



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

---

CRÍMENES INTERNACIONALES Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL: VENTAJAS  
Y DESVENTAJAS DE UN JUZGAMIENTO POR PARTE DE LOS  
TRIBUNALES INTERNOS DE CADA ESTADO.

PÍA FRANCISCA ROJO CASTRO

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

PROFESOR GUÍA:  
EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR

---

SANTIAGO DE CHILE  
ENERO 2016

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I: CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL. ANÁLISIS DOGMÁTICO PRELIMINAR</b>	
1.1. Derecho Penal Internacional y crímenes de derecho internacional: aclaraciones conceptuales.....	7
1.2. Relación entre el Derecho Penal Internacional y los Derechos Humanos.....	13
1.3. Bienes jurídicos tutelados por los crímenes de derecho internacional....	17
1.4. Origen de los crímenes: Antecedentes históricos y la necesidad de una regulación a la luz del derecho internacional.....	21
1.5. Fuentes del Derecho Penal Internacional material: análisis referido a los crímenes internacionales	
1.5.1 Fuentes del Derecho Penal Internacional.....	41
1.5.2 Análisis particular de las fuentes más relevantes	
1.5.2.1 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.....	46
1.5.2.2 Estatuto del Tribunal Militar de Extremo Oriente (o Tribunal de Tokio).....	48
1.5.2.3 Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda	
i) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.....	51
ii) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ruanda.....	53
1.5.2.4 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	56
1.5.2.5 Convenios especializados sobre los crímenes de derecho internacional: Convención sobre el Genocidio y Convenios de Ginebra	

i)	Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.....	61
ii)	Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales.....	62
1.5.2.6	Métodos auxiliares de determinación del derecho penal internacional: sentencias de tribunales internacionales y nacionales, doctrina y resoluciones de los organismos pertenecientes a las Naciones Unidas.....	65
1.6	Tipos penales en particular: breve análisis de su configuración	
1.6.1	Genocidio	
i)	Consagración normativa.....	70
ii)	Bienes jurídicos protegidos por el crimen de genocidio.....	77
1.6.2	Delitos de Lesa Humanidad	
i)	Consagración normativa.....	80
ii)	Estructura del crimen.....	82
a)	Hecho global: ataque generalizado o sistemático contra la población civil.....	83
b)	Hecho individual: acciones típicas consideradas contrarias a la humanidad.....	86
c)	Conocimiento del ataque a la población civil (aspecto interno del hecho).....	90
iii)	Bien jurídico protegido por los crímenes de lesa Humanidad.....	91
1.6.3	Crímenes de Guerra	
i)	Consagración normativa.....	95
ii)	Presupuestos comunes a todos los crímenes de guerra	
a)	Conflicto armado de carácter internacional o interno.....	97
b)	Relación funcional entre el conflicto armado	

	y la conducta particular.....	99
	c) Conocimiento de la existencia de un conflicto Armado.....	100
iii)	Intereses protegidos.....	101
iv)	Estructura de los crímenes de guerra	
	a) Crímenes de guerra contra las personas.....	103
	b) Crímenes de guerra contra la propiedad.....	106
	c) Crímenes de guerra que consisten en el empleo de métodos de combate prohibidos.....	107
	d) Crímenes de guerra que consisten en el empleo de medios prohibidos.....	110
	e) Crímenes de guerra contra operaciones Humanitarias.....	112

**Capítulo II: JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y SU APLICACIÓN A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES: VENTAJAS, DESVENTAJAS Y LÍMITES. ¿AÚN TIENE SENTIDO SU EXISTENCIA?**

2	Principio de jurisdicción universal.....	113
	2.1 Concepto y fundamento jurídico de la voz jurisdicción universal	
	2.1.1 Concepto y orígenes de jurisdicción universal.....	116
	2.1.2 Jurisdicción universal y otros criterios de atribución competencial extraterritorial: análisis de sus fundamentos y elementos diferenciadores para su aplicación práctica.....	124
	2.1.3 Distinciones importantes relativas a jurisdicción universal: el concepto de jurisdicción universal “pura” y la máxima “ <i>aut dedere, aut judicare</i> ”	
	2.1.3.1 Jurisdicción universal “pura” y criterios adicionales para el juzgamiento	

de los crímenes internacionales.....	134
2.1.3.2 <i>Aut dedere, aut judicare</i> ” versus jurisdicción Universal.....	149
2.1.4 Presupuestos de aplicación y alcance del principio: delitos susceptibles de jurisdicción universal y Fuentes normativas.....	154
2.2 Análisis comparativo de las ventajas, desventajas y límites asociados a la aplicación de este principio	
2.2.1 Ventajas: razones prácticas y morales de su existencia.....	186
2.2.2 Desventajas: razones políticas y procedimentales.....	191
2.2.3 Límites: enumeración de las condicionantes que la doctrina ha propuesto a la aplicación de este principio	
i) Márgenes de discrecionalidad en su ejercicio: en especial, el principio de oportunidad.....	198
ii) El carácter concurrente o subsidiario de la jurisdicción universal respecto a la jurisdicción territorial de comisión de los hechos.....	200
iii) Prueba de la inactividad jurisdiccional en el país de comisión.....	203
iv) La necesidad de un punto de conexión con el crimen, o bien, la exigencia de interés nacional legítimo que permita el ejercicio de la jurisdicción universal.....	204
v) Presencia del imputado en el territorio del Estado que va a ejercer su competencia en base a la jurisdicción universal.....	206
vi) Inmunidades.....	208
vii) Prescripción de los crímenes internacionales.....	211

viii) Aplicabilidad de las leyes de amnistía vigentes en el país de comisión de los hechos.....	212
3 Concurrencia de tribunales con competencia para el juzgamiento de los crímenes internacionales	
3.1 Supuestos de concurrencia entre tribunales internos y jurisdicciones supraestatales.....	215
3.1.1 Concurrencia entre la jurisdicción universal y los tribunales penales internacionales <i>ad hoc</i> : principio de primacía.....	217
3.1.2 Concurrencia entre la jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional: principio de complementariedad. ¿tiene sentido tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma?	
i. ¿Tiene sentido la mantención del principio de universalidad tras la creación de la Corte Penal Internacional?.....	226
ii. Formas de solución de los eventuales conflictos de competencia entre el principio de complementariedad y el principio de universalidad.....	232
<b>Capítulo III: CASOS EMBLEMÁTICOS DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: CASO PINOCHET, CASO SCILINGO Y CASO GENOCIDIO EN GUATEMALA.</b>	
4 Panorama general internacional.....	239
4.1 Caso Pinochet	
4.1.1 Antecedentes de hecho.....	243
4.1.2 Antecedentes de derecho relativos a la jurisdicción Universal.....	244

4.2 Caso Scilingo	
4.2.1 Antecedentes de hecho que dieron origen al juicio.....	249
4.2.2 Antecedentes relativos al inicio del juicio.....	254
4.2.3 Consideraciones jurídicas relativas al principio de Universalidad.....	255
4.3 Caso Genocidio en Guatemala	
4.3.1 Antecedentes de hecho.....	273
4.3.2 Decisión del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal (fallo de mayoría).....	277
4.3.3 Voto particular de magistrados del Tribunal Supremo.....	291
4.3.4 Fallo del Tribunal Constitucional de España.....	308
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>325</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>335</b>

## **RESUMEN:**

En la actualidad existe consenso generalizado respecto a la necesidad de reprimir aquellas violaciones que atentan gravemente contra la comunidad internacional toda y sus valores fundamentales, los llamados crímenes internacionales. El genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes lesa humanidad, son tipos penales que a pesar de desarrollarse íntegramente dentro de un país determinado, sobrepasan ampliamente las fronteras del mismo, y de ahí los innumerables esfuerzos que se han desplegado en el último siglo con el objeto de legitimar su persecución y sanción a la luz del derecho internacional.

Dentro las múltiples fórmulas que se han creado con estos fines, buscando evitar finalmente la impunidad de estos graves ilícitos, tenemos una que ha sido bastante controvertida en la práctica jurídica y cuya procedencia aún es resistida por algunos sectores debido a los ribetes políticos que implica su aplicación. Nos referimos al principio de jurisdicción universal, que autoriza a los tribunales internos de cualquier Estado perteneciente a la comunidad internacional a conocer de los crímenes internacionales aún cuando éstos se han perpetrado fuera de sus territorio. Respecto a este punto, materia central de la memoria, se analizará su contenido, su fuente, el fundamento para su reconocimiento por los distintos actores del concierto internacional, las



problemáticas ligadas a su aplicación, entre otras aristas de importancia. También se darán luces sobre tres de los casos más relevantes a nivel internacional, donde se ha reconocido su procedencia o bien se han dado razones para su exclusión, finalizando con una reflexión crítica en torno a esta materia.



## **INTRODUCCIÓN**

Ya en los albores del siglo XX, comienza a surgir preocupación a nivel internacional por la comisión de crímenes atroces, principalmente circunscritos a guerras entre naciones o a conflictos armados internacionales, que cobraban un altísimo número de víctimas y cuyos autores o partícipes resultaban impunes o su juzgamiento sólo resultaba simbólico. Es en este contexto que surge el concepto de “crímenes fundamentales” de Derecho Penal Internacional, relativo a aquellas conductas que a pesar de desarrollarse íntegramente en el ámbito interno de un país, incluso íntegramente contra nacionales de un mismo Estado, se estima que por su gravedad atentan contra la comunidad internacional en general. Se concluye que el acto lesivo es de tal magnitud y representa un peligro tal para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad en general, que se faculta a la comunidad internacional en sí misma, y a cada uno de sus miembros, para perseguir el injusto penal traspasando incluso el tan asentado principio de la soberanía de los Estados.

Hoy en día, consolidado ya el derecho penal internacional y superada en su mayoría la discusión sobre su legitimidad, podemos señalar con certeza que los crímenes de derecho internacional reconocidos por la costumbre y por algunas Convenciones especializadas son, al menos, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En cada uno de estos delitos,

atentatorios contra los derechos humanos más trascendentes, se comprometen gravemente los valores de la comunidad internacional de la manera antes expresada, y es por ello que su persecución reviste un especial carácter.

Como regla general, sabemos que el “*ius puniendi*” está reservado a los Estados en los que se ha cometido la conducta delictiva, como consecuencia directa del principio de soberanía y de territorialidad de la ley penal. Esto se explica, además, por razones prácticas relativas a la ubicación de las pruebas materiales, testigos y víctimas, el idioma, el conocimiento de los partícipes del sistema jurídico, entre otros aspectos similares. Sin embargo, en el caso de los crímenes de derecho internacional, no podemos desconocer que su especial naturaleza hace indispensable una interpretación mas laxa de estos principios y consideraciones generales, pues existe una alta probabilidad de que dichas conductas queden impunes ante la jurisdicción territorial. Esto suele ocurrir, sobre todo, cuando los miembros del poder estatal favorecen su impunidad a través de las amnistías, indultos u otras medidas similares; es posible, también, que la coyuntura política de un Estado impida dar curso a los juicios o prive al sistema judicial de los medios necesarios para proteger a las víctimas, testigos y demás partícipes de los procedimientos penales; incluso puede darse el caso que no exista en la legislación nacional el tipo penal que permita sancionar la conducta específica, entre otras circunstancias de esta índole.

En razón de éstas (y otras) consideraciones, es que la comunidad internacional reacciona frente a la comisión de las agresiones que atentan contra sus valores fundamentales a través de dos mecanismos principales: por un lado tenemos la creación de tribunales internacionales y, por el otro, la posibilidad de que cada uno de los Estados, en cuanto miembros de la comunidad internacional, puedan perseguir a través de sus tribunales internos a los presuntos responsables de estas conductas.

Desde la vereda del Derecho Internacional, los principales tribunales internacionales que se han creado con competencia para castigar los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra son: el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Tribunal Internacional de Tokio, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y en el último tiempo, la Corte Penal internacional, institución facultada para ejercer su jurisdicción con carácter permanente respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional (los ya mencionados anteriormente, más el crimen de agresión), de manera complementaria a las jurisdicciones penales nacionales.

Por su parte, desde la vereda de la jurisdicción nacional, la reacción no es menos importante, pues a pesar de la naturaleza de estos crímenes y de su establecimiento en el ordenamiento internacional, resulta preponderante el rol

que tiene cada uno de Estados en su persecución penal cuando la actuación de los tribunales internacionales no tiene cabida. Esto, principalmente en el entendido de que la jurisdicción de dichos tribunales está acotada a un tiempo y espacio determinado (como la de los tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda), o bien es complementaria a la de los tribunales nacionales (como lo establece el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional en su artículo 1º). Siguiendo esta línea, la facultad punitiva que tienen los Estados para perseguir y sancionar estos crímenes puede provenir de diversos factores competenciales, pero el más interesante de analizar en atención a su naturaleza es el denominado principio de jurisdicción universal.

Como desarrollaremos a lo largo de esta memoria, a la luz de este principio se permite a los tribunales nacionales investigar y juzgar conductas constitutivas de crímenes de derecho internacional sin atender al territorio en el que se cometió, ni la nacionalidad de los autores o de las víctimas, ni cualquier otro factor de conexión particular con el crimen, habida cuenta de que exceden los asuntos internos del Estado en el que son perpetrados. En el caso de la justicia universal, es la naturaleza supranacional de los bienes jurídicos que se tratan de proteger lo que habilita a los órganos jurisdiccionales nacionales a actuar, con la finalidad de evitar las lagunas de impunidad existentes en la persecución y enjuiciamiento de parte de los tribunales nacionales territoriales y los tribunales internacionales eventualmente competentes. No se trata, por lo tanto, de una extensión extraterritorial de la soberanía nacional, sino del

ejercicio de una soberanía propia para la protección de intereses propios de cada uno de los Estados que forman parte de este ente supranacional denominado comunidad internacional. Su propio fundamento, además, es para algunos motivo suficiente para no requerir la concurrencia de ningún tipo de conexión de la conducta punible, desvinculándose de esta manera con los tradicionales elementos constitutivos de la jurisdicción estatal.

Para abordar esta temática de manera sistemática y detallada, en esta investigación dividimos su estudio en tres grandes capítulos: el primero destinado a un análisis dogmático preliminar de los crímenes de derecho internacional; el segundo relativo al examen de las distintas formas de persecución penal que existen en la actualidad, especialmente la que autoriza el juzgamiento por los tribunales nacionales de cada Estado en base al principio de jurisdicción universal; y finalmente el tercero, que da cuenta de los principales casos jurisprudenciales que han abordado el principio de jurisdicción universal como protagonista principal. Con este objeto, también, revisamos los tratados internacionales atinentes y la costumbre internacional, la opinión de los organismos internacionales que participan de la prevención de estos delitos (Cruz Roja Internacional, Amnistía Internacional, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otras), informes de la Secretaría General de las Naciones Unidas, y por supuesto, las posturas de la doctrina nacional y

comparada en la materia, todo esto, desde la metodología de la investigación descriptiva, deductiva y dogmático-jurídica.



## **CAPÍTULO I: CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL. ANÁLISIS DOGMÁTICO PRELIMINAR.**

### 1.1 Derecho Penal Internacional y crímenes internacionales: aclaraciones conceptuales

Lo primero que debemos precisar en el presente trabajo es lo que entendemos por Derecho Penal Internacional, marco general en el que se inscribe el tema en el que profundizaremos más adelante, y que nos servirá para hacer algunas aclaraciones previas.

En palabras de CASSASE, el Derecho Penal Internacional es un cuerpo de normas internacionales destinadas tanto a prohibir los crímenes internacionales como a imponer a los Estados la obligación de perseguir y castigar al menos algunos de esos crímenes. También regula los procedimientos internacionales para procesar y juzgar a las personas acusadas de esos crímenes<sup>1</sup>. Por su parte, el reconocido autor alemán GERARD WERLE, en su Tratado de Derecho Penal Internacional, nos señala que esta rama del derecho comprende todas

---

1 REYES, C. 2007. Teoría General del Derecho Penal Internacional: una aproximación histórico-evolutiva. Maestría en jurisdicción penal internacional. Huelva, Universidad Internacional de Andalucía. p.56

las normas de derecho internacional que directamente fundamentan, excluyen o de cualquier otro modo regulan una responsabilidad penal<sup>2</sup>.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que no existe una expresión unívoca en la doctrina para designar esta disciplina, inclinándose algunos autores por distinguir claramente entre Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional. Así, se reserva el concepto de Derecho Penal Internacional para referirse al conjunto de normas de carácter interno, es decir, emanadas de un Estado en particular, previstas para la represión internacional del delito; mientras que el Derecho Internacional Penal sería una parte del Derecho Internacional Público, en el que la comunidad internacional ostenta el carácter de legislador, por lo que sus normas serían internacionales y vendrían a regular los delitos de ese carácter por sus graves efectos sobre la humanidad y no simplemente sobre los súbditos o intereses de un determinado Estado<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> WERLE, G. 2011. Tratado de Derecho Penal Internacional, 2º edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. p.78

<sup>3</sup> Siguiendo la destacada opinión de Quintano Ripollés, cierto sector de la doctrina señala que el término “derecho penal internacional” es una noción que denota un equívoco, ya que el orden de los adjetivos (penal-internacional) estaría aludiendo a un orden legal penal con trascendencia hacia lo internacional, independiente si la potestad punitiva y sus límites fueran fijados dentro de las fronteras de los Estados o por la comunidad internacional. En cambio, la proposición “derecho internacional penal”, al asociar primeramente el adjetivo “internacional” al sustantivo “derecho”, posee la ventaja de apoyarse en la realidad misma de este orden jurídico, más aún si atendemos a un argumento positivo, cual es el sistema de fuentes del derecho aplicable, regulado en el artículo 21 del Estatuto de Roma,

En fin, no podemos sostener que el tratamiento sustantivo y procesal de los delitos internacionales sea un mero remedo del derecho penal de los Estados, trascendiendo a la sede internacional; más bien es la propia comunidad internacional la que se arroga el poder de tipificar conductas y sancionarlas de acuerdo a su sistema de fuentes y de jurisdicciones. **En:**

Para efectos de esta memoria, y secundado a la mayoría de la doctrina, preferiremos la nomenclatura Derecho Penal internacional para referirnos a lo que definimos en un comienzo. Esto se justifica principalmente por el sujeto pasivo en este ámbito (la persona natural), que es propio del Derecho Penal y no del Derecho Internacional. El argumento nos parece definitivo para denominar a esta rama del conocimiento, ya que entendemos que sólo anteponiendo el adjetivo “penal” a “internacional” se grafica uno de sus pilares esenciales, esto es, que sus normas son aplicables a las personas físicas en forma directa y no a los Estados.

Por otro lado, tenemos lo relativo a los denominados crímenes internacionales, objeto del Derecho Penal Internacional y tema central del presente capítulo. Antes de esbozar un concepto, necesariamente tenemos que hacer referencia a la distinción que algunos autores formulan entre crímenes de derecho internacional y crímenes o delitos internacionales. Si bien la mayoría de los instrumentos internacionales utilizan indistintamente ambos términos, y los tratadistas no suelen hacer la precisión, creemos apropiado no confundir ambas categorías de delitos (por lo menos teóricamente), pues corresponden a hipótesis que presentan claras diferencias entre sí.

---

CERDA, C.A. Características del Derecho internacional Penal y su clasificación entre crimen y simple delito. Centro Argentino de Estudios Internacionales.p.6 [en línea] < [mercury.ethz.ch/serviceengine/Files/ISN/145495/.../es/64+DI.pdf](http://mercury.ethz.ch/serviceengine/Files/ISN/145495/.../es/64+DI.pdf) >

La responsabilidad penal directamente fundada en el Derecho Penal Internacional es el criterio diferenciador entre los crímenes de derecho internacional de otros crímenes de trascendencia internacional. Respecto a estos últimos, el Derecho internacional no impone directamente – como sí ocurre en el caso de los crímenes de derecho internacional- una responsabilidad penal, sino que básicamente se obliga al Estado a penalizar determinadas conductas. La base para la persecución y sanción de estos crímenes de trascendencia internacional, no es, por tanto, el derecho internacional, sino las normas estatales de ejecución. En estos casos se puede a lo sumo hablar de una penalidad indirecta conforme al derecho internacional, a través del ordenamiento jurídico interno del Estado<sup>4</sup>. Esto rige por ejemplo para los delitos de piratería contra el tráfico aéreo y marítimo, el tráfico de estupefacientes, delitos terroristas, falsificación de moneda, entre otros.

Incluso más relevante que lo anterior, es la distinción entre ambas categorías de ilícitos en base a la gravedad de las obligaciones violadas. Así, un crimen internacional constituye una violación de normas imperativas o de *ius cogens* por acción u omisión de órganos estatales, cuyos efectos trascienden a los de los ilícitos nacionales tradicionales, y por ello importan efectos “internacionales”. El crimen internacional no reviste un ilícito cualquiera, sino de

---

<sup>4</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.99

una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto.

Se aclara que lo esencial –y también la originalidad del crimen internacional– estriba en que la relación jurídica de responsabilidad se establece entre el Estado al que el ilícito es atribuible, de una parte, y, de otra, la comunidad internacional como un sujeto colectivo distinto<sup>5</sup>. Por tanto, mediante su castigo se busca afianzar un sistema de garantías institucionales eficaces que permita la supervivencia de las relaciones internacionales en el marco de la convivencia pacífica y la cooperación de los Estados.

La figura de los crímenes del Derecho internacional, en cambio, supone violaciones graves y a gran escala de los derechos humanos más trascendentes, desplegadas por los particulares con cierta tolerancia o participación del Estado, afectando con ello los más altos intereses de la comunidad internacional, globalmente considerada. En general, se estima que estos son los ilícitos de mayor gravedad y que coinciden con la clasificación tripartita acuñada en el art. 6 del Tratado de Londres que creó el Tribunal de Nuremberg y que distinguía entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y

---

<sup>5</sup> ZUNIGA, Y. 2001. Análisis dogmático de los crímenes en el derecho internacional. Revista de Derecho (Valdivia) Vol.12, No.2. p.219

crímenes contra la humanidad<sup>6</sup>. De manera más actual, los crímenes de derecho internacional se suelen identificar con los tipos penales recogidos en el art.5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a saber: el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

Reiteramos la prevención de que nuestro trabajo sólo se centrará en esta segunda categoría de ilícitos penales, y de forma más concreta en los denominados “*core crimes*” o crímenes fundamentales, esto es, los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

Dejaremos fuera todo lo que tiene que ver con los crímenes internacionales a secas, pues ello escapa a nuestro principal objeto de análisis, la jurisdicción universal de los tribunales nacionales. Sucede que respecto de los crímenes de derecho internacional, a pesar de estar consagrados y regulados primordialmente en base al Derecho internacional, gozan de un consenso generalizado en cuanto a su represión a través de los tribunales nacionales en base al principio de jurisdicción universal. El fundamento legitimador de esta competencia “extraordinaria” de los tribunales nacionales, radica en la gravedad de las violaciones que implican a los intereses fundamentales de la comunidad internacional, y su finalidad primordial es la de

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

evitar la impunidad (tal como explicaremos en profundidad más adelante). Esto, sin embargo, no ocurre con los demás ilícitos de trascendencia internacional, cuya represión punitiva recae en los tribunales nacionales, pero ya no en base a la jurisdicción universal, sino en base a otros criterios competenciales.

