de 7000 hombres musulmanes Bosnios en el enclave de la área Srebrenica en 1995.

La Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, sin embargo, ha sido cuestionada en su efectividad, aún más en su prevención, es así como luego de haberse dictado la Convención se cometieron numerosos casos de genocidio, como la masacre en Paraguay de los indígenas Ache, las matanzas Iraníes en Baha'is³⁸².

A pesar de lo anterior, el derecho consuetudinario reconoce al genocidio como un crimen contra la humanidad que atrae jurisdicción universal, así lo ha declarado el tribunal para la antigua Yugoslavia. Así también se encontraban legislaciones como la española y la belga, las que declaraban al genocidio como un delito de persecución internacional³⁸³. En efecto, se ha ejercido jurisdicción universal en numerosos casos, siendo uno de los más emblemáticos el de *Unión Progresista de Fiscales de España et al. Pinochet*³⁸⁴.

-Problemas ante los que se encuentra un tribunal al intentar ejercer jurisdicción universal sobre un caso de genocidio.

El principal problema ante el que se enfrenta un tribunal nacional, al intentar ejercer jurisdicción universal sobre un caso de genocidio ocurrido en el extranjero, es la oposición a este ejercicio por parte de algunos Estados, su argumentación es en general la siguiente:

- Un tribunal nacional, ajeno al Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen, intenta ejercer jurisdicción, sin tener conexión alguna con el asunto, viola la soberanía del Estado donde dicho crimen ha ocurrido.
- Caso del genocidio, nos encontramos ante una ofensa que generalmente implica la responsabilidad del Estado donde la violación se ha cometido. Si bien el genocidio no es un delito

³⁸² Lee, S: *Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of Its International Obligations*. Virginia Journal of International Law Association. Disponible en www.lexis-nexis.com

³⁸³ *Auto de inhibición del Juzgado Central de Instrucción N6 de la Audiencia Nacional Española, encargado de la causa por desaparecidos durante la dictadura militar chilena, en favor del Juzgado Central de Instrucción N5, donde se sigue la causa por desaparecidos durante la dictadura argentina*. Disponible en derechos.org/nizkor. Ver también Luc Reydamns. *Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives*.

³⁸⁴ Luc Reydamns. *op.cit* en pie n.10. pp. 47 a 53.

político, su persecución tiene implicancias políticas³⁸⁵, en cuanto puede conducir al que un tribunal extranjero juzgue los actos de gobiernos extranjeros³⁸⁶.

La jurisprudencia de los tribunales nacionales indica, que al momento de ejercer jurisdicción universal en el caso de genocidio utiliza la siguiente argumentación:

El ejercer jurisdicción universal sobre un caso de genocidio, del cual el Estado que tiene jurisdicción territorial no la ejerce, no implica una violación a la soberanía de dicho Estado. Lo anterior en cuanto, el no iniciar procedimientos o solicitar la extradición de los ofensores, el Estado que tiene jurisdicción territorial esta tácitamente renunciando a su derecho a juzgar³⁸⁷.

Hasta hace algún tiempo para los tribunales de ciertos Estados, como España y Bélgica el ejercer jurisdicción universal basándose en su propia legislación no invadía ni interfería en la soberanía del Estado en donde el crimen fue cometido. Sin embargo, tanto Bélgica como España han modificado sus legislaciones, restringiendo su posibilidad de ejercicio de jurisdicción universal.

La legislación belga ha sido modificada ya en dos ocasiones, una primera en el año 1999 que dispuso que los tribunales belgas sólo pudieran iniciar una investigación basados en la jurisdicción universal, cuando el acusado se encontrará físicamente en Bélgica. Una segunda modificación a la legislación belga fue realizada el año 2003, estableciendo que los tribunales belgas podrían ejercer jurisdicción universal sólo en aquellos casos en que exista un claro contexto belga, es decir, que el acusado o la víctima sean de nacionalidad belga o al menos sea residentes de dicho país³⁸⁸.

España por su parte en junio del año 2009, aprobó una enmienda que limito el ejercicio de jurisdicción universal sobre crímenes internacionales sólo a los casos en los que se acredite que existen vínculos con el Estado de España, como el caso que las víctimas sean españolas o que los

³⁸⁵ Rainer Huhle. *op.cit.* 213 pp. 50 a 65.

³⁸⁶ Luc Reydamns. *op.cit* en pie n.10 pp.22.

Al indicar la discusión sobre la posibilidad de Represión Universal por la Comisión *Ad-Hoc* de la Convención por la prevención y prohibición del genocidio.

³⁸⁷ Luc Reydamns *op.cit* en pie n.10 pp.22.

Posición presentada por Australia, Brasil, Dinamarca, Haití, India, Filipinas y Venezuela en la discusión sobre la redacción del artículo VII de la Convención contra el genocidio.

³⁸⁸ Peraz, L: *La jurisdicción universal. Una realidad en constante construcción*. Dikaion vol. 20, n°015 Universidad de la Sabana. Chia Colombia. Pp.323-364. Disponible en redalyc.uamex.mx

presuntos responsables se encuentren en España o que tengan un vínculo de conexión relevante con España³⁸⁹.

En el caso del genocidio, son los mismos gobiernos los que organizan o participan de la perpetración del delito. Así podemos verlo en el caso de las violaciones cometidas en la Alemania nazi, como también en el caso de la matanza de población en Ruanda, así como también en lo ocurrido en la ex-Yugoslavia.

Lo anterior conduce a un segundo argumento a favor de la jurisdicción universal en casos de genocidio, referente a una regla de procedimiento, el que nadie puede ser juez y parte. ¿Cómo podría pedirse objetividad a los tribunales del Estado, cuyo gobierno ha cometido el acto genocida, como es el caso de la ex-Yugoslavia o que ha llamado a la ejecución de actos genocidas, tal como sucedió en Ruanda.

En los casos antes mencionados, los delitos fueron conocidos por tribunales internacionales especialmente constituidos para ese fin³⁹⁰. Sin embargo, la comunidad internacional no puede esperar que ante la comisión de delitos como el genocidio deba constituirse siempre un tribunal especial.

Es en estos casos que se presentan conflictos de intereses importantes que el ejercicio de jurisdicción universal por parte de los tribunales de los diversos Estados resulta fundamental. Debido a que si bien existe una Corte Penal Internacional, ésta tiene una jurisdicción complementaria a la de los tribunales de los diversos Estados, y no puede perseguir personalmente a personas naturales.

La Convención contra el Genocidio, sólo dispone para los Estados partes el deber de impedir que el crimen de genocidio sea cometido en su territorio, y en el caso de que dicha ofensa sea cometida, el deber de juzgar a los responsables corresponde al estado donde el crimen fue llevado a cabo.

Como posibilidad complementaria la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio dispone que un tribunal internacional pueda ejercer jurisdicción sobre casos de

³⁸⁹ Brody, R: *Llanto por la jurisdicción universal*. Human Rights Watch. Disponible en www.hrw.org

³⁹⁰ Dworkin, A: *Crimes of War*. Disponible en www.crimesofwar.org

genocidio, tal y como se ha visto ya, ocurrió con el Tribunal Especial para la Antigua Yugoslavia, lejano oriente, Ruanda, Sierra Leona y Líbano.

Sin embargo, debido a que la constitución de un tribunal especial no siempre es posible, o no siempre se presenta como la respuesta más eficaz o la menos controvertida es que es necesario el ejercicio de jurisdicción universal por parte de los Estados, ya que lo dispuesto por la Convención sobre la Prevención y Sanción del Genocidio no implica una prohibición al ejercicio de jurisdicción universal, los Estados son libres de legislar al respecto, siempre y cuando no legislen en contra de lo dispuesto en la convención.

- Tortura.

La tortura, al igual que el genocidio es considerada como castigable según el derecho internacional³⁹¹. Es así como el derecho a no ser torturado ha sido consagrado en diversos instrumentos de carácter internacional.

Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

*Nadie será sujeto a tortura o tratos y castigos crueles, inhumanos o degradantes*³⁹².

Artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o

³⁹¹ Caplan, L: *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*. (AJIL vol. 97 año 2003).

³⁹² Declaración universal de derechos humanos de 1948.

*sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas*³⁹³.

Artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1951³⁹⁴.

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966³⁹⁵.

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 5(2) de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José de Costa Rica

Derecho a la integridad personal

Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

*Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*³⁹⁶.

Artículo 5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de Gentes de 1981.

*Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humanos y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y e trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos*³⁹⁷.

En lo consagrado en las Convenciones anteriores el derecho a no ser torturado es absoluto e inderogable³⁹⁸. Todos los ordenamientos antes mencionados es posible el notar que el lenguaje expresado en ellos se repite lo expuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁹⁹

³⁹³ Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Disponible en www.acnur.org

³⁹⁴ Convención Europea de derechos humanos. Disponible en www.amnesty.org

³⁹⁵ Pacto de derechos civiles y políticos de 1966. Disponible en www.acnur.org

³⁹⁶ Convención Interamericana sobre derechos humanos. Disponible en www.oas.org

³⁹⁷ 5 Carta Africana de los derechos humanos y de gentes de 1981. Disponible en www.acnur.org.

³⁹⁸ De esta forma ha sido expresado en el artículo 2(2) de la Convención contra la tortura, en el artículo 15(2) de la Convención Europea de derechos humanos.

Considerando la forma como la tortura ha sido tratada en los distintos instrumentos de derecho internacional se puede entender que la es una ofensa que implica la participación del Estado o de sus agentes, de lo contrario no nos encontraríamos ante un caso de tortura. El hecho que sólo pueda ser cometida por el Estado hace de este delito, uno de especial carácter.

Es por ello que es posible encontrar amplio tratamiento del crimen de tortura ante tribunales nacionales, así fue expuesto por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de *Chahal v. United Kingdom*⁴⁰⁰. La sentencia expuso lo siguiente:

La Convención prohíbe en términos absolutos la tortura o el tratamiento o castigo inhumano o degradante, independientemente de la conducta de la víctima...

Según lo expresado en los párrafos anteriores, la preocupación de los Estados sobre la prevención de la tortura, podría servir como sustento para el ejercicio de jurisdicción universal, en casos en que los Estados donde el crimen se ha cometido no garanticen un efectivo juzgamiento.

Es así como el escenario ante el cual se enfrenta una víctima de tortura, sería de gran complejidad. ¿Cómo podría dársele como única vía a las víctimas el recurrir ante los Estados que los han torturado?.

En razón de lo anterior los tribunales de diversos Estados, han decidido ejercer jurisdicción en casos de tortura cometidos en otros Estados. Un ejemplo de lo anterior es el caso *Filártiga Peña-Irala*⁴⁰¹, cuyo primer fundamento para el ejercicio de jurisdicción sobre un oficial extranjero, era de que hoy en día, toda nación tiene la obligación bajo la ley internacional de respetar el derecho de los ciudadanos a ser libre de tortura oficial.

Para nuestro país un caso de gran interés de ejercicio de jurisdicción universal es el caso *Pinochet*. *Hasta el arresto de Augusto Pinochet en Londres para ser extraditado a España pocas personas en*

³⁹⁹ REDRESS. *Challenging Impunity for Torture*. Disponible en www.redress.org

⁴⁰⁰ *Chahal v. United Kingdom*. Disponible en www.nottingham.ac.uk.

⁴⁰¹ United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Dolly M. E. Filártiga and Joel Filártiga v. Americo Norberto Peña-Irala*. Disponible en www.lexis-nexis.com

Chile se preocupaban por la jurisdicción universal, tal como lo manifiesta la profesora Ximena Fuentes en su artículo *la jurisdicción universal y la corte penal internacional*⁴⁰².

Augusto Pinochet Ugarte, el 11 de septiembre del año 1973 accedió al gobierno del Estado de Chile mediante un golpe de Estado que derrocó al presidente Salvador Allende Gossens, este acto abrió un momento de represión y de dictadura militar, donde se cometieron numerosas violaciones a los derechos humanos. Posteriormente, específicamente en el año 1998, Augusto Pinochet fue procesado en España por delitos de genocidio, terrorismo y tortura, la competencia del tribunal español se fundó en el principio de la jurisdicción universal⁴⁰³. El ejercicio de jurisdicción universal se sostenía en el carácter grave de los delitos cometidos y de que tanto el genocidio, terrorismo y la tortura eran delitos que la legislación española catalogaba como de jurisdicción universal.

Producto del proceso seguido en contra de Augusto Pinochet se dicta en España una solicitud de extradición al Reino Unido, lugar donde éste se encontraba en misión diplomática. En virtud de la solicitud española Augusto Pinochet fue detenido en el Reino Unido a fin de evaluar la solicitud del gobierno español.

No cabe en esta parte ahondar en los fundamentos de la cámara de los lores para rechazar la solicitud española, ya que no se pronuncia sobre el tema de la jurisdicción universal.

A pesar de los números fallos que fundan el ejercicio de su jurisdicción en el haberse cometido crímenes que atraen jurisdicción universal, y de la amplia doctrina existente al respecto, no existe un listado exhaustivo. En la actualidad existe un cierto debate sobre qué crímenes dan lugar a la jurisdicción universal. La conclusión de la *Harvard Research* fue que a pesar de la inseguridad existente en este tema, el listado de crímenes que son de jurisdicción universal está destinado a extenderse en el futuro⁴⁰⁴.

⁴⁰² Fuentes, X: la jurisdicción universal y la corte penal internacional. Revista de Estudios de la Justicia n°4. Año 2004.

⁴⁰³ Caso Pinochet. Disponible en www.fundacionpdh.org

⁴⁰⁴ Marks, J: *Mending the Web: Universal Jurisdiction, Humanitarian Intervention and the Abrogation of Immunity by the Security Council.* (University of North Carolina- Chapel Hill School of Law). Disponible en ssrn.com.

4. Vías de acción ante un delito que atrae jurisdicción universal.

i. Llevar el caso ante un tribunal de la nación donde el abuso se ha cometido.

Según como se presenta el tema de jurisdicción universal, en general, éste vendría siendo el primer camino a seguir por una víctima de violación a los derechos humanos. A razón de que numerosos países se oponen al ejercicio de jurisdicción universal y en el caso de Estados como el Reino Unido, se entiende que la base prioritaria de jurisdicción es la territorial⁴⁰⁵.

Pero el sustentar este supuesto resulta complejo, las violaciones de las cuales se ha hablado en numerosas ocasiones involucran políticas de Estado (matanza de civiles en Ruanda y Yugoslavia) o bien a agentes de Estado (caso Filártiga Peña-Irala⁴⁰⁶).

Lo anterior pondría a las víctimas en una situación difícil, pues ¿cómo recurrir ante quien ha violado sus derechos?. Es así como resulta muy probable que los acusados no sean traídos ante la justicia en dichos estados, lo anterior en razón de que existe una falta de voluntad de hacerlo, de parte de los Estados en donde las ofensas han sido cometidas.⁴⁰⁷

Lo expuesto en el párrafo anterior, fue uno de los fundamentos que Sulaiman Al-Adsani presentó ante la Corte Europea de Derechos Humanos por las violaciones que éste sufrió en Kuwait⁴⁰⁸. Específicamente alegó el que se le había negado el acceso a un debido proceso⁴⁰⁹.

No es posible entonces que ésta sea la vía única de reparación, debiera ser sólo una instancia que puede ser utilizada sólo en el caso que no represente peligro para la víctima.

Sin embargo, como se ha expuesto antes, aunque se entienda que el Estado donde ocurrió la ofensa tiene prioridad ello no excluye, *ipso facto* la posibilidad de presentar el caso ante otra instancia. Es así como, si el tribunal del Estado del territorio decide no ejercer su jurisdicción sobre una ofensa de

⁴⁰⁵ Luc Reydams *op.cit* en pie n.10 pp.22.