Además, debemos señalar que dentro de los “*core crimes*”, sólo nos abocaremos a la revisión de los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra. Dejaremos fuera del análisis al crimen de agresión por la única razón de su reciente definición en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo que hace muy difícil encontrar un reconocimiento práctico para efectos de la jurisdicción universal. De todas formas, dejamos en claro que lo dicho en esta memoria respecto de los tres primeros crímenes, resultará plenamente aplicable (al menos en teoría) al crimen de agresión, pues no existen diferencias de fondo que impidan entender su funcionamiento de manera uniforme.

## 1.2 Relación entre el Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos

Una vinculación necesaria, que no podemos dejar de mencionar en razón de la naturaleza de los crímenes a los que nos vamos a referir, es la existente entre el Derecho Penal Internacional y las normas de protección internacional de los derechos humanos.

En primer lugar, ambos sistemas normativos tienen en común el carácter internacional de sus disposiciones, pero ya no centradas en los Estados (como el derecho internacional tradicional), sino que centradas más bien en la persona individual. A mayor abundamiento, las normas relativas a los derechos humanos conciben a la persona como sujeto de derecho, mientras que las normas de Derecho Penal Internacional la conciben como sujeto de deberes.

Por otro lado, tenemos que algunas conductas constitutivas de crímenes contra el derecho internacional consisten precisamente en violaciones graves a los derechos humanos. Precisamente, como ya adelantábamos, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tipifican las vulneraciones a los derechos humanos más importantes recogidos en las declaraciones universales, internacionales o regionales de mayor relevancia.

Así ocurre con el delito de genocidio, cuyas cinco hipótesis representan violaciones de derechos garantizados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José), y respecto del cual tiene vigencia la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, suscrita en 1948. Lo mismo puede decirse de todas las hipótesis consideradas como crímenes de lesa humanidad; las allí contempladas ofenden también derechos garantizados en las mismas



convenciones internacionales generales ya señaladas y además otras específicas como: la Convención sobre Esclavitud; las Convención Internacional e Interamericana contra la Tortura; el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Prostitución de Personas Ajenas; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid. La situación es ligeramente distinta en lo que se refiere a los crímenes de guerra, ya que si bien muchos de ellos se superponen con los delitos de los artículos anteriores (muertes, lesiones, torturas, etc.), no están contemplados en Tratados generales o Declaraciones específicas sobre Derechos Humanos sino que aparecen referidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus protocolos adicionales<sup>7</sup>.

Otro ámbito que demuestra una especial conexión entre estas dos ramas del derecho, es el concerniente al régimen de represión de aquellas violaciones o atentados graves a los derechos humanos reconocidos universalmente. Como señala la profesora YANIRA ZUÑIGA, esta empresa importa esfuerzos específicos en el diseño de la normativa sustantiva, así como en el establecimiento de órganos jurisdiccionales legítimos y eficaces en la protección de los derechos de los individuos en los supuestos en que los ordenamientos

---

<sup>7</sup> ETCHEBERRY, L.A. 2011. Crímenes internacionales y Derechos Humanos: papel de la corte penal internacional. Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile. p.31

nacionales se muestran insuficientes para garantizar los derechos más sensibles de los seres humanos, o, aún más, cuando los Estados se transforman en los principales infractores de estos derechos<sup>8</sup>

Si bien es cierto que los principales mecanismos encargados de asegurar la protección de los derechos humanos y de sancionar sus violaciones son los tribunales especializados en la materia, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, los mecanismos previstos en el ámbito del Derecho Penal Internacional también se perfilan como un importante instrumento supletorio, que complementa y asegura la protección de estos derechos cuando estamos en presencia de atentados masivos de derechos humanos fundamentales. Como puntualiza GERARD WERLE, frente a la desprotección de las víctimas, el Derecho Penal ofrece una respuesta al fracaso de los mecanismos tradicionales de protección de los derechos humanos<sup>9</sup>, interviniendo en el conflicto entre la soberanía estatal y la protección de los derechos humanos a favor de la humanidad, otorgando el máximo nivel de protección que pueden alcanzar los derechos humanos.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos consignar que, si bien el Derecho Penal Internacional criminaliza de forma directa las violaciones a los derechos

---

<sup>8</sup> ZUNIGA, Y. *Op. cit.* p. 217

<sup>9</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.105

humanos, no supone por ello que todo atentado sea punible bajo este sistema. Ocurre, más bien, lo contrario. Sólo una pequeña parte de los derechos humanos reconocidos universalmente goza de protección por medio del derecho penal internacional, y siempre en el entendido de que se trate de las vulneraciones más graves que cumplan con los tipos penales fijados por los instrumentos internacionales que los regulan. En este sentido, la doctrina ha señalado que para el Derecho Penal Internacional también rige el principio según el cual la utilización del Derecho Penal como herramienta sólo es admisible como *última ratio*, es decir, cuando el resto de los mecanismos de protección (nacionales e internacionales) fracasan<sup>10</sup>.

Por último, es importante recordar que las normas de protección de los derechos humanos no sólo legitiman al Derecho Penal Internacional, sino que al mismo tiempo limitan su aplicación. Esto, porque al igual que el Derecho penal nacional, la imposición de un castigo está sujeta a los límites impuestos por los derechos humanos, principalmente en lo que dice relación con un proceso penal justo, conforme a las garantías mínimas previstas internacionalmente.

### 1.3 Bienes jurídicos tutelados por los crímenes de derecho internacional

Desde la vereda del Derecho penal, es esencial determinar cuáles son los

---

<sup>10</sup> *Id.* p.107

bienes jurídicos tutelados por los crímenes de derecho internacional. Tal como el Derecho penal nacional sólo tiene aplicación frente a precisas y determinadas infracciones, el Derecho Penal Internacional no cubre la totalidad del espectro normativo internacional, sino que se circunscribe a la protección de bienes jurídicos determinados y que son propios de esta rama del derecho.

Tradicionalmente se ha señalado que los bienes jurídicos tutelados por los crímenes de derecho internacional son la paz mundial, la seguridad internacional y el bienestar de la humanidad (este último, incluido recientemente por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>11</sup>). La mayoría de la doctrina ha llegado a esta conclusión, debido a la naturaleza misma de los crímenes, que, como ya señalamos *supra*, está determinada por la gravedad de los atentados a los intereses de la comunidad internacional misma. Colegimos, entonces, que los intereses más trascendentes de la comunidad internacional serían la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, y de ahí su reacción a través del sistema previsto por el Derecho Penal Internacional.

Profundizando un poco en esta materia, GERAR WERLE advierte que los intereses fundamentales de la comunidad internacional – la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad- están protegidos por el Derecho

---

<sup>11</sup> El preámbulo de este tratado internacional, consigna expresamente que los crímenes de competencia de la Corte “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. Por lo tanto, el bienestar de la humanidad se considera de manera generalizada un aspecto de protección autónomo, distinto de la paz y la seguridad.

Penal Internacional frente a ataques provenientes de distintas direcciones. En el caso del genocidio, se perturba la paz mundial por medio de un ataque (intencional) a la existencia social de un grupo determinado. En los crímenes contra la humanidad, la amenaza a la paz, seguridad y bienestar de la humanidad consiste en la violación sistemática o masiva de derechos humanos fundamentales de la población civil. La criminalización de las violaciones de las normas y usos de guerra buscan reducir en lo posible los efectos de un conflicto armado o impedir que resurja<sup>12</sup>, afectando con ello dichos intereses, sobre todo la paz mundial<sup>13</sup>.

Además, existe un requisito adicional común a todos los crímenes, que está considerado implícitamente en todos los instrumentos que regulan su castigo, a saber: la necesidad de que los atentados a estos bienes jurídicos se den en un contexto de violencia sistemática o masiva. Como consecuencia de ello, la responsabilidad por el ejercicio de esta clase de violencia recae, por regla general, en un colectivo, normalmente en un Estado.

Dicho todo esto, queda pendiente revisar la relación existente entre los bienes jurídicos tutelados y los derechos humanos eventualmente vulnerados con la comisión de los crímenes. Lo que suele señalarse a este respecto se

---

<sup>12</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.85

<sup>13</sup> Cabe mencionar que los tres bienes jurídicos que acabamos de mencionar no pueden distinguirse absolutamente entre sí en la práctica, y por tanto frente a la comisión de un crimen, suelen actuar de manera interdependiente.

esboza de la siguiente manera: la comunidad internacional interviene ante violaciones masivas de derechos fundamentales porque éstas ponen en peligro la paz y la seguridad de la humanidad, viendo que los mecanismos de protección tradicionales, es decir, los consistentes en la responsabilidad internacional del Estado, son insuficientes<sup>14</sup>.

En esta línea de razonamiento, la conexión que se plantea entre estos bienes jurídicos y la protección de los derechos fundamentales, vendría dada porque estos últimos se transforman en una especie de requisito o condicionante previa para la consecución de la paz, la seguridad o el bienestar de la humanidad. Sin embargo, y tal como señala ALICIA GIL, considerar a los derechos humanos como requisito previo de procedencia supone una conexión artificiosa con los bienes jurídicos tutelados y acarrea una falacia implícita, pues ellos gozan de plena autonomía en cuanto bienes jurídicos individuales. La tratadista lo explica de la siguiente manera:

“ (...) Es necesario repetir aquí, aunque suene a tópico, que el Derecho Penal Internacional –lo mismo que los Derechos domésticos– protegen en forma prevalente, aunque no excluyente, bienes jurídicos individuales.

---

<sup>14</sup> ZUNIGA, Y. *Op. cit.* p. 221

Apuntado lo anterior, debo advertir que el Derecho Penal Internacional se dirige a proteger niveles distintos de agresión a bienes jurídicos individuales, o incluso bienes jurídicos de naturaleza distinta (por ejemplo, bienes colectivos) de los que protege el derecho penal interno. La razón de esta diferenciación es sencilla. El Derecho Penal Internacional se sujeta a una especie de hiperinflación del principio de *ultima ratio*. Esto significa que no sólo supedita su actuación a la represión de los injustos especialmente previstos por la ley internacional y que no están sometidos a regímenes de sanción específicos (por ejemplo, la responsabilidad internacional de los Estados de carácter civil), sino que, además, su razón de ser descansa precisamente en la idea de subsidiariedad. Esta subsidiariedad se predica en relación con aquellas conductas lesivas que el Derecho interno no es capaz de reprimir eficazmente<sup>15</sup>.<sup>16</sup>

#### 1.4 Origen de los crímenes: Antecedentes históricos y la necesidad de una regulación a la luz del derecho internacional

---

<sup>15</sup> *Id.* p.222

<sup>16</sup> Esta autora entiende, a nuestro juicio correctamente, que los crímenes de derecho internacional son pluriofensivos, y que pueden atacar directamente a los derechos humanos en cuanto bienes jurídicos individuales y de carácter autónomo. Por ejemplo, si se atenta contra del derecho a la vida a través de la comisión de un crimen de genocidio, en un contexto de ataques generalizados y/o sistemáticos a los derechos humanos, y concurriendo además la tolerancia o participación de un Estado, corresponderá su represión al sistema de protección previsto en el Derecho Internacional, siempre que el derecho doméstico no ofrezca una protección suficiente y adecuada.

La idea de un Derecho Penal con aplicabilidad universal se puede seguir a lo largo de la historia de la humanidad, pero no es sino hasta el siglo XX cuando se comienza a dar forma jurídica a tales reflexiones. Si bien existen algunos indicios de esta idea en años anteriores, sólo tras los horrores del régimen nazi de Adolfo Hitler el Derecho Penal Internacional comenzó a abrirse paso. Los crímenes que se cometieron contra el pueblo judío hicieron aparecer como insoportable la impunidad de los responsables, exigiendo una acción conjunta de la comunidad internacional, la que en un primer momento estuvo liderada por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, no existió verdadera voluntad política de perseguir y sancionar a los culpables de estas atrocidades sino una vez culminada la Guerra Fría, teniendo como telón de fondo los graves crímenes perpetrados en territorio de la Ex Yugoslavia y Ruanda. Sólo en ese momento, y esta vez en el marco de las Naciones Unidas, se retomó la determinación de acabar con la impunidad y de actuar a través de la creación de tribunales penales internacionales. Por tanto, podemos concluir que el surgimiento del Derecho Penal Internacional es el resultado de algunos de los capítulos más oscuros de la historia de la humanidad.

Además de estas circunstancias fácticas, se hizo necesaria la existencia de condiciones políticas básicas para hacer realidad la idea de un Derecho Penal de aplicabilidad universal<sup>17</sup>. En este sentido, el proceso de gestación y

---

<sup>17</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p. 39



reconocimiento de una responsabilidad penal individual a la luz del Derecho internacional, se encontró con dos grandes obstáculos: por una parte, había que superar la posición defensiva de los Estados frente a cualquier injerencia exterior, anclada en la idea de soberanía; y, por la otra, se requirió del reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional público, idea que resultaba extraña al Derecho Internacional Público clásico, que entendía que sólo los Estados eran sujetos de Derecho Internacional. El primer obstáculo fue superado debido a la gravedad de los hechos ocurridos en el concierto internacional durante la Primera y Segunda Guerra Mundial, que afectaban en su esencia los derechos humanos más básicos, y que requerían claramente medidas que sobrepasaban las fronteras de los Estados. El segundo fue vencido en la Carta de Nuremberg, que introdujo como excepción la responsabilidad penal individual desde la perspectiva internacional en el caso de delitos de una motivación ideológica tan execrable como para ser considerados crímenes contra la humanidad. Se distinguen de actos que pueden tener las mismas consecuencias –asesinato, tortura y similares- por el hecho de que son perpetrados por funcionarios o agentes estatales, de forma sistemática y en función de una política que deniega a grupos políticos o raciales el derecho a la vida o a la integridad física. En términos prácticos, también les diferencia la impunidad del ejecutor ante la legislación interna: sólo

será castigado, caso de que lo sea, tras un cambio de Gobierno o por un tribunal extranjero o internacional<sup>18</sup>.

Para efectos de analizar la evolución y establecimiento del Derecho Penal Internacional, nos referiremos a las tres fases que la doctrina internacional suele identificar en esta materia: la primera, tras el término de la Segunda Guerra Mundial, con la creación del Tribunal de Nuremberg y la consagración a través de un tratado de su derecho, el denominado “Derecho de Nuremberg”; la segunda, a partir de la década de los noventa, con el surgimiento de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda, establecidos por Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1992 y 1994; y por último, el acuerdo de los Estados en la redacción y forma del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, un tratado multilateral que ordena el establecimiento de un tribunal internacional permanente, con sede en la Haya, y que viene a sistematizar y culminar el proceso de cristalización de las normas sustantivas de Derecho penal internacional. Anotamos desde ya que esta revisión no tiene carácter exhaustivo, y sólo pasará revista a los grandes hitos que han marcado el surgimiento de los crímenes internacionales, que será el punto central de este apartado.

---

<sup>18</sup> ROBERTSON, G. 2008. Crímenes contra la humanidad: la lucha por la justicia global. Madrid, Siglo XXI. p.230

Los primeros albores del establecimiento de una responsabilidad penal individual en el Derecho internacional se encuentran en el Tratado de Paz de Versalles, de 28 de junio de 1919<sup>19</sup>. Este instrumento, en su art.227, proponía la creación de un tribunal especial “internacional”, formado por cinco jueces provenientes de Gran Bretaña, Estados Unidos, Japón, Francia e Italia, para el enjuiciamiento del Kaiser Guillermo II de Hohenzollern, por la “ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”. Asimismo, en los artículos 228, 229 y 230, se consagraban las reglas para hacer comparecer a los demás culpables de dichas atrocidades ante los tribunales militares de las potencias aliadas. Lamentablemente esta ambiciosa idea fracasó, y los procesos penales fueron llevados a cabo ante el Tribunal Supremo del Reich con sede en Leipzig. Los denominados “juicios de Leipzig” finalmente sólo tuvieron una importancia indirecta para el desarrollo del Derecho Penal Internacional, puesto que fueron llevados a cabo en base al derecho penal nacional de Alemania (no en base a normas internacionales), y fueron más bien procesos simulados, con muy pocas condenas<sup>20</sup> y con penas

---

<sup>19</sup> Algunos autores, sin embargo, atribuyen las primeras ideas sobre la construcción de una jurisdicción penal internacional a los trabajos realizados en el marco de la Conferencia de paz preliminar de París, cuya Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de penas por la violación de las leyes y costumbres de guerra postula creación de una *High Court* encargada de juzgar estas conductas. Si bien, esta propuesta finalmente no tuvo éxito, este trabajo influyó mucho en Tratado de Versalles celebrado con posterioridad. **En:** QUESADA, C. 2005. Corte Penal Internacional y la soberanía estatal. Valencia, Tirant lo Blanch. p.41

<sup>20</sup> Ante este tribunal se celebraron un total de 907 procesos basados en las listas de extradición de las potencias aliadas; otros 837 los inició el Tribunal Supremo del Reich por propia iniciativa. Sin embargo, sólo en 13 casos se alcanzó la fase de juicio oral. En nueve procesos, concluidos con una sentencia final, se pronunciaron diez condenas y seis absoluciones. Ni siquiera las

que nunca se cumplieron en su totalidad. Como consecuencia de ello se dijo que “la justicia del perdedor” resultó ser una farsa<sup>21</sup>. Sin embargo, su importancia no puede ser desestimada, pues por primera vez se reconoció en forma expresa en un tratado internacional, el Tratado de Paz de Versalles, la idea de una responsabilidad penal individual en el Derecho internacional<sup>22</sup>.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (*Charter of the International Military Tribunal*), del 8 de agosto de 1945, procedente del Acuerdo de Londres entre las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, puede caracterizarse como el acta de nacimiento del Derecho Penal Internacional. Mediante la creación de este tribunal, por fin se cambia un paradigma vigente hasta entonces en materia de conflictos bélicos: es la primera vez en la historia que los crímenes más odiosos van a ser enjuiciados por una jurisdicción de carácter internacional, basándose en normas internacionales y no en los ordenamientos nacionales<sup>23</sup>.

Si bien se barajaron diversas alternativas, finalmente la idea de un juicio justo ante un tribunal internacional prevaleció. Robert Jackson, juez del Tribunal

---

penas allí impuestas fueron cumplidas en su totalidad, en ningún caso. En: WERLE, G. *Op. cit.* p.42

<sup>21</sup> ROBERTSON, G. *Op.cit.* p. 233

<sup>22</sup> Algunos autores también agregan, como precedente, la *Convention pour la création d'une Cour pénale internationale* de 16 de noviembre de 1937, suscrita en el marco de la Liga de las Naciones por 13 Estados, que pretendía establecer una tribunal penal internacional permanente para la persecución de delitos terroristas. Este esfuerzo finalmente también fracasó y la convención nunca entró en vigor.

<sup>23</sup> QUEZADA, C. *Op. cit.* p.45

Supremo de Estados Unidos, designado posteriormente como fiscal en jefe para los procesos de Nuremberg, concluyó que:

“El único camino es establecer la inocencia o culpabilidad tras un enjuiciamiento tan desapasionado como nos permitan los tiempos y horrores a los que nos enfrentamos, y con un registro documentado que deje claro nuestros motivos y razones”.<sup>24</sup>

Desde una perspectiva histórica, se concluye que Nuremberg transformó y clarificó el Derecho Penal Internacional. Declara competente al Tribunal Militar Internacional “para procesar a criminales de guerra cuyos delitos no cuenten con una localización geográfica particular”. También, rechaza la idea de que la ley internacional sólo se remitía al comportamiento de los Estados, y como consecuencia imposibilitaba el castigo a los individuos; la esencia de la Carta es que los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden el deber de obediencia impuesto por el Estado, lo que legitima la responsabilidad penal en todos los niveles, en tanto líderes y en tanto soldados.

Empero, uno de sus aportes de mayor trascendencia radica en aquello que nos importa mayormente en este apartado, a saber, la determinación y descripción de los crímenes internacionales. Es la primera vez que se establece esta categorización de crímenes en un instrumento internacional, lo que

---

<sup>24</sup> ROBERTSON, G. *Op cit.* p.235

constituye una aportación decisiva a la dimensión sustantiva del Derecho Internacional Penal<sup>25</sup>. Según el art.6 del Estatuto (que examinaremos en detalle más adelante), los delitos a perseguir y sancionar por esta vía son los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, cada uno con acciones y requerimientos propios. En esta materia, el principal logro de Nuremberg fue la descripción típica del último de ellos, el crimen de lesa humanidad, como un crimen independiente de los crímenes de guerra, que supone la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos en contra de la población civil, ya sea por razones políticas, raciales o religiosas. La diferencia radical con los crímenes de guerra es que no son cometidos por las exigencias del conflicto en contra de los soldados enemigos, sino en contra de los civiles del mismo Estado.

Pese a estos destacados aportes, el “Derecho de Nuremberg” no fue un modelo exento de críticas. Las dos objeciones principales se refieren, por un lado, a su legitimidad política, y, por el otro, a su legitimidad jurídica. Los reproches de una “justicia de los vencedores” se alimentaron sobre todo de la circunstancia de que jamás se llevaron a cabo juicios penales por los crímenes de guerra cometidos por los Aliados: se presentaba la interrogante de si los principales responsables de las Potencias del Eje debían comparecer ante un tribunal por el hecho de haber iniciado y desarrollado una guerra o por el sólo

---

<sup>25</sup> QUEZADA, C. *Op. cit.* p.46

hecho de haberla perdido. Desde un punto de vista jurídico se critica principalmente la violación de la prohibición de las penas retroactivas, prohibición aceptada también en principio por el Tribunal Militar Internacional<sup>26</sup>. Para estos efectos, la discusión radicaba en establecer si todos los crímenes juzgados por el Tribunal Militar Internacional eran punibles en virtud del derecho internacional consuetudinario al tiempo de su comisión, sobre todo en cuanto a los crímenes contra la paz y los crímenes de lesa humanidad (respecto a los crímenes de guerra era claro que gozaban de una base segura en los usos y costumbres de guerra “vigentes” en la época en la que ocurrieron los hechos). En este sentido, es incuestionable que los crímenes individuales allí descritos, como el homicidio, las detenciones ilegales, la tortura, la violación y otros, eran por si mismos punibles en prácticamente todos los Estados del orbe al tiempo de su comisión. El problema, por tanto, era su persecución a partir del Derecho internacional como crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad, pues ello vulneraría uno de los principios fundantes del Derecho Penal, a saber “*nullum crimen, nulla poena sine legem*”. Por el alcance y reconocimiento que tuvieron sus normas en el escenario mundial durante el siglo XX, actualmente se reconoce al “Derecho de Nuremberg” el carácter de Derecho internacional consuetudinario, y a los tipos penales descritos en el Estatuto del Tribunal como la base del Derecho Penal Internacional material. Por tanto, como señala GERAND WERLE, la cuestión de si en Nuremberg sólo se constató un derecho

---

<sup>26</sup> WERLE, G. *Op cit.* pag.49

ya existente o se creó uno nuevo, sólo tiene valor desde el punto de vista de la historia del Derecho internacional. En relación con la posible infracción del principio de irretroactividad penal, actualmente habría que constatar objetivamente que la prohibición de retroactividad no tiene la función de eximir de pena en los casos de abuso de poder contrario al derecho internacional<sup>27</sup>.