⁴⁰⁶ United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Dolly M. E. Filártiga and Joel Filártiga v. Americo Norberto Peña-Irala*. Disponible en www.lexis-nexis.com

⁴⁰⁷ REDRESS. *Challenging impunity for torture*. P. 51. Disponible en www.redress.org

⁴⁰⁸ Sánchez, A: *Ius cogens, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.(R.E.D.I. vol. LIII, año 2001).

⁴⁰⁹ Lee Caplan *op.cit* en pie n.225 pp.22.

carácter tan serio, entonces en virtud de principio de conocer o extraditar⁴¹⁰, el deber de ejercer jurisdicción y otorgar reparación vía procedimiento podrá ser ejercido por cualquier tribunal nacional⁴¹¹.

ii. Constitución de un tribunal especial.

El establecimiento de tribunales *ad hoc* como los de la antigua Yugoslavia, del lejano Oriente, Ruanda y más actualmente Sierra Leona, Camboya y el Líbano ha sido visto por la comunidad internacional como una vía lícita de juzgar a los acusados de violaciones graves a los derechos humanos⁴¹².

De esta forma las víctimas de violaciones, pueden presentar sus casos ante estos tribunales, siempre y cuando cumplan con los requisitos que éstos exigen a fin de ejercer su jurisdicción.⁴¹³

Sin embargo, esta opción adolece de bastantes defectos, es así como el hecho de constituir tribunales especiales, es de carecer de una estructura estable, puede traer consigo problemas de disparidad en las sentencias.

Otro problema son los costos y el tiempo que involucra la constitución de un Tribunal Especial, siendo estos creados sólo para juzgar ciertos eventos ocurridos en un determinado tiempo y lugar. Es decir, resulta contraproducente el gastar tantos recursos y tiempo en un tribunal que tiene una jurisdicción muy limitada. El establecimiento de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda trajo consigo el costo de un billón de dólares⁴¹⁴.

Así también otro gran defecto de los tribunales especiales es el que se les cuestiona su nivel de imparcialidad al momento de juzgar, tal es el caso del tribunal especial constituido para la antigua Yugoslavia, donde en efecto se les conoció como el tribunal de los vencedores.

⁴¹⁰ Martin, M: *The First Annual Latcrit Summer Colloquium: Spain, The Americas and Latinos/as: International and Comparative Law in Triangular Perspective: IV International relations: Spain and Latin America.* (International and Comparative Law Review). Disponible en www.lexis-nexis.com

⁴¹¹ Luc Reydamns *op.cit* en pie n.10 pp.22.

⁴¹² Rainer Huhle *op.cit* en pie n.213 pp.100

⁴¹³ Entre tales requisitos encontramos el de haber ocurrido el hecho en un cierto período de tiempo, en los territorios de ciertos estados.

⁴¹⁴ Lindemann, J: *El significado de la Corte Penal Internacional bajo la especial consideración de la controversia sobre la jurisdicción universal.* (Revista de Estudios de la Justicia n°4. Año 2004. Centro de estudios de la justicia).

iii. Llevar el caso ante la Corte Penal Internacional

A pesar de haberse creado la Corte Penal Internacional⁴¹⁵, ésta no pretende suplantar la jurisdicción de los tribunales nacionales, es así como la jurisdicción de la Corte Penal Internacional resulta sólo complementaria a la de los tribunales nacionales. La Corte Penal Internacional no puede ejercer jurisdicción en aquellos casos que los Estados decidan iniciar procedimientos o ya lo hayan hecho⁴¹⁶.

Lo anterior indica un fuerte problema para la litigación por violaciones de derechos humanos, los Estados que los han cometido inician procedimientos sólo para impedir a la Corte Penal Internacional ejerza su jurisdicción.

Lo anterior, sin contar que la Corte Penal Internacional no ha obtenido aún aceptación universal, al 1 de mayo del año 2010 han ratificado el Estatuto de Roma 110 Estados. En el caso de Chile, el Estatuto de Roma fue ratificado en junio de 1999⁴¹⁷.

Otro problema que presenta la Corte Penal Internacional se refiere a que sólo puede juzgar personas en el contexto de una situación

iv. Que un tribunal nacional conozca ejerciendo jurisdicción universal.

Como ya se ha indicado, los Estados han redactado legislaciones extendiendo su jurisdicción, las formas en que un tribunal nacional puede conocer son las siguientes⁴¹⁸:

- Autorización expresa para ejercer jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra.
- Jurisdicción universal sobre crímenes ordinarios, que al ser cometidos en tiempos de guerra constituyen crímenes de guerra.
- Jurisdicción universal sobre crímenes definidos en tratados.
- Jurisdicción universal sobre crímenes bajo la costumbre internacional o los principios generales del derecho.

⁴¹⁵ En adelante C.I.J.

⁴¹⁶ AKANDE, D: *International Law Immunities and the International Criminal Court*. (A.J.I.L. vol. 98. año 2004).

⁴¹⁷ Amnistía Internacional. *Chile: la ratificación el Estatuto de Roma: Un paso positivo que no debe hacer olvidar la impunidad del pasado*. Disponible en www.amnesty.org.

⁴¹⁸ Amnesty International, *op.cit* en pie n.120 pp.60.

- Legislación que incorpora directamente el derecho internacional.

5. Jurisdicción universal sobre crímenes comunes

Parte de la doctrina considera que puede ejercerse jurisdicción incluso respecto a crímenes comunes tales como el asesinato. La jurisdicción universal sobre estos delitos, sin embargo, es objeto de numerosas condiciones⁴¹⁹, tales como que previo al ejercicio de jurisdicción por el Estado del foro, el Estado que tenía competencia territorial, hubiera decidido no aprobar la solicitud de extradición, como tampoco ejercer su jurisdicción (Esto según el principio de *aut dudere et punire*).

Es posible también a un Estado el ejercer jurisdicción universal sobre delitos ordinarios en el caso de que las víctimas o los victimarios carezcan de nacionalidad y que, por lo tanto, no se encuentren sujetos a la jurisdicción de ningún Estado⁴²⁰.

Otros crímenes sobre los cuales, parte de la doctrina considera que puede ejercerse jurisdicción universal son el secuestro de aviones y las ofensas relacionadas a tráfico de narcóticos.

6. Aceptación internacional del principio de jurisdicción universal.

Esta base de jurisdicción ha recibido reconocimiento por parte de la comunidad internacional. Sin embargo, este reconocimiento se ve limitado sólo a crímenes internacionalmente reconocidos como universales⁴²¹. Estos como ya hemos dicho, son limitados en número, y no se encuentran regulados en un ordenamiento internacional que nos indique cuando nos encontramos ante tales ofensas. Lo anterior a excepción del crimen de piratería, sobre el cual no existe cuestionamiento.

Con respecto a la jurisdicción universal como base de jurisdicción extraterritorial, con el auspicio de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard⁴²² durante el período de 1927 y 1935, se prepararon una serie de proyectos de Convenciones codificando el Derecho Internacional. En este

⁴¹⁹ *Supra*.

⁴²⁰ Ian Brownlie, *op.cit* en pie n.12 pp.55.

⁴²¹ John Eisinger. *op.cit* en pie n.87 pp. 1507..

⁴²² Amnesty International, *op.cit* en pie n.120 pp.60.

estudio que se conoce como *Harvard Research* se llegó a la conclusión que la jurisdicción universal sobre todo delito que no sea el de la piratería es solo una base auxiliar de competencia⁴²³.

Referente al tema de la jurisdicción universal la Comisión de Derecho Internacional a su vez, formuló dos proyectos de códigos de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad⁴²⁴, como así también está pendiente el estudio de jurisdicción con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional, así también ha tratado la cuestión de una jurisdicción penal internacional y la cuestión de la definición del crimen de agresión.

Finalmente, con relación a la jurisdicción universal, la Corte Penal Internacional tiene inicialmente jurisdicción sobre tres crímenes:

- El genocidio.
- Los crímenes de lesa humanidad.
- Los crímenes de guerra.

Sobre los crímenes de lesa humanidad y de guerra la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción sobre los que se cometan tanto dentro conflicto armado de carácter internacional, como los que se cometan en un conflicto que, sin tener el carácter de internacional, tiene lugar en el territorio de un Estado y es un conflicto armado prolongado entre las autoridades de gobierno y grupos armados organizados o entre tales grupos⁴²⁵.

Con respecto al crimen de agresión, la primera comisión revisora del Estatuto de Roma vino a entregar un concepto y un procedimiento a seguir frente a la presentación de una situación que involucre actos de agresión, sin embargo, su activación jurisdiccional se pospone para enero del año 2017 o que 30 Estados hayan aceptado la enmienda al Estatuto de Roma, cualquiera de aquellos que ocurra con posterioridad.

⁴²³ *Harvard Research*. *op.cit.* Disponible en www.harvard.edu

⁴²⁴ Véase *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind 1954*. *Yearbook of the International Law Commission*, 1954, vol. II, y *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind 1996* *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II.

⁴²⁵ Palacios, J: *Jurisdicción Universal*. Disponible en www.debate.iteso.mx

7. Aceptación por parte de los tribunales nacionales.

Al respecto, la práctica de los Estados corrobora lo anteriormente expuesto, en cuanto, ni siquiera ante las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial, se ejerció una jurisdicción universal pura.

Los tribunales nacionales al momento de encontrarse ante un crimen de jurisdicción universal, siempre buscan un nexo o conexión que haga racional su actuar⁴²⁶. Ello en cuanto existe un cierto temor por parte de los Estados, que el hecho de seguir un procedimiento provoque consecuencias injustas a los potenciales acusados.

Específicamente se produce reticencia en cuanto pueden presentarse demandas infundadas, y pesara sobre el tribunal la responsabilidad de justificar su ejercicio de jurisdicción. Lo anterior, sin involucrar los costos que el procesar a un individuo conlleva, lo que se vería aumentado en el caso de ser una demanda infundada, caso en el cual deberá indemnizar los perjuicios causados⁴²⁷.

A pesar de lo anteriormente expresado, la jurisdicción universal es aceptada y consagrada en la legislación de 23 Estados⁴²⁸. Su alcance, sin embargo, depende de lo que la legislación de cada Estado determine. Sin embargo, su consagración en una legislación nacional, no impide a un Estado el ejercer jurisdicción universal⁴²⁹.

Sin embargo los Estados que han legislado estableciendo la posibilidad de ejercicio de jurisdicción universal, lo sujetan a una serie de requisitos, como por ejemplo el que la víctima del crimen o delito sea un nacional. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la ya citada modificación a la legislación española y belga.

Este regreso a un sistema más restringido de jurisdicción universal por parte de Bélgica y de España, se debe a las numerosas presiones políticas de los Estados y de las mismas organizaciones

⁴²⁶ American Society of International Law: *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Disponible en proquest.umi.com

⁴²⁷ European Human Rights Law Review. Año 2001. Human Rights Committee, International Law Association (British Branch). *Report on Civil Actions in the English Courts for Serious Human Rights Violations Abroad*. P. 129 a 166.

⁴²⁸ Luc Reydamns *op.cit.* en pie n. 10.p. 22

⁴²⁹ American Society of International Law. *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Editado por Stephen Macedo. Enero 2005. Disponible en proquest.umi.com

internacionales a este tipo de ejercicio de jurisdicción. Bélgica de hecho fue sancionada por la Corte Internacional de Justicia por una orden de arresto internacional del año 2002, dictada en contra del ministro de asuntos externos de la república democrática del Congo, Yerodia Ndombasi⁴³⁰.

Se debe concluir entonces que en la actualidad la posibilidad de ejercicio de jurisdicción universal por parte de los tribunales internos, no dependerá ya sólo de su propia legislación, sino también a lo dispuesto por el derecho internacional y a la voluntad y fuerza política de los Estados que la ejerzan.

8. Jurisdicción universal como un deber de los Estados.

Las obligaciones de los Estados se dividen entre aquellas que un Estado tiene para con otro en particular y aquellas que deben a la comunidad internacional como un todo. Este último tipo de obligaciones reciben el nombre de obligaciones *erga omnes*⁴³¹.

Sobre las violaciones graves a los derechos humanos todos los Estados tienen un interés legal en su protección. Sin embargo, el derecho internacional no indica que los Estados estén en la obligación de ejercer jurisdicción universal, las normas jurídicas internacionales no obligan ni prohíben el ejercicio de jurisdicción basada en este principio⁴³². Sólo se limita a hacer, lo que Akehurst denomina, un “ofrecimiento de jurisdicción”⁴³³.

El ejercicio de jurisdicción universal, según indica el derecho internacional vendría siendo meramente una facultad para los diversos Estados⁴³⁴. Lo anterior, independiente ante que delitos nos encontremos. En este punto resulta prudente el mencionar lo expresado en el voto particular conjunto de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal:

En determinadas condiciones, el Derecho Internacional consuetudinario autoriza el ejercicio de la competencia penal sobre los crímenes internacionales conforme al principio de universalidad absoluta.

⁴³⁰ A juicio de la CIJ, la emisión de la orden de detención y su circulación internacional constituirían una violación a la inmunidad de la jurisdicción criminal e inviolabilidad que gozan los ministros de Estado bajo el derecho consuetudinario internacional. Para mayor abundamiento véase a Luis Peraz. *La jurisdicción universal. Una realidad en constante construcción*. Disponible en redalyc.uaemex.mx

⁴³¹ CIJ. *Barcelona Traction*. Disponible en www.cij-icj.com

⁴³² Martín, M. *op.cit.* en pie n. 241.p. 50 a 67.

⁴³³ *Supra* cita a Akehurst.

⁴³⁴ *Supra* cita a Stern.

La práctica internacional, además parece aclarar que los Estados tienen la convicción que no están en la obligación de perseguir los crímenes que constituyen jurisdicción universal. Un ejemplo cercano de ello, se puede encontrar en el caso Pinochet, ello en cuanto Chile al momento de ratificar la Convención contra la Tortura, sólo reservó el posible juzgamiento por la Corte Internacional de Justicia, no anticipó posibles acciones contra individuos ante tribunales nacionales extranjeros⁴³⁵.

Es así como, en la práctica, los Estados no inician un procedimiento basado sólo en el carácter de jurisdicción universal de un delito, sino que buscan un punto de conexión que haga racional tal ejercicio de jurisdicción⁴³⁶. Tal como se ha visto de manifiesto en las modificaciones legislativas belgas y españolas.

⁴³⁵ Fuentes, X: *La Jurisdicción Universal y la Corte Penal Internacional*. Revista de Estudios de la Justicia n°4. Año 2004.

⁴³⁶ Sennings *op.cit.* en pie n. 2 .pp. 462 a 466.

CONCLUSIÓN TERCERA PARTE.

No existe duda que existen delitos, cuya gravedad afecta a la comunidad internacional como un entero, sin embargo, este trabajo deja de manifiesto el que no existe claridad sobre qué delitos el ejercicio de jurisdicción universal procede.

Tal como se indico en este trabajo, las convenciones que tratan crímenes como el genocidio, la tortura y el crimen de agresión no resultan vinculantes a todos los Estados, e incluso en el caso de los Estados parte, no existe una obligación positiva de ejercer jurisdicción universal sobre dichos delitos, como así tampoco existe la obligación de legislar al respecto.

Debido a la inseguridad que se presenta ante el procesamiento de uno de estos delitos, los Estados han intentado lograr certeza, sobre que pueden conocer sus tribunales nacionales mediante legislaciones sobre jurisdicción universal.

Sin embargo, es clara la tendencia al ejercicio de jurisdicción universal de una restringida, donde se sujeta el ejercicio de jurisdicción a un elemento de conexión que finalmente legitime dicho ejercicio. Es debido al argumento anterior que Estados como España y Bélgica decidieron realizar modificaciones legislativas, restringiendo finalmente su ejercicio de jurisdicción universal.