La primera confirmación del “Derecho de Nuremberg” viene dada por la creación de un nuevo Tribunal Militar, con sede en Tokio, para juzgar a los principales responsables de la agresiva política de guerra de Japón hasta 1945. El Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (o Tribunal de Tokio), en líneas generales sigue el mismo modelo estructural y procesal del Tribunal de Nuremberg, acusando en total 28 antiguos generales y políticos japoneses, en juicios que se desarrollaron entre 1946 y 1948<sup>28</sup>. El proceso finalizó con la condena de todos los acusados. Junto a siete condenas capitales, se dictaron 16 cadenas perpetuas, una condena de prisión de 20 años y otra de 7 años<sup>29</sup>. Con ello, las condenas resultaron más rigurosas que las de Nuremberg. Sin embargo, la principal crítica radica en que el principal gestor de los crímenes de

---

<sup>27</sup> *Id.* p.51

<sup>28</sup> Cabe señalar que, a diferencia del Juicio de Nuremberg, la base jurídica para el juicio de Tokio en contra de los criminales de guerra, no fue un tratado internacional, sino un decreto o “Proclama” del comandante en jefe de las fuerzas aliadas, Douglas Mac-Arthur, de 19 de enero de 1946. Algunas diferencias de trascendencia con el Tribunal de Nuremberg las encontramos en su estructura, en particular porque más Estados estaban representados en el banquillo de los jueces. En cuanto a las normas materiales, su núcleo lo conformaban los tipos penales de Nuremberg, es decir, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

<sup>29</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p. 52



guerra, el emperador japonés Hiroito, no fue sometido a proceso ni menos condenado por motivos de oportunidad política.

En las décadas que siguieron a los juicios de Nuremberg y Tokio, y prácticamente hasta los años noventa, la situación se tornó paradójica. Por un lado, los fundamentos jurídicos del Derecho Penal internacional se afianzaron con la consolidación del Derecho de Nuremberg. Pero, por otro lado, no existía capacidad ni menos disposición de los Estados para aplicar estos principios y poner fin a la impunidad debido a la coyuntura de la Guerra Fría.

A mayor abundamiento, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de diversas Resoluciones reforzó los tipos delictivos y principios formulados por el Estatuto de Nuremberg. Así, por ejemplo, la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 confirmó los principios de Derecho penal internacional codificados en el Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg y aplicados en las sentencias de dicho Tribunal. Luego, mediante la Resolución 177 (II) de 21 de diciembre de 1947, la Asamblea encargó a la Comisión de Derecho Internacional la preparación de una codificación de crímenes de Derecho Internacional y principios contenidos en el Estatuto y en la sentencia de Nuremberg. Esta Comisión de las Naciones Unidas, presentó en 1954 el primer proyecto para un Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, que luego tuvo modificaciones y revisiones en 1991 y 1996.

Conjuntamente, se produjo otro fenómeno que coadyuvaba a la consagración y reconocimiento generalizado del Derecho Penal Internacional sustantivo, que consiste en la redacción y entrada en vigencia de tratados internacionales multilaterales y especializados, relativos a los crímenes internacionales ya descritos en Nuremberg, como es el caso del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (de 9 de diciembre de 1948), así como los cuatro Convenios de Ginebra (de 12 de agosto de 1949), incluidos sus Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977. Los tratadistas identifican este fenómeno como una transferencia de parte del Derecho penal internacional consuetudinario al Derecho internacional de los tratados.

Sin embargo, desde otra perspectiva, muchos autores estimaron que durante esos años hubo un retroceso grave en el camino del establecimiento del Derecho Penal Internacional. Incluso algunos llegaron a darlo por muerto. La razón para ello se encuentra en que en el medio siglo posterior al juicio de Nuremberg la impunidad se instaló como regla generalísima, dejando el castigo relegado como si el Derecho de Nuremberg no hubiese existido<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Como nos expone Robertson, rara vez se responsabilizó a los cabecillas, precisamente porque su poder político les otorgaba la capacidad de negociar su salida del ensangrentado escenario –con sus cuentas en Suiza intactas- hacia un discreto retiro en lugares como Panamá o el sur de Francia. Los altos cargos de gobierno recibían instrucciones de no admitir el procesamiento de otros líderes ni denunciar públicamente los graves atentados a los derechos humanos que cometían las dictaduras y gobiernos tiránicos, asuntos que primordialmente se resolvían en base a negociaciones, no a través de la justicia. Todo esto matizado además con un escenario internacional muy convulsionado, sobre todo por las fuertes tensiones que produjo la Guerra Fría. **En:** ROBERTSON, G. *Op cit.* p.269

Así las cosas, recién a principios de la década de los noventa se reactivó la conciencia internacional en pro de los derechos humanos, y con ello, la puesta en práctica del sistema del Derecho Penal Internacional. La ocasión vino dada por las graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde los inicios de los noventa y por las masacres a la minoría tutsi en Ruanda<sup>31</sup>.

Esta vez no fueron las Potencias vencedoras tras el final de un conflicto militar, sino las Naciones Unidas, quienes forzaron la aplicación del Derecho penal internacional, a través de su sistema de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, previsto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Esto se logró, concretamente, a través de una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que dispuso la creación de tribunales penales internacionales como órganos subsidiarios. A diferencia del Tribunal Penal Militar de Nuremberg, que se creó a través de tratado internacional, este modelo permitía una ventaja frente a los Estados, pues el art.25 de la Carta de la ONU obliga a todo Estado a cooperar con los Tribunales, existiendo incluso mecanismos de cumplimiento forzoso de esta obligación. Asimismo, está prevista expresamente en los Estatutos la competencia prioritaria de estos

---

<sup>31</sup> A esto se suma, en paralelo, la labor que en 1989 inician distintos órganos (distintos Grupos de Trabajo y un Comité *Ad Hoc*), de diferente composición (expertos en unos casos, representantes gubernamentales en otros), y con el recurso a distintos métodos de trabajo (grupos de trabajos abiertos o cerrados, debates plenarios, etc) que sientan las bases de una Conferencia internacional y de un Proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional sobre el que dicha conferencia va a discutir.

Tribunales Penales Internacionales frente a los órganos judiciales nacionales, incluidos los del Estado en los que hayan cometido los delitos.

Según las palabras de GERARD WERLE, Las marcadas tensiones entre las minorías étnicas que vivían en la República Federal de Yugoslavia – existentes ya desde la muerte de Tito en el año 1980- se intensificaron con el colapso de los Estados socialistas vecinos y la guerra civil yugoslava en 1991, hasta llegar convertirse en uno de los más graves conflictos en el continente europeo durante el siglo pasado.<sup>32</sup> Frente a la gravedad de estos acontecimientos, el Consejo de Seguridad empezó por nombrar una comisión de expertos, encabezada por el profesor Cherif Bassiouni, que habría de investigar las violaciones de la ley humanitaria internacional. El informe de esta Comisión reveló la perpetración generalizada de crímenes de guerra y contra la humanidad, y proponía la creación de un tribunal penal internacional.

Con estos antecedentes a la vista, la Asamblea General de las Naciones Unidas no pudo más que respaldar esta iniciativa, y el 22 de febrero de 1993 se dicta la Resolución 808, que afirmó que la paz y la seguridad mundiales se encontraban amenazadas por los sucesos en la antigua Yugoslavia, y en consecuencia, acordaba la creación de un tribunal internacional para contribuir a la materialización de la paz. Esta idea se materializó finalmente con la

---

<sup>32</sup> WERLE, G. *Op.cit.* p.59

Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, que decidió “establecer un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz, y con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional<sup>33</sup>, que establecía las bases legales y de procedimiento para esta nueva institución. El informe de la Comisión, que fue tomado como base para la Resolución antes dicha, admite que el método normal para instituir un organismo acusador y un tribunal debía ser que los Estados partícipes, bien a través de la Asamblea General o de otras conferencias convocadas al efecto, redactaran un tratado. Pero tal sistema llevaría años, y la urgencia de las circunstancias exigía la adopción de medidas rápidas. Por ello, se utilizó el mecanismo previsto en el Capítulo VII de la Carta de la ONU, dado que el Consejo de Seguridad ya había explicitado una amenaza para la paz.

Por otra parte, en 1995, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instituyó, a través de la Resolución 955, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda con sede en Arusha, Tanzania. Así la comunidad internacional reaccionó al genocidio que en pocos meses había cobrado la vida de alrededor de un millón de personas en Ruanda, en su mayoría perteneciente al grupo

---

<sup>33</sup> *Ibid.*

indígena Tutsi. Como podemos notar, la institución de este tribunal, sigue la misma línea del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, por medio de una medida coercitiva del Capítulo VII de la Carta de la ONU. Se justificaba la “amenaza contra la paz y la seguridad” pues el conflicto de Ruanda había desencadenado una masiva oleada de refugiados, muchos de ellos armados, hacia los países vecinos, lo que en sí mismo suponía un grave riesgo de desestabilización de las áreas locales en las que se había asentado<sup>34</sup>.

La competencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en virtud del art.1º de su Estatuto, se extiende a las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994. Concretamente, está legitimado para perseguir el genocidio, crímenes contra la humanidad, y las violaciones al art.3 común de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, en los términos descritos en los artículos 2, 3 y 4.

Cabe destacar que, de conformidad con la resolución 1966 del Consejo de Seguridad, del 22 de diciembre de 2010, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda deberán terminar su respectivo cometido el día 31 de diciembre de 2014. Para ello, se contempla la creación del “Mecanismo residual internacional para tribunales criminales”, que tomará una serie de medidas para poner fin a las funciones que

---

<sup>34</sup> Pese a las fuertes críticas de las que fue objeto, sobre todo al comienzo por la lentitud en su establecimiento y en la tramitación de sus procesos, las acusaciones de corrupción y por el gigantesco desbordamiento de presupuesto, no se pueden desconocer algunos logros de importancia: en África ha servido para poner fin a la impunidad de once ministros de gobierno y varios generales y coroneles responsables de genocidio que de no ser por su existencia, habrían quedado sin castigo. Además, el TPIR, por primera vez desde Nuremberg, ha acusado y condenado por el crimen de genocidio, y fue el primero en condenar la violación sistemática de mujeres como un crimen contra la humanidad.

los tribunales aún seguían desplegando. La principal, será seguir con la jurisdicción, derechos y obligaciones y funciones esenciales del TPIY y el TPIR a partir del 1 de julio de 2012 en Arusha (para la rama relativa al TPIR), y a partir del 1 de julio de 2013 en la Haya (para la rama relativa del TPIY). Trabajarán en colaboración con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en tanto que estos tribunales terminan los procedimientos pendientes<sup>35</sup>.

Finalmente tenemos la entrada en vigor del Estatuto de Roma y la institución de una Corte Penal Internacional (permanente) que constituyen, a la fecha, el último gran hito en la evolución del Derecho Penal Internacional. Ya la Convención sobre el Genocidio de 1948 prevenía, en su art.VI, junto a la persecución penal a través del Estado donde se cometía el delito, la competencia persecutoria de un tribunal penal internacional. Por ello, con la aprobación de la Convención sobre el Genocidio, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la Comisión de Derecho Internacional “examinar si era conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio. En 1954 se presentó una versión revisada de un proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional elaborado por el Comité Jurídico de la Asamblea General. Sin embargo, el rápido deterioro de la situación política mundial impidió la continuación de los trabajos. El 11 de diciembre de 1957, la Asamblea General decidió suspender

---

<sup>35</sup> SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 2013. Justicia Penal Internacional: las instituciones [en línea] Génova, Suiza <[www.cicr.org](http://www.cicr.org)> [consulta: 1 de diciembre 2014] p.1

las discusiones sobre la codificación del Derecho Penal Internacional y sobre el estatuto de un tribunal penal internacional hasta que se alcanzara una definición sobre el crimen de agresión, lo que se logró sólo en el 1974. Como consecuencia, la Comisión de Derecho Internacional retomó en primer lugar su trabajo concerniente al Derecho Penal Internacional material. En 1989, por iniciativa de Trinidad y Tobago, la Asamblea General otorgó a la Comisión el mandato de estudiar nuevamente la creación de un tribunal penal internacional permanente<sup>36</sup>

Solo con el ambiente político mundial más favorable tras el fin de la Guerra Fría se logró un avance decisivo en los trabajos para la creación de un tribunal penal internacional. En breve tiempo, la Comisión de Derecho Internacional preparó un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional que fue presentado en 1994 a la Asamblea General. Ésta nombró un Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional que en 1995 presentó un informe que contemplaba un conjunto de disposiciones jurídico-materiales contenidas en un código.

Tras la presentación del informe, la Asamblea General instituyó un Comité Preparatorio, encargado de elaborar proyectos de texto con las miras a una Conferencia Plenipotenciaria de Estados para la elaboración del estatuto

---

<sup>36</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.64



para una corte penal internacional, que fue convocada entre el 16 de junio y el 17 de julio en Roma . En ella, se encontraban representados más de 160 Estados; 17 organizaciones intergubernamentales y alrededor de 250 organizaciones no gubernamentales, que atendieron y observaron las deliberaciones.

Finalmente, el 17 de julio de 1998 se adoptó en el pleno, con 120 votos a favor, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sólo siete Estados rechazaron el Estatuto, a saber, Estados Unidos de América, China, Israel, Irak, Libia, Yemen y Qatar; mientras que 21 Estados se abstuvieron de votar. Aproximadamente cuatro años más tarde, el 11 de abril de 2002, se depositaron en Nueva York los instrumentos necesarios para superar las 60 ratificaciones exigidas por el art.126 del Estatuto de la CPI. Así, el Estatuto pudo entrar en vigor el 1 de julio de 2002.

Hoy en día se considera que Estatuto de la CPI es el documento central del Derecho Penal Internacional. Formula los principios jurídicos de la Corte Penal Internacional y desarrolla su novedoso Derecho Procesal. Al mismo tiempo el Estatuto de la CPI supone un considerable avance también para el Derecho Penal Internacional material. El art.5 contiene los cuatro “crímenes fundamentales” del Derecho Penal Internacional, que complementan a los tipos penales “clásicos” de Nuremberg con el crimen de genocidio. En este ámbito, el

valor primordial del Estatuto de la CPI está en la consolidación y recopilación de normas jurídicas dispersas<sup>3738</sup>.

Si bien, como podemos notar, el establecimiento de la Corte Penal Internacional representa un avance gigantesco en la evolución del Derecho Penal Internacional, en ningún caso supone su conclusión. Aún falta avanzar en las pretensiones de universalidad que subyacen al Estatuto en cuanto a su alcance, lo que se logrará en la medida que más Estados ratifiquen el Estatuto y sean parte del sistema. Asimismo, se hace necesario profundizar en la recepción legislativa de los Estados de los postulados fundamentales del Estatuto, como instrumento fundamental del Derecho Penal Internacional.

## 1.5 Fuentes del Derecho Penal Internacional material: análisis referido a los crímenes internacionales

### 1.5.1 Fuentes del Derecho Penal Internacional

Corresponde ahora referirnos brevemente a las fuentes del Derecho Penal Internacional, vale decir, a aquellos mecanismos que han dado origen y/o han coadyuvado a la consolidación de estas normas. Indicamos

---

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Especialmente innovador resulta el Estatuto en el ámbito de los principios generales del Derecho Penal Internacional. Sus precursores sólo contenían disposiciones fragmentarias. En el Estatuto de la CPI reúne, por primera vez, múltiples disposiciones sobre los principios generales del Derecho Penal Internacional, que se acercan a una "Parte General".

preliminarmente que no haremos un análisis exhaustivo de las mismas, sino que nos remitiremos, sobre todo, a aquellas que han jugado un rol preponderante en el origen y determinación de los crímenes de derecho internacional.

Lo primero que debemos dejar en claro, es que la comunidad internacional es la que detenta la titularidad de la potestad punitiva en materia de crímenes como el genocidio, lesa humanidad y los crímenes de guerra, siendo por lo tanto sus fuentes íntegramente de carácter internacional. Esto, sin perjuicio de que los ordenamientos jurídicos nacionales puedan recepcionar estas normas en el derecho interno y puedan ser aplicadas por los tribunales nacionales. Lo importante es que el origen de las mismas determina su contenido e interpretación.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal doméstico, que como sabemos tiene como fuente formal exclusiva a la ley (principio *nullum crimen nulla poena sine lege*), el Derecho penal internacional tiene la peculiaridad de gozar de un sistema múltiple de fuentes de carácter netamente internacional. A este respecto, la literatura internacional ha señalado de manera generalizada, que las fuentes utilizadas por la comunidad internacional a la hora de tipificar los crímenes de derecho internacional son básicamente tres: los tratados internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios

generales de derecho reconocidos en los principales sistemas jurídicos del mundo.

En un primer momento esta multiplicidad de fuentes normativas trajo aparejada una fuerte discusión sobre su legitimidad, debido a la vulneración del principio más característico y determinante del Derecho Penal, el principio de legalidad. No obstante, con el paso de los años y con la depuración de la doctrina internacional, esta discusión ha sido largamente superada para la mayoría de los autores. Hoy se señala que el Derecho Penal Internacional, en cuanto Derecho penal, goza de un principio de legalidad propio y “atenuado”, denominado principio de juridicidad internacional penal, que se resume en el aforismo “*nullum crimen nulla poena sine iure*”. De esta manera, un delito internacional sólo puede nacer por alguna de las fuentes directas, esto es: la costumbre, los tratados y los principios generales de derecho, lo que viene a cumplir la función primordial de ser un límite formal al ejercicio de la potestad punitiva de la comunidad internacional<sup>39</sup>

Junto con las anteriores, se han postulado otras fuentes de importancia para el Derecho Penal Internacional, que si bien no servirían para determinar la existencia de un ilícito, funcionarían como mecanismos para fijar el alcance de las fuentes formales. Se consideran tales: las decisiones judiciales (tanto de

---

<sup>39</sup> CERDA, C.A. *Op. cit.* p.9

tribunales internacionales como nacionales) y la doctrina sobre Derecho internacional. Además, recientemente se han incorporado a esta lista las resoluciones que emanan del seno de organismos internacionales dedicados a la materia, sobre todo las que provienen de los organismos de las Naciones Unidas, pues ellas han cumplido un rol relevante en la evolución reciente del Derecho penal internacional.

Específicamente en materia de crímenes de derecho internacional, su desarrollo ha estado determinado principalmente por dos de las fuentes formales mencionadas: los tratados internacionales y la costumbre internacional. Podríamos decir que, el contenido que presentan los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra es resultado de una mezcla de derecho internacional consuetudinario y codificación parcial de tratados internacionales que se influyen recíprocamente<sup>40</sup>. Incluso, se ha señalado que hoy en día existe un nuevo estadio de consolidación de este derecho penal internacional “material”, pues dicha mixtura ha sido codificada y sistematizada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En un primer momento, los tratados internacionales no gozaron del mismo rol protagónico que tienen en la actualidad, sino que era la costumbre la que fijaba los contornos de los crímenes de derecho internacional, y los tratados

---

<sup>40</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.113

sólo tenían importancia residual. El primer tratado en esta materia fue el Acuerdo de Londres, que fijó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, y que estableció por primera vez un listado de crímenes internacionales como conductas internacionalmente punibles. Luego, vinieron una serie de Convenios especializados, que venían a complementar para efectos del juzgamiento, lo determinado por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por los principios generales emanados de su sentencia.

Sólo fue con la entrada en vigencia del Estatuto de Roma que se dio un paso definitivo en la evolución hacia un derecho marcado por un carácter convencional. Tras varios años de intentos infructuosos, en 1998 se establece el texto definitivo del Estatuto de Roma y el 1º de julio de 2002 entra en vigencia para los Estados contratantes. Este tratado multilateral tiene la virtud de ser un compendio sistematizado de normas de carácter sustantivo, adjetivo y orgánico, que confirma y precisa el Derecho penal en vigor según el Derecho internacional consuetudinario. En ocasiones el Estatuto va más allá de la mera copia y sistematización del Derecho penal consuetudinario y contribuye así autónomamente al desarrollo progresivo del Derecho penal internacional. En otras, sin embargo el Estatuto se queda atrás frente al estado actual del Derecho internacional consuetudinario<sup>41</sup>. Todo esto, convierte al Estatuto de

---

<sup>41</sup> *Id.* p.120

Roma, a la fecha, en el tratado más importante para el Derecho penal internacional.

La costumbre internacional por su parte, a pesar de esta nueva tendencia, aún conserva un papel relevante en el Derecho Penal Internacional a falta de una instancia global de producción de normas penales internacionales. En razón de esto, sigue siendo muy considerada la práctica judicial de los tribunales nacionales (sobre todo cuando se pronuncien reiteradamente en un sentido determinado), y la misma práctica verbal de los Estados manifestada a través de sus declaraciones oficiales, pues ello viene a graficar tanto la *opinio juris* como la práctica estatal vigente y/o en evolución.

Finalmente, recordemos que estas dos fuentes formales han estado acompañadas de otros instrumentos, de diversa naturaleza, que han aportado enormemente a la consolidación del Derecho Penal Internacional y a la determinación de los crímenes en comento. En el apartado siguiente, además de ahondar los estatutos de los tribunales internacionales más importantes, nos referiremos rápidamente a estos “métodos auxiliares de determinación del Derecho” para formarnos una panorama general y acabado de todas las fuentes del Derecho Penal Internacional.

#### 1.5.2 Análisis particular de las fuentes más relevantes

### 1.5.2.1 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

El Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, es el punto de partida de lo que hoy conocemos como Derecho Penal Internacional. Fue este tratado internacional, firmado por el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el que ordena la creación del primer tribunal internacional para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo.

Secundando esta orden, el 6 de octubre del mismo año se dicta el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, que contiene toda la normativa necesaria para poner en funcionamiento dicho tribunal y con ello juzgar los principales crímenes de la Segunda Guerra Mundial.

Como ya señalamos en su momento, este Estatuto introduce por primera vez una tipificación tripartita de conductas constitutivas de crímenes objeto de su competencia. Concretamente, el art.6º contempla la posibilidad de juzgar y sancionar los crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, cometidos por aquellas personas que, individualmente o como



miembros de organizaciones, hayan actuado en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo.

En virtud de esta misma norma, los actos que se consideran constitutivos de crímenes contra la paz son: planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados. Por su parte, se consideran crímenes de guerra todas las violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes. Finalmente, se tipifican como crímenes contra la humanidad el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de

la legislación interna de país donde se perpetraron<sup>42</sup>.

En resumidas cuentas, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg introduce por primera vez una normativa propiamente de carácter penal internacional, siendo el precedente principal para los futuros tribunales y para el desarrollo del contenido de los crímenes de derecho internacional.

#### 1.5.2.2 Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Tribunal de Tokio)

Este tribunal se creó con posterioridad al de Nuremberg, con la finalidad última de juzgar y castigar a aquellos miembros de las esferas más altas de poder de la milicia japonesa, que habían planeado y conducido la guerra.