Tanto España como Bélgica, quienes habían adoptado una jurisdicción universal en sentido amplio, recibieron fuertes críticas del resto de los Estados, siendo incluso objeto de sanciones políticas⁴³⁷ e incluso de parte de la CIJ⁴³⁸.

Ello desincentiva la redacción de legislaciones que resulten suficientes como para ejercer jurisdicción en casos que involucran un cierto elemento internacional, y que no tienen conexión alguna con el Estado que pretende ejercer jurisdicción.

La solución posible entonces sería el que los Estados legislen sobre el tema de la jurisdicción universal, pero que sujeten dicho ejercicio a ciertos requisitos que finalmente legitimen dicho ejercicio, a fin de evitar futuras sanciones.

⁴³⁷ *Supra.*

⁴³⁸ Sanción a Bélgica por el caso del *Arrest Warrant.*

Sin embargo, es un tema innegable el tema de la jurisdicción universal y su fundamento mismo en crímenes que afectan a la comunidad internacional, es un tema poco pacífico, que seguirá siendo objeto de debate por largo tiempo, ya que no existe mayor claridad de a quién corresponde la sanción de dichos delitos, para algunos es la Corte Penal Internacional, para otros los tribunales especiales y finalmente esta la opción propuesta en este trabajo, el que un tribunal nacional conozca de un asunto basando su jurisdicción en la jurisdicción universal. En este último caso, todo dependerá de la voluntad política de los Estados y de la astucia legal de quienes redacten las legislaciones internas.

CONCLUSIONES GENERALES.

En un inicio de esta tesis el objetivo era el de analizar las situaciones que se pueden presentar al momento de llevar un asunto que involucre un elemento internacional ante un tribunal interno o domestico, para ello analice tres situaciones

Jurisdicción Territorial

Inmunidad de Estado

Jurisdicción Extraterritorial.

Habiendo estudiado la posibilidad de configurarse la jurisdicción de un tribunal domestico por la ocurrencia de un hecho delictivo en el territorio del Estado de dicho tribunal, llegué a la conclusión que el concepto de territorio ha evolucionado más allá de la delimitación geográfica de un Estado en particular, volviéndose un concepto más funcional que territorial. Este nuevo entendimiento del concepto territorio ha provocado la presentación de numerosas situaciones donde el concepto territorio ha permitido el que un tribunal domestico pueda conocer de hechos que involucran un elemento internacional, como el caso de (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defense, donde la Corte Europea de Derechos Humanos dispuso que correspondía el ejercicio de jurisdicción por parte de un tribunal británico, puesto que Mousa habría fallecido en un establecimiento militar británico, a pesar, de que los hechos delictivos habían sido cometidos en territorio iraquí.

Luego asumiendo que se constituyera la jurisdicción por el elemento territorio, pase al análisis de que se presentase la inmunidad de Estado, es decir, en la existencia de una obligación de las Cortes a declararse incompetentes para aplicar su justicia sobre gobiernos extranjeros.

Del estudio de la inmunidad de Estado pude concluir que existe gran imprecisión y debate internacional sobre los intereses involucrados a la hora de someter a un Estado extranjero a la justicia de otro. El problema parece encontrar en parte solución en la dictación de normativas nacionales que regulen el tema de la inmunidad de Estado, como la *State Immunity Act* de 1978 y la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, donde se establece un modelo, donde el principio que

imperera es la inmunidad de Estado, sin embargo, se establecen numerosas excepciones donde la inmunidad se alza, es decir, posibilidades de ejercicio de inmunidad restringida.

Así también el derecho internacional se ha encargado de proponer diversas regulaciones al derecho internacional, como la Convención Europea sobre la Inmunidad de los Estados, la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades de los Estados y sus Bienes y el proyecto del Consejo de Europa, donde se repite el modelo de establecer una regla general de inmunidad, para luego establecer listados de excepciones a dicha regla.

A pesar de los numerosos intentos, tanto nacionales como internacionales, el tema de la inmunidad de Estado, aún no está completamente definido, el problema se agudiza cuándo se analiza el conflicto de intereses del Estado agresor y de sus víctimas. Tal como se propuso con anterioridad, si un agente de Estado comete una violación grave a los derechos fundamentales de sus nacionales, como en el caso *Filartiga v. Peña Irala*, ¿cómo sería posible el pensar que el afectado recibirá verdadera compensación ante los tribunales del Estado que llevó a cabo la agresión?.

Finalmente llegué a la conclusión que es necesario redactar una normativa de carácter universal que regulé el tema de la inmunidad de Estado, una propuesta adecuada parece ser la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes de la Comisión de Derecho Internacional.

En la situación actual de la inmunidad de Estado, al presentarse un caso que involucre los intereses de un Estado extranjero ante un tribunal domestico, podrá suceder que se defina la jurisdicción basado en su propia legislación, si es que ésta existe y si la situación recae en una excepción de inmunidad, o bien que la inmunidad de Estado no se alce, que proceda y no se conozca del caso ante el tribunal doméstico.

Finalmente analice las diversas bases de jurisdicción extraterritorial, centrándome específicamente en la jurisdicción universal, donde encontré que se presentaba un mismo nivel de inseguridad sobre en qué casos procedería el ejercer la jurisdicción extraterritorial. La solución proporcionada a nivel nacional es la redacción de legislaciones que les permitieran ejercer jurisdicción extraterritorial,

esto en un principio fue llevado al límite de ejercer jurisdicción sin que existiera ninguna conexión con el asunto, como en el caso de las legislaciones de España y Bélgica. Sin embargo, el tener una propuesta tan amplia de ejercicio de jurisdicción extraterritorial tuvo un alto costo político para las naciones antes mencionadas, las que finalmente han modificado sus legislaciones internas, de modo que sólo ejercen jurisdicción cuando existe un elemento de conexión.

La posibilidad actual de presentar un asunto que involucre un elemento internacional ante un tribunal nacional, esperando que éste ejerza jurisdicción universal, dependerá primeramente de la legislación interna, de la gravedad del asunto presentado, de la disposición de dicho Estado y así también de las consecuencias políticas a las que esté dispuesto soportar el Estado en cuestión.

Entonces si se está ante un crimen que afecté el interés internacional, habrá que analizar primeramente donde ocurrió dicho crimen y si los tribunales de dicho Estado ofrecen suficientes garantías para la víctima del delito. Si se establece que los tribunales antes mencionados no convienen a la víctima, habrá que analizar la posibilidad de presentar dicho caso ante un tribunal extranjero, y si procede en dicho caso el alzamiento de la inmunidad de Estado. Finalmente para que se produzca el ejercicio de jurisdicción extraterritorial, será necesario el establecer un elemento de conexión que permita dicho ejercicio de jurisdicción extraterritorial.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Artículos y Libros de Autor.

AKANDE, Dapo, *International Law Immunities and the International Criminal Court*, The American Journal of International Law, Vol.98 no. 3 EE.UU. Año 2004.

AMBOS, Kai, *Impunidad, derechos humanos y derecho penal internacional*, Revista Nueva Sociedad, no. 49, Brasil. Año 2000.

BARRIENTOS, Lorena. *Derecho Internacional sobre Inmunidad del Estado en materia Civil y Penal*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, año 2006.

BENADAVA, Santiago. *Derecho internacional público*. Editorial jurídica Cono Sur, Chile Año 1999.

BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional A.D. 2000 En la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia de la nación Argentina 1863-2000*. Editorial La Ley, año 2000.

BOGGIANO, Antonio. *Teoría del Derecho Internacional, las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, ius inter iura*. Editorial La Ley, año 1996.

BRODY, Reed: *Llanto por la jurisdicción universal*. Informe de Human Rights Watch. Disponible en <http://www.hrw.org>. Año 2009.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public Law*. Oxford University Press. Año 2003.

CARRASCO YAÑEZ, Laura. *Jurisprudencia en el campo del derecho internacional entre los años 1979- 1995"*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Derecho Universidad de Chile. Año 2000.

CAPLAN, Lee M. *State immunity, Human rights and Jus cogens: a Critique of the normative Hierarchy Theory*. The American Journal of International law, vol. 97 n° 4 EE.UU. Año 2003.