Tiene su origen en el Acuerdo de Postdam de julio de 1945, en el que China, Estados Unidos y Gran Bretaña, requerían que se hiciera justicia con respecto a todos los criminales de guerra, en particular aquellos que hubieran infligido sufrimientos terribles a los prisioneros. Con este antecedente, más la recomendación directa de la Comisión de Crímenes de Guerra de Naciones Unidas en torno a crear un tribunal militar internacional para juzgar los crímenes

---

<sup>42</sup> Cabe señalar que, además de normas sustantivas, el Estatuto contempla una serie de disposiciones relativas a otras materias. En los treinta artículos que forman este instrumento, se establecen reglas sobre la constitución y financiamiento del tribunal, la sede, los límites de su competencia, reglas para un procedimiento racional y justo, el posible contenido de la sentencia y la ejecución de la condena. También considera la designación de un Fiscal Jefe, encargado de investigar y procesar las acusaciones contra destacados criminales de guerra.

y atrocidades cometidos por los japoneses, fue que finalmente se dicta la Carta constitutiva de este tribunal, el 19 de enero del siguiente año. Cabe destacar que, a diferencia del Tribunal de Nuremberg, cuyo origen es de carácter convencional, este tribunal está legitimado por un acto de autoridad de Estados Unidos, principal país interesado en el juzgamiento de los crímenes.

En cuanto a su contenido normativo, la Carta del denominado Tribunal de Tokio establece en dieciséis artículos un conjunto de reglas muy similares a las previstas en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg. En términos generales, regula materias como: establecimiento del tribunal, la responsabilidad penal individual y la exclusión de cargo como eximente de responsabilidad, algunas normas de procedimiento, prueba y contenido de la sentencia, entre otras.

En materia de crímenes objeto de su competencia, el artículo 5º de la Carta dispone lo siguiente:

*ARTICLE 5. Jurisdiction Over Persons and Offenses. The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organization are charged with offenses which include Crimes against Peace. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:*

- a. *Crimes against Peace: Namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;*
- b. *Conventional War Crimes: Namely, violations of the laws or customs of war;*
- c. *Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan.*

Como podemos apreciar, tanto la denominación de los crímenes como su contenido coincide con lo dispuesto a su vez en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, sin establecer innovaciones al respecto. Por ello, la doctrina considera que ambos instrumentos son una expresión del derecho consuetudinario vigente en ese momento.

### 1.5.2.3 Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda

Sobre las circunstancias que dieron origen a estos tribunales ya nos referimos latamente en un acápite anterior. Corresponde ahora abocarnos solamente al análisis de las disposiciones más relevantes de cada uno de los Estatutos respectivos, para entender cómo funcionan en cuanto fuentes del Derecho penal internacional.

#### i) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

Tras haber sido establecido por una resolución del Consejo de Seguridad, en virtud de lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia fue un órgano encomendado para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de los graves crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991

Conforme a su Estatuto, vigente a partir del 25 de mayo de 1993, este tribunal sólo podrá juzgar las conductas constitutivas de las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violación de las leyes o usos de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad, en los términos definidos por los

artículos 2, 3, 4 y 5 de dicho cuerpo normativo. Esto determina su competencia material, que como vemos, está reservada para los atentados más graves a los derechos humanos y a la comunidad internacional.

La competencia personal, por su parte, está determinada por el art.6, y se extiende sólo sobre personas naturales, sin hacer referencia a una edad mínima para iniciar un juzgamiento. La competencia territorial (o *ratione loci*) abarcará el territorio de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales, según lo dispuesto en el art.8; mientras que la competencia temporal (o *ratione temporis*) abarcará un período que comienza el 1 de enero de 1991 y que terminará en una fecha prevista por el Consejo de Seguridad<sup>43</sup>.

Otras disposiciones que se consideran de importancia para el Derecho penal internacional son las relativas a: la organización del tribunal a través de 3 salas, un fiscal y una secretaría (art.11), con sus respectivas disposiciones sobre su conformación (art.12-17); también se establece la sede y las formas de financiamiento del mismo (art.31 y 32); los derechos del acusado (art.21) y las normas de protección a las víctimas y testigos (art.22); reglas sobre la

---

<sup>43</sup> Dicha fecha ya fue fijada por el Consejo de Seguridad en la Resolución 1966, para el día 31 de diciembre de 2014.

imposición de penas (art.23) y la ejecución de las condenas (art.27); los recursos (art.25 y 26), entre otras<sup>44</sup>.

Finalmente podemos decir que en términos generales, la abundante labor de este tribunal ha sido de gran utilidad para plasmar el Derecho Penal Internacional de las últimas décadas. Dentro de ello, lo más rescatable ha sido la asimilación progresiva del tratamiento que se da a los crímenes perpetrados en conflictos armados internacionales con los cometidos en conflictos armados internos, junto con la autonomía que alcanzaron los crímenes de lesa humanidad respecto de los crímenes de guerra, a pesar de que el estatuto expresamente establecía una regla distinta.

## ii) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

También creado por Consejo de Seguridad de acuerdo a Capítulo VII de la Carta de la ONU, este tribunal estuvo encargado de juzgar a los presuntos responsables de las graves violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos cometidas en Ruanda o en el territorio de los Estados *vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994.*

---

<sup>44</sup> Otro aspecto interesante, al que nos referiremos en detalle más adelante, dice relación con las reglas previstas para la concurrencia de competencias entre este tribunal internacional y los tribunales nacionales. La solución *ex ante* de este posible conflicto, es un importante aporte a la labor futura de los tribunales, y también a la dogmática del Derecho penal internacional, pues introduce un nuevo criterio a considerar (y discutir), a saber, la primacía de la competencia de un tribunal internacional.

En específico, la competencia material del TPIR abarcará conocimiento de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y las violaciones al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra y el Protocolo adicional II, en los términos señalados en los artículos 2, 3 y 4, respectivamente.

En razón del art.7 de dicho estatuto, la competencia *ratione loci* se extiende al territorio de Ruanda, incluyendo su espacio terrestre y su espacio aéreo, y al territorio de Estados vecinos en el caso de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por ciudadanos ruandeses. La competencia *ratione temporis* del Tribunal Internacional se extiende, como señalamos, al período que comienza el 1º de enero de 1994 y termina el 31 de diciembre de 1994. Extraña en principio el breve espacio temporal fijado para el pronunciamiento del TPIR, sin embargo su finalidad primordial era castigar las miles de muertes que en ese período de tiempo se perpetraron en contra de la minoría étnica Tutsi.

Al igual que el Estatuto del TPIY, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda contempla la mayoría de las disposiciones necesarias para ponerlo en funcionamiento. Entre ellas: La organización del tribunal, normas relativas a la responsabilidad penal individual, la cosa juzgada, los derechos del acusado y las normas de protección a las víctimas y testigos;



regula también la imposición de penas y la ejecución de las condenas, los recursos, el financiamiento, la sede, entre varias otras materias.

Como podemos apreciar, ambos estatutos recogen varias disposiciones ya transcritas en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, como las relativas a la responsabilidad penal individual, la exclusión del cargo como eximente y/o atenuante de la responsabilidad penal, algunas normas sobre el procedimiento y la dictación de la sentencia, entre otras. Sin embargo, en otras materias las normas suponen una novedad en el Derecho penal internacional o vienen a ser una manifestación del derecho consuetudinario.

El trabajo de ambos tribunales *ad hoc*, además de servir para la evolución del Derecho penal internacional en general, fue de particular relevancia para las negociaciones que precedieron a la aprobación del estatuto de la CPI. Con ellos, se pudo ver en la práctica la factibilidad de su creación y funcionamiento, sentando las bases para negociar la instauración de un nuevo tribunal, pero esta vez de carácter permanente. Además de su relativa eficacia, sumó como argumento a favor del establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente, la fuerte crítica por el gigantesco gasto económico que suponía el funcionamiento de ambos tribunales para el Consejo de Seguridad.

#### 1.5.2.4 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Toda la normativa relativa a la Corte Penal Internacional se considera, hasta el momento, el último gran hito en la historia del Derecho Penal Internacional, pues no sólo le ha dado prolijidad a los tipos penales objeto de su competencia, sino que también resume las disposiciones más importantes en cuanto parte general del Derecho penal, dedicando varios artículos al desarrollo de los principios generales del Derecho Penal Internacional. El tratadista GERARD WERLE ha dicho al respecto que el Estatuto de la Corte Penal Internacional confirma y precisa el Derecho penal en vigor según el Derecho internacional consuetudinario<sup>45</sup>.

Su importancia también se funda, en el abultado número de países que han ratificado el tratado<sup>46</sup> y que han acogido en sus derechos internos la normativa del Estatuto de Roma, lo que le da un alcance relativamente “universal” a sus disposiciones. Dados estos argumentos, se ha dicho que este instrumento se ha transformado en el tratado más importante para el Derecho Penal Internacional, y una de sus principales fuentes formales.

---

<sup>45</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.120

<sup>46</sup> A la fecha de esta investigación, 117 Estados han ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Entrando sucintamente en el estudio de sus disposiciones, lo primero es advertir que el Estatuto es un compendio del sistema punitivo internacional, en cuanto contiene normas de carácter sustantivo, adjetivo y orgánico. Si bien no fue pensado así en un primer momento, éstas se convirtieron en normas autónomas, sistemáticas y que se bastan a sí mismas para el conocimiento pleno del asunto.

Según su artículo 5º de este cuerpo jurídico, la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, siendo éstos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión. La Corte conocerá de ellos en la medida que las conductas de los presuntos autores correspondan con cada uno de los elementos contenidos en el tipo. La definición acabada de cada uno de ellos, la veremos en el siguiente acápite.

Dado que la Corte está prevista como un tribunal permanente en el artículo 1º, su competencia temporal no tiene un límite máximo de tiempo. De todas formas, su competencia temporal viene determinada por el art.11, que señala que la Corte podrá pronunciarse únicamente a los crímenes perpetrados con posterioridad a su entrada en vigencia, esto es, el 1 de julio de 2002<sup>47</sup> (el

---

<sup>47</sup> Además, el mismo artículo 11 señala que si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor, a menos que éste haya

objeto es respetar el principio general de la irretroactividad de la ley penal) . Por otro lado, la competencia *ratione loci* se extiende a los crímenes cometidos en el territorio de un Estado Parte, o bien, cometido en otro territorio pero por un nacional de un Estado parte, sin perjuicio de que se pueda reconocer la competencia de la Corte de manera extraordinaria, mediante una declaración. Finalmente, la competencia personal recae sobre las personas naturales, con exclusión (art.26 del Estatuto).

Otras materias reguladas por el Estatuto y que son importantes de destacar dicen relación con: las normas sobre la orgánica del tribunal y las reglas sobre su funcionamiento y atribuciones; la admisibilidad de las causas (estipulando una serie de causales, tanto de forma como de fondo, para excluir el pronunciamiento del tribunal), los principios generales del Derecho Penal Internacional, como el principio de legalidad (art.22 y 23), el de irretroactividad de la ley penal (art.24), la improcedencia del cargo oficial (art.27), el de responsabilidad del superior (art.28), la imprescriptibilidad de los ilícitos (art.29), la presunción de inocencia (art.66) entre otros; también se establecen normas sobre las circunstancias eximentes de responsabilidad (art.31), algunas normas de procedimiento y prueba (que deberán ser complementadas por un instrumento particular en la materia, según el art.51), los derechos del acusado

---

hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12 (es decir, haga valer su voluntad de extender la competencia temporal a una fecha anterior a la de la ratificación, a través de una declaración depositada en la Secretaría del Tribunal).

(art. 67) la obligación de dar protección a las víctimas y testigos (art.68), la determinación específica de las penas aplicables (art.77), entre muchas otras.

Finalmente debemos agregar que las disposiciones del Estatuto son complementadas por su Reglamento, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Para los efectos de nuestro tema en análisis, nos interesa sobre todo lo previsto en los Elementos de los Crímenes, que son un conjunto de reglas, no vinculantes, que auxilian a los jueces en la interpretación y aplicación del artículo 6, 7 y 8, es decir, en la determinación de la concurrencia (o no) de uno de los crímenes de derecho internacional. Nos referiremos a ellas cuando examinemos cada uno de los tipos penales del Estatuto.

#### 1.5.2.5 Convenios especializados sobre los crímenes de derecho internacional: Convención sobre el Genocidio y Convenios de Ginebra

Corresponde también hacer una referencia a las convenciones especializadas en la materia, es decir, a aquellos instrumentos que profundizan en la regulación de alguno de los tipos del Derecho Penal Internacional, pues también han jugado un rol relevante a la hora de la determinación del contenido jurídico de los crímenes de derecho internacional. Estas normas cristalizan el

derecho consuetudinario, y han sido especialmente tomadas en consideración al momento de redactar los estatutos de tribunales penales internacionales, primordialmente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La comunidad internacional, a lo largo del siglo pasado, fue la precursora de numerosos tratados internacionales relativos a crímenes internacionales. Como titular de la facultad punitiva, dictó tratados como la Convención sobre el Genocidio, los Convenios de Ginebra, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes, la Convención contra la Toma de Rehenes, la Convención contra el Apartheid, la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas, entre varios otros.

El estudio detallado de cada una de estas convenciones no está dentro de las pretensiones de esta memoria. Es por ello que sólo nos referiremos someramente a dos de las más importantes para efectos de los crímenes que estamos repasando, a saber: la Convención sobre el Genocidio y las Convenciones de Ginebra.

#### i) Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio

Este tratado celebrado el 9 de diciembre de 1948, fue adoptado tempranamente con la finalidad de poner fin los graves atentados a los

derechos humanos que suponían las conductas constitutivas de este tipo penal, y que se habían producido ya en varios rincones del mundo. Su impulso final vino dado sobre todo por la matanza del pueblo judío y otras minorías en la Alemania nazi, durante la Segunda Guerra Mundial. Teniendo en vista estos antecedentes, las Partes contratantes confirman por medio de esta convención que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar<sup>48</sup>.

En el art. 2 de la Convención, se estipula por primera vez cuál es el contenido del tipo penal genocidio, fijando una serie de parámetros que hasta el día de hoy son considerados en su construcción teórica y práctica. Concretamente, el artículo 2º concierne como 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;

---

<sup>48</sup> Art. 1º de la Convención sobre el Genocidio.

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Junto con este concepto, la Convención establece algunas normas de *inter criminis* y de autoría y participación<sup>49</sup>, la exclusión de un cargo público como eximente de responsabilidad, la obligación de cooperación de los Estados en la represión del genocidio, y reglas sobre la competencia de los tribunales para el conocimiento del ilícito. Esta última es de particular importancia, pues prevé la existencia de una Corte Penal Internacional varias décadas antes de su establecimiento efectivo<sup>50</sup>, lo que denota que esta idea se venía forjando en el escenario internacional con bastante antelación y que no se pudo concretar debido al complejo escenario político que impuso la Guerra Fría y a la falta de acuerdo sobre su forma de establecimiento.

## ii) Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales

Estos cuatro tratados fundamentales en materia de Derecho internacional humanitario, vienen a ser una compilación de las principales reglas existentes en torno a los conflictos armados<sup>51</sup>. Dictados el 12 de agosto de 1949, estos

---

<sup>49</sup> Artículo III: Serán castigados los actos siguientes: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.

<sup>50</sup> Artículo VI: Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

<sup>51</sup> Tras los graves sucesos que trajo aparejada la Segunda Guerra Mundial, se hizo urgente una sistematización de las diversas reglas existentes hasta el momento, que se encontraban diseminadas en distintos tratados internacionales o presentes en la costumbre; también se



instrumentos no sólo regulan lo relativo a los crímenes de guerra, sino que establecen una serie de reglas dirigidas a velar por el debido respeto a la persona humana y a su dignidad.

El Comité Internacional de la Cruz Roja fue el principal promotor de los distintos Convenios de Ginebra, y su primera labor estuvo dirigida a compilar las normas existentes en la materia. Se ha dicho que las principales fuentes fueron: el Convenio de Ginebra de 1929 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de los ejércitos en campaña; X Convenio de La Haya de 1907, para adaptar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra; y el Convenio de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra<sup>52</sup>. Con estos antecedentes a la vista, y con la asesoría de expertos de distintos países, el Comité redactó los proyectos de convenios para someterlos a la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y, en última instancia, a una Conferencia Diplomática habilitada para dar forma definitiva a esos tratados. Luego de una serie de reuniones y conferencias en las que se presentaron objeciones a los proyectos del Comité Internacional, y considerando además los pareceres de los Gobiernos, finalmente en mayo de 1948 se remitieron a todos los Estados y a todas las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja los proyectos definitivos de Convenios. Con su aprobación, se dio lugar a la última etapa de tramitación

---

necesitó innovar en materias que hasta el momento no habían sido tratadas de manera general, como la protección de los civiles en un contexto bélico.

<sup>52</sup> Nota preliminar a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. p.19

ante la Conferencia diplomática de Ginebra, que fijó el texto definitivo de cada uno de los Convenios de Ginebra.

Finalmente, la estructura de los cuatro Convenios de Ginebra resultó de la siguiente manera: I. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. II. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. III. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra

Los crímenes de guerra son, entonces, aquellas violaciones al Derecho Internacional Humanitario contenido en las Convenciones de Ginebra, y que son considerados punibles. En este caso, no existe un único catálogo con todas las conductas típicas constitutivas de crímenes de guerra (como si ocurre con el genocidio y los crímenes de lesa humanidad), sino que depende del instrumento que establezca específicamente su sanción. Si bien, se considera al art. 8 del Estatuto de Roma como la principal fuente normativa de estos crímenes, existe un amplio consenso relativo a que no contempla todas las hipótesis posibles.

1.5.2.6 Métodos auxiliares de determinación del derecho penal internacional: sentencias de tribunales internacionales y nacionales, doctrina y resoluciones de los organismos pertenecientes a las Naciones Unidas.

Para cerrar el tema relativo a las fuentes del Derecho Penal Internacional, y en específico de los crímenes de derecho internacional, corresponde hacer referencia a los mecanismos auxiliares para la determinación del derecho que, a pesar de no ser fuentes formales, actualmente tienen un papel protagónico en la definición de su contenido y alcance.

La primera referencia es a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, pues dada la naturaleza de esta rama del Derecho, ha sido muy significativa para efectos de determinar la trascendencia de sus disposiciones. Especialmente importantes son las decisiones del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, las del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, así como las del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, para Ruanda y finalmente la Corte Penal Internacional<sup>53</sup>, que han

---

<sup>53</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.124

sentado precedentes para futuras decisiones jurisprudenciales, en los más distintos ámbitos del Derecho Penal Internacional.

La labor de los tribunales nacionales, por su parte, cumple un rol no menos importante. Desde una perspectiva, constituye una manifestación conjunta de la práctica estatal y de la *opinio juris*, pudiendo dar origen, a la larga, a normas consuetudinarias; y, desde la otra, contribuye en el establecimiento del contenido y alcance de las normas de Derecho Penal Internacional, como un medio auxiliar<sup>54</sup>. Esto resulta particularmente trascendente en lo relativo al tema que desarrollaremos en profundidad en esta memoria, la jurisdicción universal sobre los crímenes de lesa humanidad, genocidio, y crímenes de guerra, ya que ésta precisamente corresponde a los tribunales nacionales.

Otra fuente auxiliar del Derecho penal internacional es la doctrina u opinión autorizada de los tratadistas de mayor reconocimiento, que se especializan en el estudio y determinación del contenido de esta área jurídica. La información puede recogerse sobre todo en los informes y tomas de posición de las asociaciones de Derecho Internacional, como el *Institut de Droit International*, la *International Law Association*, la *Association Internationale de*

---

<sup>54</sup> *Id.* p. 127

*Droit Penal*, entre otras<sup>55</sup>. Su trabajo ha sido importante sobre todo en la evolución de las nuevas temáticas relacionadas a los crímenes en comento, cuestión que adolece de muchas zonas oscuras o derechamente de lagunas normativas. Esto ocurre precisamente en materia de jurisdicción universal, y como veremos en el próximo capítulo, los principios e informes presentados por estas asociaciones han sido muy trascendentes para el establecimiento de su alcance y limitaciones.

Por último, la doctrina internacional más reciente ha dado un especial reconocimiento a las decisiones de los órganos internacionales como un mecanismo auxiliar en la determinación del Derecho. Las resoluciones del Secretario General de las Naciones Unidas son un ejemplo significativo, sobre todo cuando consisten en informes que dan cuenta del convencimiento jurídico de los Estados participantes, pues contribuyen a la formación del Derecho internacional consuetudinario<sup>56</sup>. Asimismo, las decisiones del Consejo de Seguridad han jugado un rol importante en la evolución del Derecho penal internacional, siendo expresión del convencimiento jurídico de sus Estados miembros. Particularmente importantes son las resoluciones que dieron origen

---

<sup>55</sup> *Id.* p.126

<sup>56</sup> Para efectos de determinar el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal sobre los crímenes de derecho internacional, los informes del Secretario General han sido muy clarificadores en cuanto a la postura de los Estados, y han contribuido a la evolución de esta materia de manera muy significativa. En el capítulo segundo de esta memoria, nos referiremos especialmente a las resoluciones A/65/181, A/66/93, A/67/116, A/68/113, y finalmente en la resolución A/69/174.

al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que en su mayoría codificaban el Derecho internacional consuetudinario vigente.

#### 1.6 Tipos penales en particular: breve análisis de su configuración

Corresponde ahora referirnos más detalladamente a los crímenes de derecho internacional. Nos referiremos con especial dedicación al origen del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, así como a los presupuestos fundamentales para su configuración a la luz del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por ser actualmente el cuerpo jurídico más completo en la materia. Consideramos esto como un paso necesario para entender cómo y por qué se puede aplicar el principio de jurisdicción universal para su conocimiento y fallo.

Teniendo este objetivo a la vista, indicamos que no nos adentraremos mayormente en las figuras delictivas de cada uno de ellos, pues esto exigiría un análisis mucho más profundo, que por sí solo bastaría para una memoria particular. Sólo haremos una relación sucinta para entender de manera general su configuración.

### 1.6.1 Genocidio

El término genocidio fue acuñado primero por la doctrina, específicamente por el internacionalista polaco Rafael Lemkin. Este autor construyó la palabra del griego *genos*, que significa raza y del latín *caedere*, que significa matar, entendiendo por tanto como genocidio: todo plan coordinado de diferentes acciones encaminadas a la destrucción de las bases esenciales de vida de grupos nacionales.<sup>57</sup>

El exterminio planificado y sistemático de grupos enteros de personas no es una novedad, sino que ha dejado un amplio rastro de sangre a lo largo de la historia de la humanidad. Las formas de aparición son tan variadas como sus motivos y acontecimientos desencadenantes<sup>58</sup>. A lo largo de todo el siglo XX encontramos ejemplos de este tipo de ataques, pero el momento culminante en la historia del genocidio fue el Holocausto sufrido por el pueblo judío (junto a otras minorías) de manos del Estado nacionalsocialista de Adolf Hitler. La crueldad de las acciones dirigidas contra ellos, junto al elevado número de víctimas fatales, llevaron a la comunidad internacional a tomar la decisión definitiva en cuanto a su represión penal a nivel internacional<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> CAMARGO, P. 2004. Manual de Derecho Penal Internacional. Bogotá, Leyer. p.169

<sup>58</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.410

<sup>59</sup> En razón de ello, la primera medida se fue tomada en 1946 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, declarando al genocidio como un delito de derecho internacional mediante la Resolución 96 (1). Luego, en diciembre de 1948, este crimen fue tipificado por primera vez en un instrumento de Derecho internacional, específicamente en la Convención para la Prevención

Resulta importante destacar que el genocidio fue considerado inicialmente como una de las conductas constitutivas de un crimen de lesa humanidad. Fue por ello que la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg no lo contempla expresamente dentro de las clases de crímenes objeto de su competencia. Sin embargo, la dimensión y especiales motivaciones de este ilícito, junto con su consagración en la Convención de 1948, lo hicieron alcanzar plena autonomía a partir de entonces. Incluso llegó a ser catalogado por los autores como el “crimen de crímenes”, graficando de esta manera la importancia que ha adquirido a nivel internacional.

De ahí en más, el contenido del crimen de genocidio no ha variado, reproduciéndose el mismo concepto tanto en la Convención contra el Genocidio, como en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y finalmente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

#### i) Consagración normativa

Para los efectos de analizar el tipo penal, y dado que no existen diferencias entre los distintos instrumentos que lo contemplan, recurriremos a

---

y Sanción del Delito de Genocidio. A partir de entonces, la doctrina internacional concuerda en que este crimen alcanzó validez como derecho internacional consuetudinario y como norma de *ius cogens*.



los términos fijados en el art.6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esta disposición prescribe lo siguiente:

“Artículo 6: Genocidio

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá 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 nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

En base a lo descrito por esta norma, la doctrina ha sistematizado sus elementos esenciales de punibilidad de la siguiente manera: a) La identificación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, pues los actos sólo pueden cometerse contra tales grupos; b) la intención (específica) de destruir total o parcialmente a ese grupo; y c) la comisión de cualquiera de los mencionados actos prohibidos (en el art.6) contra un grupo determinado<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> CAMARGO, P. *Op. cit.* p.171

Siguiendo esta enumeración, corresponde entonces determinar el sujeto pasivo de esta norma, es decir, aquellos que pueden resultar afectados por la comisión de los hechos delictivos. El art.6 del Estatuto de la CPI habla de “grupos humanos”<sup>61</sup> con características comunes y estables, concretamente de grupo nacional, étnico, racial y religioso.

Ahora bien, para determinar la pertenencia al grupo no sólo se consideran aspectos objetivos – como costumbres colectivas, lengua común, fisonomía similar, color de piel, etc – sino que también criterios subjetivos de percepción propia o ajena. El Tribunal Penal internacional para la Ex Yugoslavia ha defendido esta postura, señalando que un grupo es una construcción social y, por tanto, sus propiedades deben determinarse en función de cada contexto de vida socio-cultural. En este sentido, la percepción de una pluralidad de personas como un grupo determinado es decisiva, puesto que el concepto de grupo no sería definible desde el punto de vista científicamente objetivo<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> La voz “grupo” se debe conceptualizar como una pluralidad de personas unidas de forma duradera por características comunes, que hace que se diferencien del resto de la población<sup>61</sup>. El tipo penal protege sólo a aquellos grupos que comparten características nacionales, étnicas, raciales y religiosas, siendo una enumeración taxativa.

<sup>62</sup> A mayor abundamiento, para determinar la existencia de un grupo nacional, lo primero y mayormente utilizado es la posesión de una misma nacionalidad. Sin embargo, también son tomadas en consideración la existencia de una historia, costumbre, cultura y lenguas comunes. El ejemplo típico son las minorías nacionales. El concepto de grupo étnico, por su parte, se configura en base a la existencia de una determinada tradición cultural y un desarrollo histórico común, como usos o tradiciones comunes, lengua o formas de vida. La voz grupo racial se utiliza para describir al conjunto de personas unidas por ciertas características físicas comunes, corporales y hereditarias, como el color de piel y la constitución física. Finalmente, el grupo religioso corresponde al conjunto de individuos que profesan una misma confesión, tienen formas similares de culto y siguen mismos ritos.

En cuanto al segundo de los requisitos mencionados, esto es, la intención de destruir total o parcialmente a uno de los grupos estipulados, debe hacerse una precisión al aspecto interno (o subjetivo) del hecho punible, el que está compuesto por dos elementos a su vez: el dolo de cometer una de las conductas expresamente descritas como genocidio, y el dolo de destruir al grupo humano afectado, denominado *dolus specialis*.

El primer requisito subjetivo corresponde a la intención y conocimiento del autor de los elementos materiales del crimen, en los términos estipulados por el art.30 del mismo cuerpo normativo. En efecto, según esta disposición, se entiende que el autor actúa intencionalmente cuando se propone incurrir en una de las conductas, o bien, cuando en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos<sup>63</sup>.

El segundo requisito es propio de la naturaleza del crimen de genocidio, y viene a restringir el ámbito de punibilidad permitido por el art. 30 del Estatuto de Roma. Como ya adelantábamos, este *dolus specialis* del genocidio exige que además de tener la intención de cometer el hecho concreto (por ejemplo matar

---

<sup>63</sup> Cabe señalar que lo establecido en el art.30 del Estatuto de Roma como “elemento de intencionalidad” resulta aplicable al aspecto subjetivo de todos los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional. Es el parámetro mínimo fijado para estimar el actuar doloso de los presuntos autores en todos los casos, de ahí su ubicación dentro del tratado.

a los miembros de un grupo étnico), se debe tener la intención de destruir total o parcialmente al grupo como tal (siguiendo el ejemplo, erradicar al grupo étnico de un Estado determinado). Siguiendo las palabras de GERARD WERLE, la intención de destruir total o parcialmente el grupo como tal, debe ser entendida en el sentido de la voluntad orientada a un fin. La destrucción del grupo debe ser el objetivo (mediato o inmediato) del autor. Sólo cuando el autor se representa la acción individual como un paso para la consecución de la destrucción del grupo, el hecho aparece como lesión de la paz mundial y adquiere una dimensión internacional<sup>6465</sup>.

Por último, el tercer elemento de punibilidad supone la perpetración de una de las acciones típicas prohibidas por la norma, que la doctrina clasifica en las categorías de genocidio físico, genocidio biológico y genocidio cultural. En efecto, la matanza de los miembros del art.6 a), las lesiones físicas y mentales graves del art.6 b) y la imposición de condiciones de vida destructivas del art.6 c) corresponden a formas de genocidio físico; por su parte, la figura de la adopción de medidas para evitar los nacimientos dentro del grupo (art. 6 d)) se considera como genocidio biológico; y el traslado forzado de niños a otros

---

<sup>64</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.442

<sup>65</sup> El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en el caso Karadsic y Mladic, precisó que en el genocidio se exige que el acto se cometa contra un grupo con una intención delictiva agravada, es decir, la de destruir, total o parcialmente al grupo. No es necesario establecer si la aniquilación del grupo ha sido total o parcial para concluir que el genocidio ha tenido efectivamente lugar. Basta con que uno de los actos mencionados en la definición sea perpetrado con una intención específica. En: CAMARGO, P. *Op. cit.* p.172

grupos (art.6 e) es una forma especial de genocidio cultural que de otro modo no sería punible<sup>66</sup>.

No nos referiremos mayormente sobre cada una de estas conductas particulares. Sólo mencionaremos sus aspectos más relevantes, para así tener una idea general de ellas.

Sobre la matanza de miembros del grupo no resta mucho que decir, se exige haber causado la muerte de miembros del grupo protegido. En cuanto al dolo, no es necesario que se pruebe la intención de matar, sino que basta con que la persona a quien se le imputa el delito tenga conocimiento de probabilidad de su ocurrencia.

En lo relativo a la conducta del art.6 b), esto es, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, se señala que cualquiera de ellas por sí sola bastaría para entender consumado el delito. En cuanto a la gravedad exigida por la norma, se ha dicho que ésta no supone que la agresión sea duradera ni irreversible, pero tampoco basta con un menoscabo menor o pasajero. En consecuencia, debemos situar la gravedad en un punto medio entre estas dos conductas, entendiendo que el daño debe ser apto para

---

<sup>66</sup> Aunque el genocidio cultural como tal no encontró acogida dentro de la Convención sobre el genocidio y tampoco se encuentra reconocido como crimen por el derecho internacional consuetudinario, con la punición del traslado forzado de niños a otro grupo se introduce dentro del tipo una forma especial de genocidio cultural. **En:** WERLE, G. *Op. cit.* p.434

contribuir a la destrucción total o parcial del grupo. La Corte Penal Internacional ha señalado que será grave una conducta cuando el o los afectados queden impedidos de llevar adelante una vida normal.

El sometimiento intencional de grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial (art.6 c)) supone la utilización de medidas de muerte lenta o *slow death measures*, es decir, acciones que no matan de forma inmediata, pero que están destinadas a producirla a largo plazo. Ejemplos de ellas son el sometimiento del grupo a trabajos forzados, internación en campos de concentración, privación de alimentos y vestimentas, entre otras.

A este respecto, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha expresado que las condiciones vitales deben ser objetivamente aptas para producir la eliminación física al menos de una parte del grupo, aunque el resultado de muerte de alguno de los miembros del grupo no sea necesario para la consumación delictiva<sup>67</sup>

Sobre las medidas destinadas a impedir nacimientos dentro del grupo, de la letra d) del mismo artículo ya citado, se ha dicho que no sólo la esterilización de individuos cabe dentro de esta hipótesis, sino también medidas obligatorias de control de natalidad, la separación por sexo dentro de los miembros del grupo,

---

<sup>67</sup> Sentencia del TPIR en el caso Akayesu de 2 de septiembre de 1998. Parágrafo 505

la prohibición de contraer matrimonio, y en general cualquier otra medida tendiente a lo mismo. Lo importante es que debe tener carácter obligatorio con miras al resultado que se persigue<sup>68</sup>.

Por último, está el tipo relativo al traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. La disposición se refiere a los menores de 18 años, y excluye la posibilidad de usar tanto la fuerza física como la fuerza psíquica a través de formas de abuso de poder. La sanción de esta conducta se explica porque al estar distanciando de manera definitiva al individuo de su identidad cultural, se destruye a la larga la existencia del grupo. Además, los autores precisan que con esta conducta no sólo se pone en peligro la existencia social del grupo, sino que también la subsistencia biológica futura, pues los afectados generalmente no se reproducirán dentro de su propio grupo.

## ii) Bienes jurídicos protegidos por el crimen de genocidio

En lo relativo a los bienes jurídicos tutelados por el art.6 del Estatuto de Roma, el genocidio cautela la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad al igual que los demás crímenes de derecho internacional.

---

<sup>68</sup> Sentencia TPIR 2 de septiembre de 1998, caso Akayesu, párrafo 507

Sin embargo, también hay otros bienes que este tipo penal tutela de manera más directa, y como consecuencia de la naturaleza misma de este ilícito. Así, se ha señalado que el crimen de genocidio busca resguardar la existencia física y la continuidad social<sup>69</sup> de los grupos protegidos, pues por el hecho de existir éstos representan una riqueza para la humanidad<sup>70</sup>.

### 1.6.2 Crímenes de lesa humanidad

Los crímenes contra la humanidad son delitos masa que se cometen contra la población civil. Como pasaremos a analizar en lo sucesivo, este tipo penal está compuesto por diversas conductas particulares, constitutivas a su vez de acciones típicas que van desde las más graves como el exterminio y homicidio<sup>71</sup>, hasta conductas que se consideran contrarias a la humanidad

---

<sup>69</sup> Si bien esto no era considerado en un comienzo, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha concluido que la destrucción del grupo no se logra sólo con la negación a una existencia física, sino que también se logra con la destrucción de la identidad del grupo, pues tarde o temprano esto terminaría acarreado su desaparición.

<sup>70</sup> En doctrina se discute si el crimen protege además los intereses individuales de los miembros del grupo. Los miembros en sí son, por lo general, el objeto de la agresión, sin embargo las lesiones o puestas en peligro de intereses individuales sólo se tienen en cuenta por el derecho penal internacional cuando el individuo es atacado, precisamente, como consecuencia de su pertenencia al grupo. Sólo la voluntad de producir el hecho global – la destrucción del grupo como tal – hace que la lesión de los intereses individuales se convierta en un crimen de genocidio. Pese a ello, la mayoría concuerda en que junto al bien jurídico primario, la existencia del grupo, aparece la dignidad de la víctima como un interés protegido de forma adicional. **En:** WERLE, G. *Op. cit.* p.418

<sup>71</sup> Un tema interesante se produce a propósito del homicidio de grupos completos de personas, lo que puede configurar tanto el crimen de genocidio como un crimen de lesa humanidad. Este segundo caso es, sin embargo, más amplio que el genocidio: los crímenes contra la humanidad no tienen que ir dirigidos contra un grupo determinado de personas, sino simplemente contra la población civil. Se incluyen por tanto y principalmente, aquellos delitos que atañen a los grupos políticos u otros no comprendidos dentro de los grupos protegidos por el genocidio<sup>71</sup>. **En:** WERLE, G. *Op. cit.* p.462



producto de la trágica experiencia histórica, como la esclavitud, los trabajos forzados, la expulsión de personas de sus asentamientos tradicionales, la detención arbitraria o las torturas de opositores políticos, las violaciones, las desapariciones masivas de personas, entre otras.

Destacamos que el concepto se acuñó el 28 de mayo de 1915, en la declaración de Francia, Reino Unido y Rusia por la masacre contra la población armenia en territorio de Turquía. Para efectos de su persecución penal, se incorporó por primera vez como crimen en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, bajo la siguiente configuración<sup>72</sup>:

Artículo 6: crímenes contra la humanidad

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

---

<sup>72</sup>En la segunda mitad del siglo XX, desde 1945 en adelante, la existencia de esta clase de crímenes fue confirmada profusamente en diversos instrumentos jurídicos, a pesar de no contar con una convención propia a esta clase de ilícitos internacionales como en el caso del genocidio y los crímenes de guerra. Así, por ejemplo, podemos citar el Estatuto del Tribunal para el Extremo Oriente, la Resolución 95 (I) que reconoce los principios de Nuremberg, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid, el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y los respectivos estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia, Ruanda y la Corte Penal Internacional. Sumados todos estos reconocimientos a nivel internacional, actualmente se afirma, sin dudas, que estos crímenes son parte del derecho internacional consuetudinario.

i) Consagración normativa

Para efectos del análisis más detallado de los crímenes de lesa humanidad, seguiremos lo estipulado en el artículo 7 del Estatuto de Roma por ser la norma que mejor describe su contenido y sus presupuestos básicos. Dicha disposición señala lo siguiente:

“Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

Como podemos apreciar, todas las acciones típicas que lo conforman están castigadas de una u otra manera en las legislaciones nacionales modernas; no obstante, su persecución se internacionaliza cuando se cumplen algunos requisitos establecidos en el propio Estatuto, principalmente en lo que dice relación con la comisión a gran escala o de modo sistemático. A continuación pasaremos a revisar cada uno estos requisitos, y la forma como la doctrina internacional los ha sistematizado.

## ii) Estructura del crimen

Para GERARD WERLE, el análisis de la estructura del crimen se divide en un aspecto externo y un aspecto interno. Dentro del primero, se debe verificar la realización de al menos una de las acciones que se contemplan en el tipo del art.7.1 del Estatuto de la CPI, lo que se denomina hecho individual. Junto con ello, el aspecto externo supone que la comisión de las conductas punibles se enmarque dentro de un “hecho global”, cual es la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Los hechos individuales deben, por tanto, formar parte de la relación funcional de conjunto.

El aspecto interno del hecho, por su parte, exige el dolo respecto de cada uno de los elementos objetivos del crimen, al tenor de lo dispuesto en el art.30 del Estatuto<sup>73</sup>.

Para efectos prácticos y con el objeto de lograr un mejor entendimiento, invertiremos el orden de los requisitos antes señalados, revisando primero cada uno de los elementos de lo que el autor denomina hecho global, luego los hechos individuales o acciones típicas en particular, y finalmente el elemento subjetivo o aspecto interno. Desde ya advertimos que no revisaremos en profundidad cada uno de los sub elementos de los hechos individuales pues ello

---

<sup>73</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.468

implica extenderse en demasía a un ámbito que requeriría por sí solo una investigación acabada.

a) hecho global: ataque generalizado o sistemático contra una población civil

Este es un requisito complejo, pues está formado por varios elementos que requieren especial mención para su correcta comprensión. En razón de ello, analizaremos primero que se entiende por “población civil” que es el sujeto pasivo de estos crímenes, luego profundizaremos en qué se ha entendido por ataque sistemático o generalizado, y finalmente nos referiremos al denominado elemento político de los crímenes de lesa humanidad, que está definido por el Estatuto de Roma y que aúna los requisitos anteriores.

En primer lugar, por la voz “población civil” se entiende cualquier grupo de personas que se encuentran unidas por características comunes que le hacen ser objeto de ataque, y que no participan de manera activa en el desarrollo de un conflicto internacional o interno<sup>74</sup>. En efecto, cuando se habla de población a secas, se refiere a una pluralidad de personas, lo que excluye los ataques contra personas específicas y contra grupos especialmente protegidos (como en el caso del crimen de genocidio). Por su parte, cuando se habla de población

---

<sup>74</sup> ROBERTSON, G. *Op. cit.* p.242

“civil”, se pone de relieve que el objeto de protección son las personas que no participan del grupo armado de ataque (a pesar de que eventualmente puedan pertenecer a uno) y que precisamente son parte del Estado en que se comete el crimen, o sea, su propia población civil.

En segundo término, tenemos que el ataque debe cumplir con los requisitos de ser “generalizado o sistemático”, cuestión que viene a darle el carácter de crimen contra el derecho internacional a la conducta<sup>75</sup>. Por consiguiente, para determinar si el crimen reviste el carácter de generalizado, se debe recurrir a un criterio cuantitativo en relación con el hecho global. Vale decir, la generalidad de la conducta se determinará a partir de la cantidad de víctimas o sujetos pasivos que resulten de ella. El ataque generalizado puede consistir entonces en una sola acción, cuando ésta tiene como víctimas a un gran número de civiles, sin perjuicio de que la jurisprudencia internacional ha precisado que la generalidad del ataque también puede derivarse de su extensión en un ámbito geográfico amplio, aunque esto no es imprescindible para su configuración<sup>76</sup>. La calificación de sistemático, en cambio, hace alusión a la naturaleza organizada

---

<sup>75</sup> En las negociaciones del Estatuto de Roma se acordó desde un principio que ambos requisitos debían tener cabida en el tipo penal, sin embargo se discutió si debían ser una enumeración disyuntiva o copulativa. Al final, primó la primera tesis a cambio de integrar el elemento político que analizaremos luego.

<sup>76</sup> ROBERTSON, G. *Op. cit.* p.242

de los actos de violencia, excluyendo ataques esporádicos o improvisados. El criterio es, entonces, cualitativo<sup>77</sup>.

Finalmente, tenemos el denominado elemento político introducido como novedad por el Estatuto de Roma dentro de la estructura del crimen de lesa humanidad. Lo encontramos en la definición legal de ataque contra una población, enunciada en el art.7.2 a) de dicho instrumento en los siguientes términos:

Artículo 7.2. a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

Para GERARD WERLE, este concepto debe ser entendido en un sentido amplio, como comisión planeada, dirigida u organizada, en contraposición a los actos violentos espontáneos y aislados. La política exigida no tiene que ser ni expresa ni declarada de forma clara y precisa. Tampoco es necesario que se

---

<sup>77</sup> La jurisprudencia más antigua consideraba que este requisito se desprendía de la necesidad de un plan o política estatal previa. Sin embargo, las decisiones de ambos tribunales *ad hoc* se apartaron de este requisito, considerando que esta interpretación no tenía ningún amparo en el derecho consuetudinario. Se señaló que la necesidad de una acción organizada y metódica, por lo general seguirán a un tipo de plan preconcebido, pero esto no significa que el tipo penal exija la prueba de un tipo de plan o política al respecto<sup>77</sup>. **En:** WERLE, G. *Op. cit.* p.469

decida al más alto nivel. La existencia de un elemento político debe apreciarse en función de las circunstancias concurrentes<sup>78</sup>. Para estos efectos constituyen indicios a tener en cuenta los sucesos reales, programas y escritos políticos, declaraciones públicas o programas de propaganda o la construcción de estructuras de corte político o administrativo<sup>79</sup>.

b) hecho individual: acciones típicas consideradas contrarias a la humanidad

Como ya hemos señalado, la comisión de las conductas particulares enumeradas en el art.7 del Estatuto, sumadas a lo que anteriormente hemos descrito como “elemento global” convierten al hecho en un crimen de lesa humanidad.

Cada una de estas conductas requiere, a su vez, una serie de requisitos para su configuración. Estos pueden provenir de convenciones especializadas, como en el caso de la tortura, de las desapariciones forzadas y el apartheid, o bien, del derecho consuetudinario internacional. Por nuestra parte, sólo nos

---

<sup>78</sup> En cuanto al alcance de este elemento político, no todos los tratadistas están de acuerdo. La discusión radica principalmente en la necesidad de una participación activa del Estado o la organización en la comisión del ataque, lo que para algunos excluiría la mera tolerancia del Estado como un elemento suficiente para configurar este requisito. Sin embargo, nosotros adherimos a la postura contraria, en el entendido de que este criterio previsto en los Elementos restringe mucho la posibilidad de su aplicación, y no tiene asidero ni en las disposiciones del Estatuto de Roma ni en el derecho internacional consuetudinario. Además, la jurisprudencia internacional ha considerado en múltiples decisiones que basta con la tolerancia para cometer el delito, como cuando el Estado se niega a tomar medidas de protección para la población civil o no toma la decisión de iniciar la persecución de los autores.

<sup>79</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.482



remitiremos a señalar cuáles son dichas acciones típicas, y cuál es la definición normativa que da el propio Estatuto de Roma.

En primer lugar, tenemos el asesinato de una población civil, lo que supone causar la muerte de las mismas, o bien, causar daños corporales graves con conocimiento de que el ataque probablemente acarreará la muerte de las personas atacadas.

El art. 7.1 letra b) contempla el exterminio de la población civil, que comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida (entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas) encaminadas a causar la destrucción de parte de la población. Conjuntamente, en los Elementos de los Crímenes, se señala expresamente como uno de los requisitos del exterminio, que el autor haya dado muerte a una o más personas como parte de una matanza dirigida contra la población civil.

Por otra parte está la esclavitud (art. 7.1 c)), que se entenderá como el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

En cuarto lugar, tenemos a la deportación o traslado forzoso de población, que se entenderá como el desplazamiento obligado de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional (art.7.2 letra d)).

Luego tenemos el crimen de tortura (art. 7.1 e) que supone actos intencionales que causen dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control. Se precisa que, sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

En la letra f) del art.7.1, se contemplan una serie de hipótesis constitutivas de agresiones sexuales de carácter grave, principalmente en contra de las mujeres. Específicamente, la norma se refiere a la violación<sup>80</sup>, la esclavitud sexual<sup>81</sup>, la prostitución forzada<sup>82</sup>, el embarazo forzado<sup>83</sup>, la esterilización

---

<sup>80</sup> Se considera violación toda invasión física de naturaleza sexual perpetrada contra una persona sin su consentimiento libre. Los Elementos de los Crímenes precisan un poco más esta conducta, señalando como requisitos que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo, y que éstos actos deben haber tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, o bien, se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

<sup>81</sup> La esclavitud sexual consiste en una forma específica de esclavitud, en donde se ejercen alguno de los atributos del derecho de propiedad sobre la persona (como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad) con el objeto de compelerla a realizar uno o más actos de naturaleza sexual.

forzada<sup>84</sup>, y, como cláusula general para este tipo de conductas, cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable siempre que respecto de ellas se pruebe su carácter grave y no constituyan hechos aislados.