CAVALLA, A, *Asesinato en Washington. ¿E.E.U.U. contra Pinochet?*. Disponible en www.monografias.com. Año 2000.

CUYAS, I, *La Operación Cóndor El Terrorismo De Estado De Alcance Transnacional*. Disponible <http://www.derechos.org>. Año 1996.

CHACÓN, L. *El Territorio Elemento Físico del Estado*. Disponible en www.slidedhare.net. Año 2007.

DE YTURRIAGA, J. *Las organizaciones internacionales y la soberanía de los estados*. Disponible en [http:// www.cepc.es](http://www.cepc.es)

DIAZ ALBONICO, Rodrigo y RIVEROS MARIN Edgardo. *Inmunidades Diplomáticas y Orden Interno*. Revista Estudios, Chile. Año1988

DIAZ, L. *Delitos internacionales y principio de jurisdicción universal: El caso de Irak*. Disponible en <http://www.avizora.com>. Año 2003.

DINGES, J, S LANDAU, *Caso Letelier, el crimen que estremeció al mundo*. Sociedad Editora Revista Ercilla Ltda. Santiago. Año 2001.

DUGUIT, L. *La Soberanía*. Disponible en <http://www.antorcha.net>. Año 2003.

DWORKIN, A: *Crimes of War*. Disponible en <http://www.crimesofwar.org>

EISENGER, J: *The long arm of U.S. jurisdiction to prescribe*. Lexington Washington Law Review. Año 2002

ESPINOZA MELLADO, Rodolfo. *La inmunidad de los jefes de Estado y ex jefes de Estado*. Memoria para optar al grado de licenciado. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Año 2004.

ESQUINCA, R, *Los derechos territoriales de los Estados*. Disponible en www.mailxmail.com

FIOL ZÚÑIGA, Julio. *La inmunidad de jurisdicción de los Estados*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Derecho Universidad de Chile. Año 1984.

FRANQUET, J, *Un modelo nacional de organización territorial*. Disponible en www.eumed.net. Año 2007.

FUENTES TORRIJO, Ximena. *Las inmunidades de jurisdicción y el estatuto de la Corte Penal Internacional*. Revista *Ius et Praxis*: derecho en la región, año 6 n°2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, Chile. Año 2000.

FUENTES TORRIJO, Ximena. *Los peligros de la globalización: nuevos desafíos para el concepto de soberanía*, en Ramírez Necochea, Mario. *La soberanía en el mundo actual*. Ed. Lom, Santiago, Chile (1998-2000).

FUENTES TORRIJO, Ximena. *Tendencias en el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en el derecho internacional*. Revista del abogado. Colegio de Abogados de Chile. Santiago, Chile No. 19. Año 2000.

FUENTES TORRIJO, Ximena. *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*. Disponible en www.law.yale.edu

GÓMEZ-ROBLEDO, A. *Voto disidente United States vs. Alvarez Machain*. Biblioteca jurídica virtual. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org>

GUZEN, E. *The United States as a Forum for Human Rights Litigation: Is the Best Solution*. Disponible en <http://www.lexis-nexis.com>.

GUZMÁN CARRASCO, Diego. *Jurisprudencia Chilena en material de inmunidades de Jurisdicción*. Gaceta Jurídica, n°184, Santiago, Chile. Año 1995.

GUZMAN SILVA, Elías. *Inmunidad de Estado, Análisis de la Práctica Chilena*. Memoria para optar al grado de licenciado. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, Año 2007.

HEVIA, Daniel. *DL 2349 Contratación Internacional del Sector Público*. Disponible en www.u-cursos.cl. Año 2009.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process International law and how we use it*, OUP. Año 1994.

HIPPLER, J: *International decision: Chile-Criminal prosecution of officials of secret service for assassination of former ambassador to United States*. Disponible en www.lexis-nexis.com.

INFANTE CAFFI, María Teresa. *La integración del tema de la inmunidad de jurisdicción en su programa de derecho internacional*, Revista Estudios, Santiago, Chile. Año 1984.

INFANTE CAFFI, María Teresa. *Asunto Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp. et al. Supreme Court of the United States No. 87-1372. Decided January 23, 1989*. Revista Estudios, Santiago Chile. Año 1988.

IRIGOIN BARENNE, Jeannette, *la Convención Europea de Inmunidad de los Estados de 1972*. Revista Estudios, Santiago, Chile. Año 1984.

JENKS, Wilfred. *International Immunities*. Oceana Publications. Año 1961.

KAI, Ambos. MALARINO, Ezequiel. ELSNER, Gisela. *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional con un Informe adicional sobre la Jurisprudencia Italiana*. Konrad-Adenauer-Stiftung. Año 2008.

KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. Second edition. The Johns Hopkins University. Holt, Rinehart and Winston, Inc. Año 1967.

KLEFFNER, Jann. *Complementary in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*. International Courts and Tribunal Series. Oxford University Press. Año 2008.

KONTOROVICH, E. *The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation*. Law and Economics working series. Disponible en [http:// www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

LAUTERPACHT, H. *El problema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros*. British Year Book of International Law, vol.8. Año 1951.

LLANOS MANSILLA, Hugo. *Inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado que realiza actividades comerciales, con particular referencia a Chile*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1975.

LLANOS MANSILLA, Hugo. *El principio de jurisdicción universal en el derecho internacional*. Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional, no. 15. Año 2001.

LLEDO, Rodrigo. *Derecho Internacional Penal*. Ediciones Congreso. Año 2000.

LINDEMANN, J. *El significado de la Corte Penal Internacional bajo la especial consideración de la controversia sobre la jurisdicción universal*. Revista de Estudios de la Justicia n°4. Centro de Estudios de la Justicia. Año 2004.

LÓPEZ, A. *La codificación del Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI, luces y sombras en la labor de la CDI*. Disponible en <http://eprints.ucm.es>

MACKENZIE, Ruth, ROMANO, Cesare, SHANY, Yuval, SANDS, Philippe. *International Courts and Tribunals. The manual on International Courts and Tribunals*. Second edition. Oxford University Press. Año 2010.

MANDUJANO VICENCIO, Sergio. *Inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados en contratos internacionales*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Derecho Universidad de Chile. Año 1981.

MENDEZ, T, *Análisis Estructural de la Teoría del Estado*. Disponible en <http://www.monografias.com>

MESEQUER, José Luis. *Los espacios marítimos en el nuevo derecho del mar*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid. Año 1999.

ORREGO, Franciso. *Inmunidades Diplomáticas y Consulares y Derechos Humanos*. En Nuevos enfoques del Derecho Internacional. Editorial Jurídica de Chile. Año 1992.

PALACIOS, Jorge. *Jurisdicción Universal*. Disponible en <http://www.debate.iteso.mx>

PAULANTSAZ, N, *Economía Política*. Disponible en <http://sociologiapolitica.tripod.com>

PERAZ, L: *La Jurisdicción Universal. Una realidad en constante construcción*. Dikaion vol. 20, n° 015. Universidad de la Sabana. Chia Colombia. Pp.323-364. Disponible en <http://redalyc.uamex.mx>.

PÉREZ-LEÓN, J: *El crimen de agresión en el Derecho Internacional*. Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe>. Año 2009.

PRIETO, J, *Los espacios marítimos*. Universidad de Cádiz. Facultad de Ciencias Náuticas. Disponible en <http://www.files.wordpress.com>.

RATNER, Steven. ABRAMS, Jason. BISCHOFF, James. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, beyond the Nuremberg Legacy*. Third edition. Oxford University Press. Año 2009.

RELVA, H. *La jurisdicción estatal y los crímenes de derecho internacional*. Disponible en <http://www.edai.org>

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Mc grow hill, Madrid. Año 1997

REMIRO BROTONS, Antonio. *Pinochet: los límites de la impunidad*. Revista Política Exterior, vol. XIII n° 67 (enero-febrero 1999).

REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*. Oxford University Press, Segunda edición. Año 2004.

SALINAS BURGOS, Hernán. *La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, ¿es válida aún?*. Revista Estudios, Santiago, Chile. Año 1984.