Por otro lado, la letra h) del mismo artículo en comento, contempla la hipótesis de la persecución en los siguientes términos: “la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte. Según lo dispuesto en los Elementos para los Crímenes, concretamente en el art.7.1 h), se entenderá como persecución la privación intencional y grave de derechos

---

<sup>82</sup> La prostitución forzada, según los Elementos de los Crímenes exige que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento, obteniendo o esperando obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ello.

<sup>83</sup> El art.7.2 letra f) define como embarazo forzado el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional.

<sup>84</sup> Los Elementos de los crímenes prescriben que la esterilización forzada requiere que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica, no estando amparado en un un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas, ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento.

fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad<sup>85</sup>.

Por el crimen de apartheid, la norma define a los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

Finalmente, el art.7.2 i) entiende por desaparición forzada de personas a la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

c) conocimiento del ataque a la población civil (aspecto interno del hecho)

En concordancia con el Derecho internacional consuetudinario, el art.7.1 del Estatuto de la CPI establece expresamente este requisito señalando que el autor debe actuar “con conocimiento de dicho ataque”.

---

<sup>85</sup> Elementos de los Crímenes, art.7.1 h) crimen de lesa humanidad de persecución.

Esto supone a su vez dos cosas: tener conocimiento de que el ataque es generalizado y sistemático, y asimismo, tener la conciencia de que la conducta individual desplegada se enmarca dentro del contexto de ataque generalizado y sistemático. Para estos efectos, debemos recurrir al art.30 antes citado, que además de señalar cuándo una conducta se considera intencional (requisito también indispensable), señala cuándo se considera tener conocimiento en los casos que lo exige la norma<sup>86</sup>.

A diferencia de lo que señalábamos precedentemente para el genocidio, ni el derecho consuetudinario ni el Estatuto exigen la concurrencia de otros elementos subjetivos especiales para dar lugar a alguno de los crímenes de lesa humanidad. Sólo se deben acreditar los requisitos generales del dolo previstos en el art.30.

iii) Bien jurídico protegido por los crímenes de lesa humanidad

En el caso de los crímenes contra la humanidad, la amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar mundiales consiste en el ataque sistemático y masivo a

---

<sup>86</sup> El art.30.3 señala que “a los efectos del presente artículo, por conocimiento se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”. Por lo tanto, no será necesario que el autor conozca los detalles de la planificación o de la política del Estado o de la organización, basta saber que esto puede concurrir.

los derechos humanos de la población civil. El hecho global cuestiona la humanidad como tal, en el sentido de un estándar mínimo de las reglas de coexistencia humana. El hecho no afecta, por tanto, exclusivamente a la víctima individual, sino a la comunidad internacional en su totalidad. Junto con estos intereses supraindividuales el tipo también protege intereses individuales, a saber: la vida, la salud, la libertad y la dignidad de las víctimas concretas<sup>87</sup>.

### 1.6.3 Crímenes de guerra

A lo largo de la historia, han existido distintas conceptualizaciones en cuanto a los crímenes de guerra. A la luz del Derecho Penal Internacional, la definición jurídicamente más aceptada hoy en día es la que sigue: se entiende como crimen de guerra “toda violación de una regla de Derecho humanitario<sup>88</sup> cuya punibilidad surge directamente del Derecho internacional humanitario”<sup>89</sup>.

Sin embargo, huelga advertir que no toda violación al derecho internacional humanitario, es punible de manera internacional. En efecto, esa esfera normativa del Derecho Internacional Humanitario corresponde a lo que

---

<sup>87</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.469

<sup>88</sup> La referencia al Derecho humanitario no es baladí, pues esta nutrida rama del derecho es definida por su organismo más importante (el Comité Internacional de la Cruz Roja) como el conjunto de normas destinadas a limitar, por razones humanitarias, los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades e impone restricciones a los métodos y medios bélicos. **EN:SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 2008.** ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario? [en línea] Génova, Suiza <[www.cicr.org](http://www.cicr.org)> [consulta: 1 de junio 2015] p. 2

<sup>89</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.547

se denomina Derecho penal internacional de la guerra o Derecho penal internacional bélico, que será el principal objeto de nuestro análisis en las páginas que siguen. Su objeto fundamental es asegurar la aplicación del Derecho humanitario, pero sólo respecto de aquellas circunstancias cuya infracción se considere como crimen de guerra, ya sea en una norma o en la costumbre internacional. En este sentido, y parafraseando al profesor GERARD WERLE, el Derecho penal internacional bélico es aplicado para prevenir o al menos castigar infracciones al derecho internacional humanitario, pues quien infrinja una de sus normas durante un conflicto armado debe contar ahora con la posibilidad de ser juzgado tanto por los tribunales estatales como internacionales<sup>90</sup>.

En cuanto al origen de dichas normas, podemos decir que este derecho se ha forjado en base a fuentes de diversas especies, y ha evolucionado con el desarrollo mismo de los conflictos armados, hasta transformarse en la actualidad en derecho internacional consuetudinario. Si bien existieron varios manuales militares previos que codificaron muchas de las reglas del derecho bélico, son los Convenios de Ginebra de 12 de agosto 1949 los cuerpos jurídicos que reúnen la mayoría de las disposiciones de derecho humanitario y de la guerra hasta nuestros días<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> *Id.* p.562

<sup>91</sup> A mayor abundamiento, se ha precisado que las disposiciones del Derecho Humanitario, contenidas principalmente en los cuatro Convenios de Ginebra fueron influidas por dos

Si bien la idea del castigo por la vía penal de las violaciones a las normas del Derecho humanitario, ya estaba asentado desde una perspectiva nacional, a través de los tribunales internos de las potencias vencedoras, desde una óptica internacional, sólo fue una vez terminada la Segunda Guerra Mundial que existió el consenso necesario para juzgar a los principales criminales de guerra a través de un tribunal penal internacional.

Pese a ello, existió un largo período de latencia en el desarrollo de un juzgamiento internacional de estos crímenes, que se reanudó recién en la década del noventa, con la constitución de los Tribunales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia, para Ruanda. Este proceso finalmente ha culminado con el establecimiento de la Corte Penal Internacional, que se ha erigido como un tribunal internacional con competencia permanente para enjuiciar y eventualmente castigar a los presuntos autores de la comisión de los crímenes de guerra *stricto sensu*, en particular cuando se cometan como parte de un plan

---

corrientes normativas: el denominado “Derecho de Ginebra” y el “Derecho de la Haya”. El “Derecho de Ginebra” es el dedicado a la recopilación del derecho bélico propiamente tal, y sus principales normas provenientes de tratados, manuales y reglamentos militares están contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos Adicionales de 1977<sup>91</sup>. Su objeto principal es la protección de las distintas personas involucradas en los conflictos armados, es por ello que se estructura de la siguiente manera: El primer convenio relativo a la protección de los enfermos y heridos del ejército durante la guerra; el segundo relativo a la protección de los enfermos, los heridos, y los náufragos en la guerra marítima; el tercero sobre la protección de los prisioneros de guerra; y finalmente el cuarto, que regula por primera vez la protección de los civiles en guerra. Por su parte, el llamado “Derecho de la Haya” corresponde a aquel conjunto de normas que limita los métodos y medios de combate especialmente crueles o peligrosos, y que está constituido a su vez por una serie de tratados específicos en la materia.



o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes<sup>92</sup>, según especifica su art.8.1.

i) Consagración normativa

A diferencia de lo que ocurre con el genocidio y con los crímenes de lesa humanidad, cuya punibilidad está determinada por tipos penales independientes, en este caso no existe un documento que contenga un catálogo completo de las conductas constitutivas de crímenes de guerra. Al tratarse de infracciones a una norma de derecho internacional humanitario, éstos ilícitos pueden tener como fuente (en principio) tanto al derecho internacional consuetudinario como al derecho internacional de los tratados.

A pesar de que no existe una codificación internacional acabada del derecho material de los crímenes de guerra, la enumeración más prolija y omnicomprensiva la encontramos en el art.8.2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que es la que utilizaremos en esta memoria para analizar las conductas punibles.

---

<sup>92</sup> Se debe destacar que esta última frase del párrafo 1 del art.8 no se constituye como un requisito *sine qua non* para la configuración de la punibilidad de los crímenes de guerra, sino que se establece como un criterio para evaluar la gravedad de los mismos.

Allí se señalan los tipos penales centrales del derecho penal internacional bélico, aplicables tanto a conflictos armados internacionales como internos, pero no es una enumeración taxativa. Esto quiere decir que, fuera de lo previsto por esta norma, pueden existir otras conductas punibles en virtud de la costumbre o de un tratado internacional<sup>93</sup>.

A continuación, analizaremos cuál es la forma en que el Estatuto de Roma ha sistematizado los más de cincuenta tipos de acciones punibles que se contemplan en su art.8, y los requisitos que deben cumplirse para que el tribunal verifique la concurrencia de un crimen de guerra.

ii) Presupuestos comunes a todos los crímenes de guerra:

En razón de lo ordenado expresamente por el Estatuto de Roma, y recogiendo además los criterios que se han consagrado como costumbre internacional, se ha entendido que existen tres presupuestos o requisitos que

---

<sup>93</sup> Tal como señala PEDRO PABLO CAMARGO, el Estatuto de Roma está lejos de ser un Código Penal Internacional en esta materia, pues han quedado fuera numerosas prohibiciones contenidas en el denominado “Derecho de la Haya” que limitan los métodos y medios de guerra. El principal motivo de esta exclusión tiene que ver con el poco consenso que generan estas normas a nivel internacional, lo que hubiera dificultado en demasía la ratificación del Estatuto de la Corte. No se incluyeron, en concreto, prohibiciones contenidas en la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Tampoco se incluyeron las prohibiciones sobre el empleo de armas bacteriológicas y radiológicas o las relativas al empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales, entre muchas otras. **En:** CAMARGO, P. *Op. cit.* p.207

necesariamente deben verificarse para configurar un crimen de guerra, sumado, claro está, a los requisitos propios de cada una de las conductas en particular.

Estos presupuestos vendrían a ser: a) la un conflicto armado, ya sea de índole internacional o interno; b) la relación funcional que debe haber entre el conflicto armado y la conducta concreta que se realiza; c) por último, el conocimiento de las circunstancias de hecho que determinan que existe un conflicto armado, que sería el aspecto interno y subjetivo de la norma.

a) Conflicto armado de carácter internacional o interno

Sobre este punto, ni el Estatuto ni los Elementos de los Crímenes se han pronunciado para dar una definición legal, siendo la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, secundada por las decisiones la Corte Penal Internacional, las que han llegado a un consenso en la materia.

Así, se ha definido conflicto armado de la siguiente manera:

*“We find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protected armed violence between governmental*

*authorities and organized armed groups or between such groups within states<sup>94</sup>*

Corresponde, por lo tanto, distinguir entre los conflictos armados que se dan entre Estados, que actúan generalmente a través de sus fuerzas armadas, y los conflictos entre un Estado con grupos armados nacionales o entre grupos armados nacionales.

Los conflictos armados internacionales, por un lado, son aquellos que tienen lugar entre dos o más sujetos de Derecho Internacional público. La forma tradicional de este conflicto es aquella en que se enfrentan los ejércitos o fuerzas armadas de distintos Estados, pero últimamente se han sumado a este orden ciertos conflictos internos que se reputan como internacionales, a saber: las guerras de liberación nacional y los conflictos entre las fuerzas armadas de un Estado contra un grupo armado interno, normalmente rebelde, siempre que éste actúe apoyado por otro Estado y las conductas le sean imputables a éste último.

Por el otro lado, los conflictos armados internos o no internacionales son aquellos que en general sólo tienen lugar en el territorio de un Estado. En los términos fijados por el Estatuto de Roma, éstos pueden suscitarse entre las

---

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia del 2 de octubre de 1995, caso Tadic. Parágrafo 70.

autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos, siempre que se traten de conflictos armados prolongados. El art.8.2 f), precisa además que no va a aplicarse a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos<sup>95</sup>

b) Relación funcional entre el conflicto armado y la conducta particular

Solo existe un crimen de guerra propiamente tal cuando la conducta de que se trata está en una relación funcional con un conflicto armado, es decir, cuando existe un nexo entre la conducta y el conflicto. Si esta conexión no se logra acreditar, se entiende que sólo habrá un delito común realizado en el contexto de un conflicto armado.

Si bien este requisito aparece esbozado en la parte introductoria de los Elementos de los Crímenes (art.8), ha sido la jurisprudencia la que le ha dado un verdadero contenido. En este sentido, las sentencias del Tribunal Penal

---

<sup>95</sup> Para una mejor comprensión de estos criterios, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha conceptualizado la voz “disturbios interiores” como aquellos en que sin que haya un conflicto armado no internacional propiamente dicho, se presenta dentro de un Estado , un enfrentamiento que presente cierta gravedad e implique actos de violencia. Por su parte, se entiende por “tensiones internas” todas las situaciones de grave tensión en un Estado, de origen político, religioso, racial, social, económico, etc, que no importa enfrentamientos violentos. Abarca las secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores que afectan al territorio de un Estado.

Internacional para la Ex Yugoslavia y la del Tribunal Penal Internacional de Ruanda<sup>96</sup> entienden que existe esta relación cuando: la existencia de un conflicto armado debe ser de fundamental importancia para la capacidad del autor de cometer el delito, para su decisión de cometerlo, para el modo de cometerlo o para la finalidad del acto<sup>97</sup>.

c) Conocimiento de la existencia de un conflicto armado

Finalmente, debe probarse la concurrencia del aspecto interno de la conducta, que dice relación con la representación del autor de la existencia de un conflicto armado.

En torno a esta materia, se ha indicado que el dolo del autor está ligado al conocimiento de las circunstancias de hecho de las que resulta el conflicto armado. Por consiguiente, no se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional; así como tampoco se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter

---

<sup>96</sup> Se pueden mencionar, a modo de ejemplo, las sentencias del Tribunal Penal internacional para la Ex Yugoslavia en el caso Kunarac de 12 de junio de 2002 (parágrafo 58), la sentencia en el caso Stakic de 22 de marzo de 2006 (parágrafo 342), y la sentencia del caso Milutinovic de 26 de febrero de 2009 (parágrafo 128). Asimismo, se ha pronunciado el Tribunal Penal Internacional de Ruanda en el caso Semanza de 15 de mayo de 2003 (parágrafo 517), en el caso Bagosora de 18 de diciembre de 2008 (parágrafo 2231) y en el caso Brima de 20 de junio de 2007 (parágrafo 246). En: WERLE, G. *Op. cit.* p.587

<sup>97</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p.587

internacional o no internacional, salvo cuando se trata de un conflicto que sólo puede darse en el ámbito internacional.

iii) Intereses protegidos

El Derecho penal internacional bélico en general, y las disposiciones del Estatuto de Roma en particular, protegen los bienes jurídicos fundamentales de los individuos durante los conflictos armados, pues los derechos de las personas protegidas están especialmente en peligro durante esos períodos. Desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales, son especialmente tutelados por estas normas: la vida, la dignidad y la integridad física.

Conjuntamente con ello, el Derecho penal internacional bélico protege bienes jurídicos supraindividuales. Tal como los demás tipos penales básicos del Derecho penal internacional, sirve para proteger la paz mundial. La finalidad del derecho penal internacional bélico es la limitación de los efectos de la perturbación a la paz y seguridad de la humanidad, como asimismo la conclusión de tratados de paz y el facilitar la convivencia después de finalizado el conflicto<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> *Id.* p.572

#### iv) Estructura de los crímenes de guerra (art.8)

Como ya veníamos señalando, el art.8 del Estatuto de la CPI contiene las hipótesis de crímenes de guerra de competencia de este tribunal internacional. Dicha norma, clasifica primero a los crímenes de guerra según si se dan en un contexto de conflicto armado internacional o en un conflicto armado no internacional o interno, dejando al margen (como ya mencionamos) las situaciones de disturbios y tensiones interiores. Luego, entrega cuatro grandes categorías, que a su vez están formadas por distintas acciones punibles, a saber: infracciones graves de los Convenios de Ginebra, contempladas en el art.8.2 a); otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en conflictos armados internacionales, recogidas en el art. 8.2 b); las infracciones graves al art.3 común de los Convenios de Ginebra, siempre que las acciones descritas se den en un conflicto que no sea de índole internacional y contra las personas específicamente protegidas por la norma, en razón del art. 8.2 e); y finalmente otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados que no sean de índole internacional, y que cumplan con los requerimientos establecidos por el derecho internacional, al tenor de lo dispuesto en el art. 8.2 e).

Nosotros preferimos dividir el análisis de estos ilícitos siguiendo la clasificación que postula GERARD WERLE en base a un punto de vista



material, debido a que el criterio utilizado por el Estatuto de Roma adolece de falta de claridad y obvia las conexiones existentes entre los tipos penales. En esta línea, entonces, distinguimos entre crímenes de guerra contra las personas, crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos, crímenes de guerra de empleo de métodos de combate prohibidos, crímenes de guerra de empleo de medios de combate prohibidos, y crímenes de guerra contra operaciones humanitarias<sup>99</sup>.

Dados los objetivos fijados por esta memoria, no ahondaremos en cada una de las conductas punibles consideradas en el Estatuto de Roma, pues como ya hemos dicho antes, ello implica por sí solo una investigación completa. Nos remitiremos, por lo tanto, sólo a mencionar cada una de ellas dentro de las clasificaciones antes señaladas, para así contar con un panorama general acerca de los crímenes de guerra en particular.

a) crímenes de guerra contra las personas

Esta categoría agrupa a todas las conductas que tienen como sujeto pasivo a las personas especialmente protegidas por el Derecho humanitario, y en ciertos casos, a personas específicas en atención a la naturaleza de la conducta. En efecto, cada una de las disposiciones que forma parte de esta

---

<sup>99</sup> *Id.* p.573

categoría se refiere o bien a varios o solo a uno de los convenios, y por tanto sólo se aplicará a las personas protegidas por éste, ya sean enfermos o heridos de guerra, náufragos, prisioneros de guerra, civiles, entre otros. En la práctica, esto no es difícil de determinar pues todos los tipos contienen en sí mismos la descripción concluyente de los posibles sujetos pasivos

En cuanto a las acciones punibles en concreto, dentro de esta categoría podemos mencionar:

- El homicidio intencional
- Usar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción.
- La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos
- El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud
- Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7,

esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra

- Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes
- El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga
- Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país
- El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente
- La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal
- El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio
- La toma de rehenes
- Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades

## b) crímenes de guerra contra la propiedad

En el Estatuto de Roma, los crímenes de guerra contra la propiedad están formados por cinco tipos penales que castigan la enajenación forzosa o la destrucción de las cosas. Fuera de estas conductas, hay otras que dañan indirectamente la propiedad, como el ataque contra objetivos no militares y ciertas construcciones descritas en el art.8.2 b) y 8.2 e), pero se estima que en esos casos el objeto de la sanción más bien es el empleo de un método de combate prohibido.

En específico, se consideran delitos de enajenación forzada<sup>100</sup> los siguientes tipos penales:

- La apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- Apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo, tanto en conflictos armados internacionales (art.8.2 b) XIII) como internos (art.8.2 e) XII)
- Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto, también en conflicto armado internacional (art.8.2 b) XVI) como interno (art.8.2 e) V)

---

<sup>100</sup> En general, se señala que la enajenación forzosa comprende conductas de apropiación, confiscación y saqueo, sin que existan diferencias objetivas claras entre ellas.

Por el otro lado, los crímenes de guerra de destrucción<sup>101</sup> están formados por las siguientes acciones típicas:

- La destrucción de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente
- Destruir bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.

c) crímenes de guerra que consisten en el empleo de métodos de combate prohibidos.

Esta categoría de ilícitos penales castiga el empleo de métodos prohibidos de combate. De manera general, se consideran punibles bajo esta perspectiva los ataques a objetivos no militares, ya sean personas civiles, bienes civiles y objetivos comparables; también los daños colaterales desproporcionados y el ataque a lugares no defendidos.<sup>102</sup>

En concreto, el art.8 contempla como tales las siguientes conductas:

---

<sup>101</sup> Tal como se deriva de su tenor literal, lo sancionado es la destrucción de los bienes, no basta su mero daño. Si bien, en algunos casos la destrucción está justificada, la jurisprudencia entiende que no se considerará adecuado a las necesidades militares cuando los fines bélicos puedan alcanzarse por medio de la confiscación u otros medios similares. Además, hay algunas excepciones que gozan de prohibición absoluta en cuando a su destrucción, como es el ejemplo de las unidades médicas, bienes culturales, entre otros.

<sup>102</sup> WERLE, G. *Op. cit.* p. 662

- Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades
- Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares
- Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares
- Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional
- Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea
- Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;
- Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de

carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;

La doctrina incluye además otras conductas que pueden considerarse como métodos prohibidos de combate, a saber:

- Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;
- Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;
- Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo
- Declarar que no se dará cuartel;
- Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves

d) crímenes de guerra que consisten en el empleo de medios prohibidos

Estos crímenes buscan sancionar el empleo de ciertas armas y municiones cuya utilización se prohíbe expresamente en conflictos armados.

Al día de hoy, existe un sinnúmero de tratados que regulan estas materias de manera casuística y acorde a la evolución de los armamentos. De todas formas, para efectos de su represión penal a través de un tribunal internacional, sólo algunas de las conductas están recogidas como crímenes de guerra en la enumeración del art.8 de Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Dentro de esas disposiciones, de particular interés resulta la cláusula general recogida en el art. 8.2 b) XX) del Estatuto de la CPI, que establece:

A los efectos del presente Estatuto, se entiende por crímenes de guerra: (...)  
XX) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda



aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123.

En la práctica jurídica, la aplicación de dicha cláusula general se ha visto mermada por un requisito adicional previsto en la misma norma antes citada, que exige que los medios de combate sean incluidos en una lista de medios prohibidos que será anexada al Estatuto por medio de un procedimiento de enmienda.

Asimismo, el art.8 del Estatuto contempla otras hipótesis de medios de guerra prohibidos, sancionados como crímenes de guerra, que son:

- Emplear veneno o armas envenenadas
- Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos
- Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones

Finalmente, y en términos generales, podemos señalar que todas las prohibiciones se aplican tanto a conflictos armados internacionales (por expresa disposición de la ley) y a conflictos armados internos, en base al derecho consuetudinario. Las disposiciones que son parte de esta categoría de crímenes buscan proteger al combatiente enemigo (cuando se sancionan los

daños superfluos o los sufrimientos innecesarios) y a la población civil enemiga (cuando se sanciona el daño indiscriminado). Por último, recordar que todas las hipótesis castigan el mero empleo de estos medios, no se exige que se produzca un resultado en concreto.

e) Crímenes de guerra contra operaciones humanitarias

Para terminar con la enumeración de estas conductas punibles, tenemos que el artículo 8.2 b) III y artículo 8.2 e) III, sancionan en conflictos internacionales e internos respectivamente:

“Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados”.

Esta reciente incorporación a los crímenes de guerra, supone una reacción a los numerosos ataques que sufría el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado en sus intervenciones en los conflictos armados. En ese sentido, la sanción de este tipo de ataques no sólo tiene por finalidad proteger a

las personas directamente beneficiadas, sino también garantizar la viabilidad en el tiempo de dichas misiones de paz.

La norma, contempla dos formas distintas de comisión de las conductas, según se cometan en el contexto de una misión de mantenimiento de la paz o en misiones de asistencia humanitaria. Si bien el Estatuto no entrega una definición certera, se ha descrito como “misión de mantenimiento de la paz” acciones que en su mayoría comprenden la movilización provisoria de personal militar, para prevenir el estallido de hostilidades en situaciones tensas de conflicto<sup>103</sup>, razón por la cual no podrán jamás atacar armadamente, salvo que el objetivo sea defenderse; por su parte, se entienden como “misiones de asistencia humanitaria”<sup>104</sup> aquellas que buscan, en primera línea, asegurar el abastecimiento de la población, en particular de las víctimas de los conflictos armados, desarrolladas principalmente por organismos especializados de la ONU como la ACNUR, UNICEF, UNESCO y FAO. No contemplan la posibilidad de usar la fuerza, salvo que sea en defensa legítima

---

<sup>103</sup> *Id.* p.727

<sup>104</sup> CAMARGO, P. *Op. cit.* p. 214

**CAPÍTULO II: JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y SU APLICACIÓN A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES: VENTAJAS, DESVENTAJAS Y LÍMITES. ¿AÚN TIENE SENTIDO SU EXISTENCIA?**

*“Sólo será posible poner freno a los crímenes contra la humanidad cuando quienes pudieran perpetrarlos –líderes políticos, mandos militares o soldados y policías- tengan que pensárselo dos veces ante la perspectiva de que en el futuro no tendrán lugar donde esconderse, que su némesis legal les alcanzará algún día, en algún lugar”.*

ROBERT JACKSON, miembro del Tribunal de Nuremberg.

Durante el siglo pasado, millones de personas alrededor de todo el mundo fueron víctimas, directas o indirectas, de los crímenes descritos en el capítulo anterior. Muchas de ellas no sobrevivieron tras los actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra que se llevaron a cabo, en la

mayoría de los casos, por aparatos estatalmente organizados y por sujetos que hasta el día de hoy se han procurado impunidad<sup>105</sup> por distintas vías.

Esta situación ha replanteado la cuestión sobre el juzgamiento de dichas conductas que dañan la conciencia de todos los pueblos, y que llevan a considerar a sus autores como *hostes humani generis*. Es por ello que, además de los mecanismos de justicia internacional que se han creado para la persecución de estos delitos, a través de los tribunales internacionales, se ha discutido sobre la capacidad que tienen todos los Estados democráticos de derecho de someter a su propia jurisdicción penal las vulneraciones masivas a los derechos humanos cometidas fuera de su territorio, en base al principio de jurisdicción universal.

A lo largo del presente capítulo, nos dedicaremos a abordar las principales aristas de este tema, que es el núcleo de nuestra investigación. Partiremos por definir el principio de jurisdicción universal, su fundamento y la necesidad de su existencia para reducir al mínimo los espacios de impunidad para los responsables de estas conductas. Nos dedicaremos también a analizar los posibles conflictos de competencia que podrían suscitarse entre los distintos

---

<sup>105</sup> Los principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional, elaborados en el año 2002, definen en su primer numeral la impunidad como “la omisión de investigar, enjuiciar y juzgar a las personas físicas y moralmente responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”. Para los efectos de la presente investigación, será el concepto al que adscribiremos.

tribunales nacionales e internacionales que están legitimados para pronunciarse y sancionar los crímenes, y los criterios que se han utilizado para darles solución. Finalmente haremos referencia a las problemáticas que ha originado su aplicación práctica, las críticas que han hecho eco en distintos sectores de la doctrina internacional y la jurisprudencia de los Estados (derivadas del cariz político que necesariamente lleva aparejado), los diversos intentos por limitar su aplicación, y la posible “crisis” en la que hoy se encuentra inmerso. Desde ya adelantamos que la situación actual de este mecanismo de persecución penal de los crímenes internacionales no es un tema zanjado, ni menos un tema que se debe dejar de discutir, en la medida que aún existen responsables de estos graves delitos que no han recibido un castigo acorde a la entidad de las violaciones a los derechos humanos en las que han incurrido.

## 2. Principio de jurisdicción universal

### 2.1 Concepto y fundamento jurídico de la voz jurisdicción universal

#### 2.1.1 Concepto y orígenes de jurisdicción universal

Lo primero que se debe señalar, es que no existe un concepto unívoco de jurisdicción universal, pues no existe un instrumento normativo a nivel internacional que lo defina. Ni siquiera las legislaciones nacionales que consagran expresamente este criterio competencial para el juzgamiento de

determinados delitos se han preocupado de señalar claramente cuál es su contenido. Como consecuencia de ello, si tenemos que no existe acuerdo sobre su contenido, con mayor razón hay confusión sobre su alcance y aplicación, cuestión que como analizaremos más adelante, ha acarreado una serie de problemáticas en los países donde se ha utilizado.

Así las cosas, debemos referirnos a las definiciones que se esbozan por la doctrina nacional y comparada, así como a las opiniones de diversos organismos interesados en este tema, que han llegado a un cierto consenso en la materia.

El concepto más difundido a propósito del principio de jurisdicción universal o de justicia mundial hace referencia a la potestad de un país soberano de procesar penalmente un delito que nada tiene que ver con él. Un delito cometido fuera de su territorio, en el que ni imputado ni víctima son naturales de esa nación, y no hay vínculo especial del Estado con el crimen<sup>106</sup>.

En palabras de la Cruz Roja Internacional “la jurisdicción universal permite a una jurisdicción conocer de crímenes, independientemente del lugar en que se cometieron y de la nacionalidad del autor o de la víctima. Se aplica a una serie de actos delictivos que todos los Estados, por motivos de interés de orden

---

<sup>106</sup> CASSEL,D., 2005. Jurisdicción Universal Penal. Revista de ciencias penales, N°1. México, editorial Tlalpan. p.33

público internacional, pueden o deben reprimir, debido a la gravedad de los crímenes, y a la importancia que la comunidad internacional da a su represión”<sup>107</sup>.

En nuestro derecho, ETCHEBERRY señala que el principio de universalidad se fundamenta en la idea de la existencia de una comunidad jurídica internacional y de que el objeto del Derecho Penal es la protección de los Derechos Humanos, más que de las soberanías estatales. Concluye que el derecho a juzgar se fundamenta en la sola circunstancia de que el delincuente se encuentra bajo su jurisdicción y en que no ha sido ya juzgado en otra parte. A su vez, LUIS COUSIÑO MAC IVER, señala: “el principio de universalidad, llamado también de la Ubicuidad y de la Justicia Mundial, sostiene que existen ciertos delitos que hieren bienes jurídicos que constituyen el patrimonio de todos los países, de tal manera que sus autores deben ser juzgados por la nación que los capture”<sup>108</sup>.

En un esfuerzo por establecer un concepto definitivo de jurisdicción universal, diversos académicos y juristas crearon el año 2000 el texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, en el cual establecen que “se entiende por jurisdicción universal una jurisdicción penal sustentada

---

<sup>107</sup> SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 2013. Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra [en línea] Génova, Suiza <[www.cicr.org](http://www.cicr.org)> [consulta: 1 de diciembre 2014]. p.1

<sup>108</sup> LLEDÓ, R. 2000. Derecho Internacional Penal. Santiago, Chile, Editorial Congreso P.56



exclusivamente en la naturaleza del delito, con prescindencia del lugar en que éste se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o todo otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción”<sup>109</sup>.

En la misma línea, los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional, de marzo de 2002, señalan que “La competencia universal es el derecho del Estado de perseguir judicialmente y juzgar al presunto autor de una infracción, sea cual sea el lugar de la infracción, la nacionalidad o la residencia del presunto autor o de la víctima.”<sup>110</sup>

Si bien este mecanismo de atribución de competencia penal ha tenido mayor protagonismo a partir de la década de 1990, y principalmente a partir del bullado caso Pinochet que analizaremos en lo sucesivo, sus orígenes se remontan a los siglos XVI y XVII, en las concepciones iusnaturalistas de teólogos y juristas españoles. De todas formas, la mayoría adjudica su primera formulación precisa a HUGO GROCIUS, quien señaló en su libro *De iure belli ac pacis* que “los soberanos, y aquellos que están investidos con un poder igual al de los soberanos, tienen derecho a castigar no sólo las injurias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también aquellas que no les conciernen

---

<sup>109</sup>Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal. A/56/677 (4 de diciembre de 2001), disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html>>

<sup>110</sup> Disponible en <[http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02\\_sp.pdf](http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02_sp.pdf)> [consulta:1 de diciembre de 2014]

especialmente que son, para cualquier persona, graves violaciones de la ley natural o de las naciones (...). Los soberanos, junto a la responsabilidad de sus particulares dominios, tienen a su cargo el cuidado de la sociedad humana en general”<sup>111</sup>.

Es preciso señalar que en un primer momento, este principio estaba ligado a los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, pues se empleaba cuando se cometían delitos en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, y por tanto, quedaban ajenos a cualquier tipo de sanción. El ejemplo clásico es la piratería, pero también encontramos tipos penales como el comercio de esclavos, el daño a cables submarinos, entre otros. Luego, su aplicación comenzó a extenderse por vía convencional a aquellos delitos que por su naturaleza se cometían en el ámbito internacional, y que para efectos de facilitar su persecución penal y evitar su impunidad, se autorizaba a todos los Estados signatarios del tratado a juzgar las conductas. En este sentido se utilizaba como principio de “ubicuidad”, pues el delito se entendía cometido en todos los Estados parte, y por tanto una vez que el sujeto fuera aprehendido en el territorio de cualquiera de ellos, se podía comenzar el juzgamiento en caso de no dar lugar a la extradición. Ejemplos relativos a lo que acabamos de exponer, los encontramos en la Convención de la Haya para la Protección de

---

<sup>111</sup> CONDE-PUMPIDO, C. 2004. La justicia universal en la jurisprudencia española [en línea] <dadun.unav.edu/bitstream/10171/14479/1/PD\_51\_03.pdf>P.15

Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado<sup>112</sup>, Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas<sup>113</sup>, la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes<sup>114</sup>, la Convención Única sobre Estupefacientes<sup>115</sup>, etc.

Fue a partir de la Segunda Guerra Mundial, tras los horrores cometidos por el régimen nazi, que comienza a gestarse la idea de extender el principio de jurisdicción universal a los “crímenes internacionales” con el objeto de proteger los derechos humanos. Tras los juicios de Nuremberg de 1945 surge el concepto de delitos universales o crímenes internacionales, reservado para aquellas conductas delictivas más graves que atentan contra los intereses amparados y protegidos por toda la comunidad internacional. De ahí que, en principio, se legitime a todos los Estados miembros de dicha comunidad para perseguirlos y sancionarlos, tal como se profundizará más adelante. Según las palabras del profesor CASSEL, dentro del desarrollo histórico de la jurisdicción universal podemos encontrar un fuerte impulso en el movimiento en pro de los derechos humanos de la segunda mitad del siglo XX, y principalmente a partir de la detención del general Pinochet en Londres<sup>116 117</sup>, pues ha permitido

---

<sup>112</sup>Convención de la Haya para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, 14 de mayo de 1954, art.28.

<sup>113</sup>Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, abierta a la firma en Nueva York el 14 de diciembre de 1973, art.3.

<sup>114</sup>Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 17 de diciembre de 1979, art.5.

<sup>115</sup>Convención Única sobre Estupefacientes, Nueva York, 30 de mayo de 1961, art.36.

<sup>116</sup>CASSEL, D. *Op.cit.* p.35

concretar y propagar la aplicación del principio de jurisdicción universal en esta materia, ya sea por vía convencional o consuetudinaria, y ha ido ampliando el catálogo de crímenes que se pueden perseguir y sancionar por esta vía.

Desde una perspectiva jurisprudencial, el primer precedente en esta materia lo encontramos en el denominado caso Lotus del año 1927, en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional debía pronunciarse sobre la posible aplicación extraterritorial de la ley turca, como consecuencia de un choque en alta mar entre la embarcación francesa Lotus y la embarcación turca Boz-Kourt, en el que fallecieron ocho ciudadanos turcos. Sin referirse expresamente a la jurisdicción universal, la Corte reconoce la posibilidad de aplicar la ley de Turquía a un hecho ocurrido fuera de sus fronteras, sólo haciendo referencia a la falta de una norma prohibitiva en el ámbito internacional que lo impidiera. Así, el fallo señala que:

[...] La primera y principal limitación que impone el derecho internacional a los Estados es que, a falta de una regla permisiva en contrario, un Estado

---

<sup>117</sup> Este autor identifica cuatro grandes impulsos dentro del desarrollo histórico de la jurisdicción universal, a saber: 1) Alta mar. La piratería y comercio de esclavos se cometen sobre todo en alta mar, fuera de cualquier territorio nacional. Si se limita la jurisdicción penal, por ejemplo, a los Estados donde compran o venden esclavos, muchos piratas y comerciantes ilícitos podrían evadir la justicia. De allí la razón de ser de la jurisdicción universal penal: combatir los crímenes atroces que de otro modo tienden a caer en la impunidad; 2) Las atrocidades del régimen nazi en la segunda guerra mundial. De allí el concepto de crímenes de lesa humanidad nacido en Nuremberg en 1945, el convenio contra el genocidio de 1948 y los convenios de Ginebra de 1949; 3) Terrorismo internacional. Entre 1970 y 2000, se pactaron una docena de tratados globales que autorizan la jurisdicción universal sobre varios actos de terrorismo internacional; 4) El movimiento en pro de los derechos humanos, de la segunda mitad del siglo XX. **En:** CASSEL, D. *Op.cit.* p.35.

no puede ejercer de ninguna forma su poder en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; ella no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio, excepto en virtud de una regla permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención.

De esto no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a los Estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación relacionada con hechos que ocurran en el extranjero. Una posición contraria sólo podría sostenerse si el derecho internacional impusiera sobre los Estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre las personas, los bienes y los actos que están fuera de su territorio, y si, como una excepción a esta prohibición general el derecho internacional permitiera a los Estados hacerlo sólo en determinados casos. Pero, ciertamente, esto no es lo que ocurre en el derecho internacional, tal como éste se presenta hoy en día [...]

Como podemos advertir, existen dos ámbitos de aplicación muy claros de la jurisdicción universal: uno, relativo a aquellos delitos de connotación internacional pero ajenos a las violaciones a derechos fundamentales, cometidos por individuos o pequeños grupos de particulares, respecto de los cuales existe un consenso entre los Estados en que deben perseguirse en base al principio de universalidad o de ubicuidad, para procurar así su castigo y evitar

las dificultades en la captura y juzgamiento de los culpables; y el otro, relacionado a lo que denominamos anteriormente “crímenes internacionales”, esto es, conductas que constituyen un grave atentado a los derechos humanos protegidos internacionalmente, cometidos generalmente por miembros del aparato estatal de turno, y que también autorizan la persecución por parte de los tribunales internos de todos los Estados miembros de la comunidad internacional.

Desde ya hacemos la prevención de que nuestra investigación, en virtud de su extensión y del objeto de análisis que hemos fijado en el capítulo primero, se centrará fundamentalmente en la segunda tipología de ilícitos penales, dejando de lado aquellos instrumentos internacionales que regulan este principio en relación a los delitos del primer tipo.

#### 2.1.2 Jurisdicción universal y otros criterios de atribución competencial extraterritorial: análisis de sus fundamentos y elementos diferenciadores para su aplicación práctica

Lo primero que debemos señalar para estos efectos es que cada Estado tiene la capacidad de decidir el alcance de su propia actividad de persecución penal, determinando los criterios procesales que legitimarán a sus tribunales

(en mayor o en menor medida) en el juzgamiento de las diversas conductas consideradas punibles.

Las diversas aristas de esta cuestión, se estudian a propósito de lo que denominamos doctrinariamente teoría de los efectos de la ley penal en el espacio, que permite determinar y limitar la vigencia de las normas punitivas de un determinado ordenamiento jurídico a través de cuatro criterios o principios fundamentales, a saber:

- El principio de territorialidad: con arreglo a este criterio, los Estados son competentes para enjuiciar los hechos cometidos dentro de sus fronteras, independientemente de la nacionalidad de su autor, de la víctima o de los intereses lesionados con la conducta punible.
- El principio de nacionalidad o personalidad: en conformidad con el cual, la ley de un Estado sigue a sus nacionales al lugar en que se encuentren, prescindiendo por lo tanto del lugar en que se ha ejecutado el hecho criminal. Este principio reconoce, a su vez, una doble dimensión: el principio de personalidad activa, cuando un Estado se atribuye la competencia para perseguir hechos cometidos por sus nacionales fuera de su territorio soberano; y el principio de personalidad pasiva, cuando se va a juzgar una conducta lesiva de bienes jurídicos de un nacional, pero cometida en el extranjero.

- El principio real, de defensa o de protección: según el cual los tribunales de un país determinado pueden declararse competentes para la persecución de delitos que afectan intereses estatales, sobre todo aquellos considerados más relevantes.
- Principio de universalidad, ubicuidad o de justicia universal, que como ya señalamos, permite a los tribunales estatales aplicar su ley penal a un hecho cometido fuera de sus fronteras respecto a ciertos delitos, con prescindencia de la nacionalidad del autor, de la víctima, y de los bienes jurídicos que resulten vulnerados.

La superposición de estos principios puede dar lugar a que más de un tribunal sea competente para conocer del asunto, o bien, que ninguno de ellos reclame su competencia. Ejemplo de lo primero puede darse en el siguiente caso hipotético: un acto de genocidio cometido en Chile, por un ciudadano de Argentina, entre cuyas víctimas de encuentren nacionales de Perú, y que huya del país refugiándose en Bolivia. Un ejemplo de la segunda hipótesis podemos encontrarlo cuando se cometen delitos en territorios no sujetos a la soberanía del un Estado particular. Estos posibles conflictos de competencia y los mecanismos que se han utilizado para solucionarlos, serán abordados en mayor profundidad en el apartado cuatro del presente capítulo; por el momento sólo nos dedicaremos a analizar en abstracto cada uno de los principios y los fundamentos de su existencia y aplicación.



La regla primaria de atribución de competencia es la de territorialidad, pues se trata de una consecuencia lógica del principio de soberanía de los Estados, reconocido como criterio fundamental de las relaciones internacionales en el actual orden global, y que está limitado, a su vez, por las fronteras nacionales.

Es por ello que existe acuerdo generalizado en que la prioridad del ejercicio de la jurisdicción penal corresponde a los tribunales del lugar donde los crímenes se cometen, tanto en los ordenamientos jurídicos internos como en el ámbito internacional. Esto se produce con mayor razón cuando se trata de crímenes graves como los de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cuyo enjuiciamiento, por su propia naturaleza, resulta extremadamente complejo e implica, en muchos supuestos, a un número elevado de autores, de víctimas y de testigos desplazados, con frecuencia, del lugar de los hechos<sup>118</sup>.

Si bien esta es la regla general y preferente, no puede ser exclusiva. Existen innumerables supuestos en que los tribunales del lugar de comisión de los hechos no podrán o no querrán pronunciarse sobre el asunto, sobre todo cuando estamos en presencia de delitos como el genocidio, crímenes de guerra

---

<sup>118</sup>PIGRAU,A. 2009. La jurisdicción universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales. Barcelona, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Cataluña. p.71

y crímenes de lesa humanidad, que en la mayoría de los casos son perpetrados por orden o con la tolerancia del gobierno de turno. Además, *a contrario sensu*, hay casos en que un Estado puede tener pretensiones de pronunciarse sobre asuntos que ocurren más allá de sus fronteras, por estar involucrados distintos intereses que se consideran relevantes de tutelar. Es por ello que se reconocen los 3 criterios restantes, esto es, el principio de personalidad, el principio real o de protección y el principio de universalidad como formas de juzgamiento extraterritorial de las conductas punibles.

Pese a que proceden en hipótesis diversas y que tienen fundamentos distintos, muchas veces existe confusión sobre cuál de los principios extraterritoriales se deben aplicar por los tribunales cuando conocen un caso concreto, sobre todo cuando los elementos de unos y otros son concurrentes frente a un mismo delito, y la legislación nacional exige ciertos criterios adicionales para ejercer la jurisdicción universal.

En ese sentido, tenemos que el principio personal y el principio real o de protección, son supuestos en los que el Estado extiende sus propias competencias más allá de sus fronteras por motivos distintos a los que inspiran el principio de justicia universal. En el primer caso, el Estado pretende juzgar a los autores cuando, entre otras cosas, se hayan refugiado en el país después de delinquir en otro, o cuando el autor de un delito se encuentra en su territorio

tras haber cometido una conducta en el extranjero contra una víctima nacional; el principio de protección, en cambio, se basa en la pretensión de extender la autoprotección del Estado más allá de los límites territoriales, eso si, sólo ejercitable si resulta reconocida por el país del lugar de comisión del hecho punible<sup>119</sup>.

Por su parte, la jurisdicción universal se basa en la idea de que determinados crímenes son tan perjudiciales para los intereses internacionales que los Estados están autorizados (y en algunos casos incluso obligados) a entablar una acción judicial contra el perpetrador, con independencia del lugar donde se haya cometido el crimen o la nacionalidad del autor o de la víctima, pues los tribunales nacionales estarían legitimados en cuanto miembros de la comunidad internacional.

En estos casos, CHERIF BASSIOUNI señala que en el ejercicio de la jurisdicción universal, un Estado actúa en representación de la comunidad internacional en una forma equivalente al concepto romano de *actio popularis*. El Estado que ejerce jurisdicción actúa en representación de la comunidad internacional porque tiene un interés en la preservación del orden global como

---

<sup>119</sup> GARCÍA, M. 2000. El principio de justicia universal. En: Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet. Valencia, Tirant lo Blanch. p.65

miembro de dicha comunidad<sup>120</sup>. No se trata, por tanto, de una extensión extraterritorial de la competencia, sino del ejercicio de una soberanía propia, obtenida como “delegación” de una soberanía supranacional que se admite en relación a determinados bienes jurídicos del mismo carácter, de la que cada miembro de la comunidad internacional es titular primario.

Para aclarar este punto, citaremos un ejemplo conocido: los crímenes internacionales cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet en nuestro país afectaron en su gran mayoría a ciudadanos chilenos. Sin embargo, en razón de la jurisdicción universal, todos los Estados miembros de la comunidad internacional podrían (en principio) perseguir y sancionar las conductas cometidas por altos funcionarios del régimen y demás militares como parte de esta política de Estado entre los años 1973 y 1989, pues por la naturaleza de estos delitos, además de provocar un daño directo a un grupo de personas o un colectivo con características étnicas, religiosas y/o políticas determinadas, por otro lado causa un daño por vía de representación a toda la humanidad, pues presume que tal tipo de hechos socava la dignidad misma de todos individuos por el mero hecho de cometerlo, a pesar de que no estén involucrados directamente los nacionales de sus respectivos países<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup>CHERIF, M. 2001. Jurisdicción universal para los crímenes internacionales: perspectivas históricas y prácticas contemporánea [en línea]  
<[www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/45.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/45.pdf)> p.7

<sup>121</sup> SOSA, J. Jurisdicción Universal, Corte Penal Internacional y delitos de lesa humanidad [en línea]

En este marco se inscribe el principio de justicia (o jurisdicción) universal, que supone un paso más allá respecto de las actividades mera cooperación entre Estados para la persecución de delitos. En efecto, los instrumentos de cooperación mediante los cuales los Estados se prestan asistencia mutua para la persecución de hechos delictivos suponen ya un reconocimiento de interés supranacional en la represión de la delincuencia y se concretan, básicamente, en los acuerdos sobre extradición, cooperación procesal y policial o reconocimiento de sentencias extranjeras, etc., destinados a compensar los límites de la actuación territorial de los Estados, pero no tienen necesariamente su razón de ser en el reconocimiento de unos bienes jurídicos asumidos como propios por la comunidad internacional<sup>122</sup>.