SÁNCHEZ GARFIAS, Rodrigo. *Algunas consideraciones sobre la inmunidad de jurisdicción y el D.L No. 2.349*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Derecho Universidad de Chile. Año 1979.

SÁNCHEZ RODRIGUEZ, Luis Ignacio. *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, primera edición, Ed. Civitas, Universidad de Alcalá, Madrid, España, Año 1990.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *IUS COGENS, Inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto de Al-Adsani ante el tribunal Europeo de derechos humanos*. R.E.D.I., vol. LIII, Año 2001.

SEALING, K. *State Sponsors of Terrorism are entitled to due process too: The amended Foreign Sovereign Immunities Act is unconstitutional*. American University International Law Review, Disponible en www.lexis-nexis.com. Año 2000.

SENNINGS, R, A. WATTS. *Oppenheim's International Law*. Londres, editorial Longmann. Año 1996.

SHAW, Malcom, *International Law*. Cambridge University Press. Año 1997.

SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México. Año 1981.

VIERIA, Manuel A. *Inmunidad de jurisdicción de los Estados y las Organizaciones Internacionales*, en Jiménez de Aréchaga, Eduardo y Arbuet Vignali, Heber, *Derecho Internacional Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994-1996.

VLADIMIR, F. *El principio de jurisdicción universal en el derecho internacional y la práctica de los estados*. Disponible en <http://www.cybertesis.edu.pe>

VOLOCHINSKY WEINSTEIN, María Isabel. *La Inmunidad y las Empresas del Estado*. Revista Estudios. Año 1984.

ZUÑIGA, Yanira: *Análisis dogmático de los crímenes en el derecho internacional*. Revista de derecho (Valdivia). Diciembre 2001, vol. 12, n° 2. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php>. Año 2001.

2. Artículos electrónicos o links de organismos internacionales, gubernamentales o no gubernamentales.

Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oficina en Colombia), *Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la Independencia del Poder Judicial, la Administración de Justicia y la Impunidad*, Informe del relator especial, Comisión de Derechos Humanos, 55° período de sesiones, Tema 11 d) del programa provisional, Distr. General E/CN.4/1990/60, 13 de enero de 1999, disponible en <http://www.hchr.org.co>

Amnistía Internacional. *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*. Disponible en <http://www.amnestyinternational.com>

Amnistía Internacional, *Corte Penal Internacional: La concesión de inmunidad a los miembros de las fuerzas de mantenimiento de la paz supone un retroceso para la justicia internacional*, Índice AI:IOR 51/007/2002/s (Público) Servicio de Noticias 121/02, 15 de julio de 2002, declaración pública publicada en <http://web.amnesty.org>

Amnistía Internacional, *El Consejo de Seguridad debe negarse a renovar la ilegal Resolución 1422*, Índice AI:IOR 40/008/2003, 1 de mayo de 2003, artículo electrónico publicado en <http://web.amnesty.org>

Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*. Disponible en <http://www.amnestyinternational.com>

Asociación Americana de Juristas y Centro Europa Tercer Mundo, *La independencia del Poder Judicial, la Administración de Justicia, la Impunidad*. Comisión de Derechos Humanos, 59 período

de sesiones, tema 11 d) del programa provisional, febrero de 2003, E/CN.4/2003/NGO/196, disponible como documento electrónico en <http://www.aaj.br/CPICDH.htm>.

Calderón Vico de Della Savia (blog), Lilia María del Carmen, <http://ar.geocities.com/doctoracalderon/derecho.htm>, 11 de octubre de 2005.

Centro Europa Tercer Mundo, *Grave crisis de la Administración de Justicia del Estado, de derecho y de la Democracia en el Plano Internacional*, Subcomisión de Derechos Humanos 2003, Exposición presentada por escrito ante la ONU por la Asociación Americana de Juristas (AAJ) y el Centro Europa Tercer Mundo (CETIM), disponible como documento electrónico en <http://www.cetim.ch/es/>

Centro Europa Tercer Mundo, *¡No a la impunidad de los nacionales estadounidenses!* (sic), disponible como artículo electrónico en http://www.cetim.ch/es/act_usimpunite.php

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Cuestiones planteadas por Tribunales Constitucionales y Consejo de Estado nacionales con respecto al Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional*, 31 de diciembre de 2001, artículo electrónico publicado en <http://www.icrc.org>

Comité Internacional Ginebra. *Territorio ocupado: aspectos jurídicos*. Disponible en www.icrc.org

Corte Penal Internacional. Primera Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Disponible en www.icc-cpi.int. Año 2010.

Consejo de Europa, <http://www.icrc.org>

Derechos Human rights, *Estados Unidos sigue presionando a Uribe para que utilice el art. 98 del Estatuto de Roma para dar impunidad a los norteamericanos*, 26 de septiembre de 2002, publicado como artículo electrónico en <http://www.derechos.org>

Derechos Human rights, *Informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, voto particular formulado por María Ángeles García, 9 de enero de 2003, publicado en <http://www.derechos.org>

El monitor. Diario de la Coalición por la Corte Penal Internacional. Edición n°41. Noviembre del 2010 a abril del 2011. Disponible en www.coalitionfortheicc.org.

Enciclopedia jurídica. *Definición de Territorio*. Disponible en www.encyclopedia-juridica.biz14.com

Human Rights Law Committee, International Law Association (British Branch) *Report on Civil Actions in the English Courts for Serious Human Rights Violations Abroad*. Año 2001.

La Fogata, *No a la excepción norteamericana*, artículo electrónico publicado en <http://www.lafogata.org>

Naciones Unidas, *Annex Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, <http://www.un.org>.

Naciones Unidas, *Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Informe del Secretario General, A/52/294*, Asamblea General, Quincuagésimo General, 20 de agosto de 1997, Español, Original en español e inglés.

Naciones Unidas, *Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Informe del Secretario General, A/53/274/add.1*, Asamblea General, Quincuagésimo tercer período de sesiones, Tema 150 del programa provisional, Distribución General, 14 de septiembre de 1998, Original en inglés.

Naciones Unidas, *Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Informe del Secretario General, A/54/66*, Asamblea General, Quincuagésimo cuarto período de sesiones, Tema 153 del programa provisional, Distribución General, 19 de agosto de 1999, Español, Original en árabe e inglés.

Naciones Unidas, *Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Informe del Secretario General, A/55/298*, Asamblea General, Quincuagésimo quinto período de sesiones, Tema 159 del programa provisional, Distribución General, 17 de agosto de 2000, Español, Original en árabe, español e inglés.

Naciones Unidas, *Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, Informe del Secretario General, A/56/291/Add.1, Asamblea General, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Tema 160 del programa provisional, Distribución General, 24 de octubre de 2001, Español, Original en inglés.

Naciones Unidas, *Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. Report of the Secretary-General*, A/47/326/Add.4, General Assembly, Forty-seventh session, Agenda item 130, General Distribution, 5 October 1992, English, Original in English.

Naciones Unidas, *Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, Quincuagésimo tercer período de sesiones, Tema 148 del programa, Resolución aprobada por la Asamblea General, A/53/98, 20 de enero de 1999, Español.

Naciones Unidas, Comisión para la Corte Penal Internacional, *Bilateral Immunity Agreements: Country Positions*, documento electrónico disponible en <http://www.icc.now.org>

Naciones Unidas, *Informe del Comité Especial sobre las inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, Asamblea General, Quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n° 22, A/59/22, 1 a 5 de marzo de 2004.

REDRESS, *Challenging Impunity for Torture*. Disponible en <http://www.redress.org>

REDRESS, *Comments to the United Kingdom forth periodic report to the committee against torture*. Disponible en <http://www.redress.org>

Universidad Andina Simón Bolívar, *Derechos Humanos y Corte Penal Internacional después del 11-S*. Programa Andino de Derechos Humanos, Revista Aportes Andinos, n°4: Comunicación y Derechos Humanos, Ecuador, Noviembre 2002, artículo disponible en formato electrónico en <http://www.uasb.ec/padh/revista4/cpi11s/excepción.htm>

II. Congreso de derechos humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Reseña de la segunda jornada sobre la *Corte Penal Internacional, Realidad y Desafíos*. Disponible en congresodhh.cl.

3. Documentos de la Comisión de Derecho Internacional.

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *Annual Report of the International Law Commission. Jurisdictional Immunities of States and their Property*, trigésima tercera session, 1979. Disponible como document electronic en <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *2081 sesión. Martes 19 de julio de 1988. Inmunidades de los Estados y de sus Bienes*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1988, vol. I, Actas resumidas de las sesiones de cuagragésimo período de sesiones, 9 de mayo-29 de julio de 1988.

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *Informe Preliminar sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial*, Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Documento A/CN.4/415, 20 de mayo de 1988, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1989, vol. II, primera parte.

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *Observaciones y comentarios recibidos de Estados miembros. Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1988, vol. II, Documentos del cuagragésimo período de sesiones.

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *Observaciones y comentarios recibidos de Estados no miembros. Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1988, vol. II, Documentos del cuagragésimo período de sesiones.

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial*, Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Documento A/CN.4/422 y Add. 1, 11 y 24 de abril de 1989, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1989, vol. II, primera parte.

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *Séptimo informe sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial*,

Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Documento A/CN.4/388, 28 de marzo de 1984, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1985, vol. II, primera parte.

Naciones Unidas. Agencia de la ONU para refugiados de Palestina. *Definición territorio ocupado*. Disponible en www.unrwace.org

Organización de Estados Americanos. *Resumen de los procedimientos de extradición vigentes en Chile*. Disponible en <http://www.oas.org>.

La Costumbre Internacional. Asunto del Lotus (Francia/Turquía). Disponible en <http://www.cacheirofrias.com.ar>.

4. Jurisprudencia Internacional.

I Congreso del Partido. Ver en Harris, D.J. *Cases and Material son International Law*. Sweet & Maxwell. Fourth Edition, London. Año 1991.

(Al-Skeini) v. Secretary of State for defense. Disponible en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk>

(Al-Jedda) v. Secretary of State for defense. Disponible en <http://www.publications.parliament.uk>

Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defense. Queen's Bench Division (Divisional Court). Disponible en <http://www.lexis-nexis.com>

Argentine Republic v. Amerada Shipping Corporation. Tribunal Supremo de EE.UU. 23 de enero de 1989. Ver en <http://www.admiraltylawguide.com>

Attorney General of Israel v. Eichmann. Disponible en <http://www.nizkor.org>

Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando las jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena. Audiencia Nacional Española, 5 de noviembre de 1998: Auto de la Sala de lo Penal de Audiencia

Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena. Ver en <http://www.derechos.org>

Caso Al-Adsani v. The United Kingdom. Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 21 de noviembre de 2001. Ver en <http://www.echr.coe.int>

Caso Letelier. Discusión Inmunidad de Ejecución. United States District Court for the Southern District of New York. Disponible en <http://www.lexis-nexis.com>.

Caso Lotus. Corte Internacional de Justicia. Disponible en <http://www.icj-cij.org>.

Caso Ronald Grant Jones v. the Ministry of the interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiva (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor and Secretary of State for Constitutional affairs the Redress Trust. Año 2006.

Caso Pinochet. Disponible en <http://www.fundacionpdh.org>

Exchange v. McFaddon. En Bellot, Hugh H.L. *Pitts Cobbett's Cases on International Law*, Vol I: Peace, Fourth Edition, Sweet and Maxwell. London. Año 1922.

High Court of justice Queen's bench division divisional court. The Queen, on the application of (1) Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon (2) Khalaf Hussain Mufdhi and Secretary of State for Defense. Disponible en <http://www.judiciary.gov.uk>

Reggina(in the application of Al-Skeini and others) v. Secretary of Satet for Defense. Queen's Bench Division(Divisional Court). Disponible en <http://www.lexis-nexis.com>

Letelier et al The Republic of Chile et al. Corte de distrito del Estado de Columbia, Estados Unidos. Año 1980. Ver en <http://www.lexis-nexis.cl>

Parliament Belge. En Bellot, Hugh H. L, *Pitt Cobbett's Leading Cases on International Law*, Vol I: Peace, Fourth edition, Sweet and Maxwell. London 1922.

Pinochet. House of Lords, 1999. En Boggiano, Antonio. *Derecho Internacional A.D. 2000*. La Ley.

Reginna v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from Divisional Court of the Queen's Bench Division). Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) House of Lords, sentencia de segunda instancia anulada, 25 de noviembre de 1998. Traducido en Lazos Erazo, Jaime, *El caso Pinochet ante las cortes británicas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Año 1999.

República democrática del Congo v. Bélgica (Arrest Warrant del 11 de abril de 2000). Corte Internacional de Justicia. 14 de febrero de 2002, Disponible en <http://www.icj-cij.org>

Ronald Grant Jones v. The Ministry of the interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor and Secretary of State for Constitutional affairs the Redress Trust. Año 2006.

Sandy Mitchell & Ors v. Ibrahim Al-Dali & Ors. Disponible en www.redress.org. Año 2005.

Siderman de Blake y otros vs. Republica Argentina y la provincia de Tucumán. Tribunal de Apelación de EE.UU (noveno circuito). 22 de mayo de 1992. Disponible en www.derechos.org

Yamaguchi v. United States. Sentencia de la Corte Suprema de Japón. Abril 12, 2002. A.J.I.L, Vol. 97. año 2003.

United States v. Yunis. United States District Court of Columbia. Disponible en extracto en <http://www.usdoj.gov>

United States v. Bin Laden. United States Attorney Southern District of New York. Disponible en <http://www.usdoj.gov>

United States v. Bin Laden. United States Attorney Southern District of New York. Disponible en <http://www.usdoj.gov>

US. V Sampol. United States. Disponible en <http://www.lexis-nexis.com>.

United States v. Yunis. United States District Court of Columbia. Disponible en extracto en <http://www.usdoj.gov>

United States v. Bin Laden. United States Attorney Southern District of New York. Disponible en extracto en <http://www.usdoj.gov>

Eichmann v. Attorney General. Declaración Adolf Eichmann ante el tribunal de Jerusalén. Disponible en www.britannica.com

5. Jurisprudencia Nacional.

Abraham Senerman con República de Cuba y tercero. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto 1987. R.D.J. Volumen 84, segunda parte, sección II, p. 68.

Walter Szurgelies H. y otra con Hans Ulrich Spohn. Sentencia de la Corte Suprema de 19 de julio de 1988 revoca la sentencia dictada el 6.5.1988 por la Corte de Apelaciones de Concepción. F.M. 1988, N° 356, p.356.

6. Leyes Nacionales sobre Inmunidad.

Acta de Inmunidades Soberanas Extranjeras de 1976 (*Foreign Immunity Act*). International Law Materials, vol. 15, 1976. Disponible como artículo electrónico en <http://www.law.berkeley.edu>

Acta de Inmunidad Estatal de 1978 (*State Immunity Act*), International Law Materials, vol. 17, 1978. Disponible como artículo electrónico en <http://www.law.berkeley.edu>

Acta de Justicia Criminal de 1993 del Reino Unido. (*Criminal Justice Act*) Disponible en <http://www.opsi.gov.uk>

Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1988. Disponible en <http://www.english-legislation.hmso.gov.uk>

Decreto Ley 2349 de 1978. Disponible en <http://www.bcn.cl>

Nazis and Nazi Collaborators (punishment) Law. Disponible en <http://www.mfa.gov.il>

6. Tratados y Convenciones Internacionales.

Convención Europea de derechos humanos.

Disponible en <http://www.echr.coe.int>

Declaración de derechos humanos.

Disponible en <http://www.un.org>

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Disponible en <http://pdhre.org/conventionsum>

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

Disponible en <http://www.ehu.es>

Convención sobre el derecho del mar del año 1982.

Disponible en http://www.cedepesca.net/convencion_derechos_del_mar.htm

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

Disponible en <http://www.icrc.org>.