Como podemos ya vislumbrar, este principio se refiere a dos cuestiones básicas de carácter complementario: por un lado, la reglamentación del principio estructural encarnado en el Derecho internacional de los derechos humanos, relativo a la prohibición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (justicia universal); y, por el otro, la función de distribución u ordenación de competencias y de estructuración de la cooperación realizadas desde el Derecho internacional para hacer efectivo el anterior principio

---

[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=120&Itemid=65](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=120&Itemid=65)>. P.225

<sup>122</sup>GARCÍA, M. *Op.cit.* p.64

estructural (jurisdicción universal). No se trata, por lo tanto, exclusivamente de un título de atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la comunidad internacional (competencia universal), sino que se vincula con la dimensión funcional del sistema internacional en la ordenación de ámbitos en los que el Derecho internacional atribuye potestades o competencias y legitima la actuación de los Estados conforme a los procedimientos de cooperación previstos en él, desautorizando la invocación de “injerencia en asuntos internos” que pudiera ser alegada por el Estado requerido<sup>123</sup>.

A propósito de esto, resta aclarar dos confusiones comunes que se dan en torno a los principios antes enunciados. La primera dice relación con la confusión entre el alcance universal que se le puede dar a la persecución de una conducta en base a las dos primeras teorías jurisdiccionales extraterritoriales (personalidad o protección) y la propia jurisdicción universal. Así, tenemos que la legislación penal de un Estado particular puede extenderse a un hecho ocurrido en cualquier lugar del mundo, siempre que exista una conexión o nexo jurídico con la conducta, ya sea la nacionalidad del perpetrador o la víctima, o el impacto territorial de la conducta prescrita extraterritorialmente; esto escapa del concepto de jurisdicción universal, pues no responde a la

---

<sup>123</sup> JIMENEZ, F. 2002. Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el derecho internacional?. **En:** Anuario de Derecho Internacional, vol. XVIII, Universidad de Navarra. p.73

naturaleza del ilícito y exige un factor de conexión que, en principio, no es un presupuesto de la jurisdicción universal.

Tampoco el hecho de que la conducta sea condenada universalmente implica que la jurisdicción universal es aplicable a dicha conducta<sup>124</sup>. Si bien la falta de certeza conceptual en esta materia se extrapola a los delitos susceptibles de ser considerados sujetos a la jurisdicción universal (cuestión en la que ahondaremos latamente al analizar sus fuentes normativas), podemos señalar desde ya que la jurisdicción universal como tal sólo se reserva a los crímenes más graves de trascendencia internacional y a aquellos que por su naturaleza se desarrollan en el ámbito internacional.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar la precisión que muy acertadamente hace MERCEDES GARCÍA ARÁN cuando señala que si bien el principio de justicia universal se establece como una importante excepción al principio básico de territorialidad de la ley penal, pues se aplica a hechos cometidos fuera de sus fronteras, en realidad se destina a complementar la aplicación territorial, en el sentido de que pretende compensar sus limitaciones, interviniendo cuando se dificulta o impide la persecución del delito<sup>125</sup>. Esto, porque la finalidad última de la jurisdicción universal es fortalecer la responsabilidad penal internacional, reduciendo al mínimo la posibilidad de que

---

<sup>124</sup>CHERIF, M. *op. cit.* p.12

<sup>125</sup>GARCÍA, M. *Op.cit.* p.65

un autor de crímenes de esta naturaleza se procure impunidad aprovechándose de los vacíos que pueda encontrar en las normas nacionales e internacionales.

### 2.1.3 Distinciones que deben realizarse respecto a la jurisdicción universal: el concepto de jurisdicción universal “pura” y la máxima “*aut dedere, aut judicare*”

Antes de continuar con el análisis relativo a este principio, debemos despejar dos de las principales fuentes de confusión en torno a la jurisdicción universal, a saber: la distinción que la doctrina ha postulado en torno a la jurisdicción universal “pura”, para diferenciarla de aquella que está revestida de otros criterios para poder comenzar con la persecución penal de un crimen de derecho internacional; y la relación existente entre este principio y la fórmula “*aut dedere, aut judicare*”. Ambas cuestiones se analizan en esta parte de la investigación pues las consideramos de fundamental importancia para continuar con una revisión clara y ordenada de este tema.

#### 2.1.3.1 jurisdicción universal “pura” y criterios adicionales para el juzgamiento de los crímenes internacionales

En esta materia, es preciso partir señalando que la distinción surge como consecuencia de las diversas interpretaciones y alcances que se le ha dado al



concepto jurisdicción universal en los países en que ha recibido un reconocimiento legislativo, ya sea expreso o tácito. Al concepto se han sumado distintas escalas de profundidad, y es por ello que necesitamos indagar en cada una de ellas para distinguir el real contenido de la jurisdicción universal, y separar aquella tipología de situaciones que sólo se parecen a ella.

Cuando hablamos de “jurisdicción universal pura o verdadera”<sup>126</sup>, nos referimos al concepto enunciado al comienzo del capítulo, desprovisto de cualquier otro requisito adicional, es decir, a la jurisdicción sólo basada en la naturaleza del ilícito penal internacional, que no exige ningún vínculo de conexión con la conducta perpetrada fuera de las fronteras del país en cuestión. Por lo tanto, no atiende a la nacionalidad del autor ni de la víctima, no requiere afectación de un interés nacional, y tampoco exige la presencia del imputado en el territorio del Estado que va a conocer del asunto. Para los adherentes a este concepto de jurisdicción universal, el sólo hecho de cometer un delito susceptible de ser considerado “universal” autoriza a los tribunales nacionales de cualquier Estado miembro de la comunidad internacional para iniciar su juzgamiento, o solicitar la extradición si el sujeto está fuera de su territorio. Algunos autores hablan de “jurisdicción universal *in absentia*” para describir este tipo de jurisdicción, pero este término se puede confundir con la posibilidad de un “juicio en ausencia”, lo que no tiene relación con este tema, y que

---

<sup>126</sup>Otras denominaciones con las que se ha identificado son jurisdicción universal absoluta, ilimitada o incondicional.

además resulta incompatible con el sistema de protección de los derechos humanos.

En los casos en que se exigen requisitos adicionales para estar en presencia de este tipo de jurisdicción, hablamos de “jurisdicción universal limitada, relativa o condicional”. Para identificar los casos que se han presentado en la práctica estatal en torno a este tema, nos remitiremos íntegramente a lo señalado por SIENHO YEE, quien distingue entre:

- *“Universal concern plus presence jurisdiction”. This is illustrated by a State unilaterally asserts jurisdiction over a non-national who is present in that State for crimes of universal concern that have occurred in a foreign State. This is not universal jurisdiction properly so called, as the presence of suspect may justify this form of jurisdiction as “territorial”, to some extent, or “nationality” when the presence of the suspect is prolonged so as to assimilate it to nationality. When the presence of the suspect is fleeting (such as a weekend visit) or brief (such as a medical visit), such an exercise of jurisdiction gives rise to different characterizations: some call it universal jurisdiction, while others claim that this is jurisdiction with some connection. If the absence of a link between the crime and the prosecuting State is the essence of universal jurisdiction, then a fleeting presence of the suspect in the prosecuting State may not disqualify the assertion of jurisdiction as that of universal jurisdiction. However, to the*

*extent that the law about a State asserting jurisdiction based on brief presence is made clear, notice would have been given to any potential suspect. If he or she still comes to that State, voluntarily making that connection, such an exercise of jurisdiction can be considered “non-universal”, definitely not “pure universal concern jurisdiction”.*

- *“Universal concern plus treaty and presence jurisdiction”. This situation is similar to Situation 2, with the added obligation or right from a treaty to assert jurisdiction on that basis. An illustration would be a treaty allowing parties to exercise jurisdiction over a national of a third State, if present in the prosecuting State, for crimes of universal concern that have occurred in a third State.*
- *“Universal concern plus treaty, presence and intra-regime territoriality or nationality jurisdiction”. This is similar to and narrower than Situation 3, with the added requirement that the suspect or the crime must be related to a party to the treaty setting up the regime in terms of territoriality, nationality or victim nationality. An illustration of an intra-regime nationality link would be a treaty allowing party A to the treaty to prosecute suspect B, a national of party C to the treaty, who is present in A, for crimes of universal concern that have occurred in State D, a non-party to the treaty. An illustration of an intra-regime territoriality link would*

*be a treaty allowing party A to the treaty to prosecute suspect B, a national of a third State (non-party to the treaty), who is present on the territory of party A, for crimes allegedly took place on the territory of party C to the treaty*<sup>127</sup>.

Las anteriores situaciones descritas por el autor se suelen denominar como condiciones necesarias para el “ejercicio razonable” de la jurisdicción extraterritorial. Entre ellas, la primera es la más similar a la “jurisdicción universal pura” y la más común en las legislaciones nacionales que establecen la jurisdicción universal<sup>128</sup>. De hecho, algunos Estados han sostenido en el seno de las Naciones Unidas, en conjunto con cierta parte de la doctrina que, “como norma general, la jurisdicción universal sólo podía ejercerse dentro de su jurisdicción si el autor estaba presente en su territorio en el momento de iniciarse el procedimiento judicial oficial”<sup>129</sup>. Es decir, algunos piensan que es un criterio implícito, aunque no esté contemplado en el tratado internacional o en la

---

<sup>127</sup>SIENHO, Y. 2001. Universal jurisdiction: concept, logic, and reality. [en línea] Chinese Journal of International Law. <[www.chinesejil.oxfordjournals.org](http://www.chinesejil.oxfordjournals.org)> [consulta: 1 de diciembre]

<sup>128</sup> Es ampliamente mayoritaria la exigencia, en las legislaciones nacionales, de algún tipo de conexión territorial del acusado con el Estado que va a ejercer jurisdicción universal. En algunos pocos casos se requiere la residencia habitual, como ocurre con Bélgica, Malta, Reino Unido o Suiza; en otros, basta la presencia del acusado en el territorio, como en el caso de Canadá, Argentina, Dinamarca, Croacia, Costa Rica, Países Bajos, Portugal, Sudáfrica, República del Congo, Suecia, entre otros. En esta última hipótesis, a veces se requiere la presencia del presunto autor del crimen en el momento de interponer la denuncia inicial o de abrir procedimiento y, en otros, se requiere la presencia del acusado durante el curso del juicio. En: PIGRAU, A. *op.cit.* p. 69

<sup>129</sup> Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. Resolución A/65/181 (29 de julio de 2010), disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html>> p.6

legislación nacional que consagra la jurisdicción universal, y que debe concurrir para efectos de iniciar la persecución penal.

En este sentido, se pronuncia el Institute of International Law (IDI) en su Resolución del año 2005 sobre “Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crime against humanity and war crimes”, señalando en su apartado 3 letra b) lo siguiente:

*“Unless otherwise lawfully agreed, the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions:*

*b) Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender”.*

Si bien la presencia del presunto autor en el territorio suele ser el factor común exigido para dar lugar a la jurisdicción universal, no es un criterio pacífico en la doctrina, pues algunos autores y algunos fallos siguen considerando que este elemento no se contempla en el ámbito internacional, y que además supone desnaturalizar el principio, alterando la esencia de la

jurisdicción universal que está desprovista de cualquier factor de conexión con la conducta punible, incluso la presencia del imputado.

Así, por ejemplo, los jueces Higgins, Kooijmans and Buertgenhal, miembros de la Corte Internacional de Justicia, en el denominado caso “*Arrest Warrant*” de febrero de 2002, señalan sobre la ausencia de este requisito en el derecho internacional:

*“45. That there is no established practice in which States exercise universal jurisdiction, properly so called, is undeniable. As we have seen, virtually national legislation envisages links of some sort to the forum State; and no case law exists in which pure universal jurisdiction has formed the basis of jurisdiction. This does not necessarily indicate, however, that such an exercise would be unlawful. In the first place, national legislation reflects the circumstances in which a State provides in its own law the ability to exercise jurisdiction. But a State is not required to legislate up to the full scope of the jurisdiction allowed by international law. (...) Further, many countries have no national legislation for the exercise of well recognized forms of extraterritorial jurisdiction, sometimes notwithstanding treaty obligations to enable themselves so to act. National legislation may be illuminating as to the issue of universal jurisdiction, but not conclusive as to its legality. Moreover, while none of the national case law to which we have referred happens to be based on the exercise of a universal jurisdiction properly so called, there is equally*

*nothing in this case law which evidences an opinion juris on the illegality of such a jurisdiction. In short, national legislation and case law - that is, State practice - is neutral as to exercise of universal jurisdiction.*

*56. Some jurisdictions provide for trial in absentia; others do not. If it is said that a person must be within the jurisdiction at the time of the trial itself, that may be a prudent guarantee for the right of fair trial but has little to do with bases of jurisdiction recognized under international law.*

*57. On what basis is it claimed, alternatively, that an arrest warrant may not be issued for non-nationals in respect of offences occurring outside the jurisdiction? The textual provisions themselves of the 1949 Geneva Convention and the First Additional Protocol give no support to this view. The great treaties on aerial offences, hijacking, narcotic and torture are built around the concept of aut dedere aut prosequi. Definitionally, this envisages presence of the territory. There cannot be an obligation to extradite someone you choose not to try unless that person is within your reach. National legislation, enacted to give effect to these treaties, quite naturally also may make mention of the necessity of the presence of the accused. These sensible realities are critical for the obligatory exercise of aut dedere aut prosequi jurisdiction, but cannot be interpreted a contrario so as to exclude a voluntary exercise of a universal jurisdiction.*

*58. If the underlying purpose of designating certain acts as international crimes is to authorize a wide jurisdiction to be asserted over persons*

*committing them, there is no rule of international law (and certainly not the out dedere principle) which makes illegal co-operative overt acts designed to secure their presence within a State wishing to exercise jurisdiction*<sup>130</sup>.

Por su parte, en el bullado caso “Genocidio en Guatemala” que analizaremos con detención más adelante, una parte minoritaria de los jueces miembros del Tribunal Supremo de España dejan de manifiesto en su voto particular el rechazo a este requisito adicional, y exponen lo siguiente:

“La resolución mayoritaria considera que la generalidad de la norma<sup>131</sup> suscita interrogantes, y sugiere la conveniencia de establecer criterios correctores a través de otros principios de derecho internacional, para evitar la apertura generalizada de procedimientos por estos delitos cualquiera que fuese el lugar de comisión [...].

OCTAVO: La necesaria presencia de los responsables del delito en el territorio español es el otro criterio de atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles que reconoce la resolución mayoritaria, para el supuesto de que las víctimas del Genocidio no sean ciudadanos españoles. Esta restricción la deduce la resolución mayoritaria del análisis de una serie de Convenios internacionales, ajenos al supuesto de genocidio, pero que

---

<sup>130</sup>Sentencia Corte Internacional de Justicia, caso “*Arrest Warrant*”, con fecha 14 de febrero de 2002 (opinión separada conjunta de los jueces Rosalyn Higgins, Pieter Kooijmans y Thomas Buergenthal) [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>>.

<sup>131</sup> Se refiere al Art.23.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España, que consagra el principio de jurisdicción universal.



considera que actúan como límite de lo prevenido en el art.23.4 de la LOPJ, dada la referencia a los convenios que se contiene en el último apartado de dicho precepto [...].

Por otra parte los tratados establecen obligaciones internacionales de ejercicio de la propia jurisdicción en determinados supuestos, que constituyen un mínimo obligatorio y no un máximo. Por ello, no puede deducirse de los mismos una prohibición genérica de ejercicio de la Jurisdicción Universal frente a responsables que no se encuentren en el territorio nacional. De otro modo, en ningún caso podría recurrirse a la solicitud de extradición, que tan eficaces resultados ha proporcionado para evitar la impunidad, y que expresamente preveía para estos supuestos la Ley Orgánica de 1870. En consecuencia la apertura de un procedimiento para la persecución penal de un delito contra la comunidad internacional conforme a lo prevenido en el art.23.4º de la LOPJ no exige necesariamente la presencia de los responsables del delito en España. Esta presencia sólo es necesaria para su enjuiciamiento, al no ser conforme al ordenamiento español el enjuiciamiento en rebeldía de estos crímenes”<sup>132</sup>.

Creemos correcto en este punto, hacer una distinción entre dos supuestos diferentes: por un lado, tenemos el concepto de jurisdicción universal, que

---

<sup>132</sup> Sentencia Tribunal Supremo (España), Sala de lo Penal, Rol: 803/2001, con fecha 25 de febrero de 2003 (Voto de minoría) [en línea] <[http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-STG-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-falta-competencia-\(Anulada\).htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-STG-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-falta-competencia-(Anulada).htm)

esencialmente está desprovisto de cualquier factor de conexión y que funciona como criterio competencial que faculta a los tribunales nacionales para poder iniciar (eventualmente) la persecución de un ilícito penal en base a la jurisdicción universal; y, por el otro, está el ejercicio mismo del juzgamiento en base a este principio, que sí puede estar sujeto a la necesidad de la presencia del imputado en el territorio del Estado que va a conocer del asunto. En este sentido se han pronunciado los participantes del proyecto de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, que dentro de su primer principio han señalado lo siguiente:

#### Principio 1 - Fundamentos de la jurisdicción universal

1. A los fines de los presentes Principios, se entiende por jurisdicción universal una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, con prescindencia del lugar en que éste se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o todo otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción.
2. La jurisdicción universal podrá ser ejercida por un órgano judicial competente y ordinario del Estado a fin de enjuiciar a una persona debidamente acusada de la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, a condición de que el acusado esté presente ante ese órgano judicial.

3. El Estado podrá invocar a la jurisdicción universal como fundamento para solicitar la extradición de una persona acusada o condenada de la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, a condición de que haya demostrado *prima facie* su culpabilidad y de que la persona cuya extradición se requiere haya de ser juzgada o la pena haya de ser aplicada conforme a las normas y criterios internacionales de protección de los derechos humanos en el contexto de un juicio penal<sup>133</sup>.

Cabe precisar que, si bien se está recurriendo a un criterio que funciona como factor competencial distinto al de universalidad, como es, por ejemplo, el de nacionalidad, en ese caso sólo se exige como elemento adicional para legitimar a la jurisdicción universal, no funciona de manera autónoma. En otras palabras, el criterio conforme al cual los tribunales nacionales van a conocer de los crímenes internacionales sigue siendo el de universalidad, estará conociendo en razón de la naturaleza del mismo, por su atentado a los bienes jurídicos de carácter internacional; lo que sucede es que se exige adicionalmente una conexión clara con el país que va procesar al sujeto, con el objetivo de limitar la jurisdicción universal y así impedir que exista un ejercicio abusivo de la misma.

---

<sup>133</sup> Los factores relacionados con las situaciones dos y tres son más cuestionados aún, pues van un paso más allá en búsqueda de un ejercicio razonable de la jurisdicción universal. Sobre todo se critica la tercera hipótesis, que no sería jurisdicción universal en el verdadero sentido pues se relaciona (y para algunos se confunde) con los demás factores de competencia extraterritorial, especialmente con el de nacionalidad.

Estas exigencias adicionales suelen estar en el ámbito del derecho interno de los estados, son prerrogativas establecidas en las leyes nacionales para el ejercicio la jurisdicción universal, no para determinar su contenido, por lo tanto cabe aquí la misma distinción ya señalada *supra* en los Principios de Princeton. Esto, en la medida que los Estados son completamente libres y soberanos para determinar dentro de sus fronteras los requisitos que van a establecer para el ejercicio de la actividad jurisdiccional de sus propios tribunales, sobre todo después de que han debido enfrentar una serie de dificultades que la práctica judicial ha evidenciado con la aplicación de la jurisdicción universal “pura”. Incluso, ha ocurrido que los tribunales nacionales, en silencio de una ley que lo establezca, han exigido alguna conexión suficiente que justifique su pronunciamiento respecto a un asunto determinado, , en el entendido de que es un requisito que emana de normas consuetudinarias de derecho internacional<sup>134</sup>.

Podemos observar de forma más patente esta situación en los dos países que establecían este principio en sus ordenamientos internos sin ninguna restricción, como son Bélgica y España, y que han experimentado en el último tiempo reformas legislativas que han restringido el ejercicio de la jurisdicción

---

<sup>134</sup> Esto señaló el Tribunal Supremo de España al pronunciarse sobre el caso “Genocidio en Guatemala”, en el entendido de que era una exigencia derivada de un criterio de racionalidad y respeto al principio de no intervención. Para más detalles, consultar en: PIGRAU, A. *Op.cit.* p.114

universal. Estas restricciones no sólo están ligadas a la nacionalidad de la víctima, sino que se ha recurrido a otras como el interés en el pronunciamiento del asunto o la necesidad de que una autoridad formule una petición o de su consentimiento. Cuando analicemos la situación actual de este principio, nos referiremos con más detalle a esta materia que es fundamental para vislumbrar el futuro de este principio.

Sin embargo, el hecho de que las legislaciones o los tribunales nacionales estén legitimados para establecer estos criterios adicionales para el ejercicio de la jurisdicción universal dentro de sus territorios, no los excluye de la crítica por la desnaturalización del principio, y del riesgo de diluir la efectividad de la jurisdicción universal. Una parte de la doctrina, apoyada por cierta jurisprudencia y por la opinión de organismos internacionales como la Cruz Roja Internacional, siguen en la idea de que en el ámbito internacional, donde tiene su fuente principal el principio, no existen estos requisitos adicionales a la jurisdicción universal, y que no deben ser exigidos por los tribunales al momento de conocer de un asunto, pues se corre el riesgo de procurar la impunidad de los autores, que precisamente es el fin que se busca evitar.

Son partidarios de esta idea, y la explican de una manera mucho más elocuente, los jueces suscriptores del voto particular en el caso Genocidio en

Guatemala, ventilado ante el Tribunal Supremo de España. Sobre este punto, exponen lo siguiente:

[...] En el fundamento undécimo de la resolución mayoritaria se descarta el ejercicio de la jurisdicción española en relación con el genocidio denunciado porque ninguna de las víctimas es de nacionalidad española y ninguno de los culpables se encuentra en el territorio español. Estima la sentencia mayoritaria que estos son los criterios de atribución de la jurisdicción española en estos casos. Pero lo cierto es que se trata de unos criterios que no aparecen en absoluto en el precepto legal.

SÉPTIMO: La necesidad de que las víctimas del genocidio sean españolas como requisito para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por el delito de genocidio resulta manifiestamente antagónica con lo dispuesto en el art.23.4º, pues es unánimemente conocido que este precepto no se funda en lo absoluto en principio de personalidad pasiva. Lo relevante es la naturaleza del genocidio, como delito contra la comunidad internacional (así lo califica el Código Penal de 1995, en el título XXIV de la parte especial), y no el de nacionalidad de las víctimas. Por otra parte, se trata de una exigencia que deja prácticamente sin contenido la persecución del genocidio como delito extraterritorial.

[...] La afectación de las víctimas y los intereses españoles, en el ámbito supuesto de un genocidio, puede actuar sin embargo como nexo de conexión con un interés nacional, que refuerce las razones que justifican que la

jurisdicción española acepte el conocimiento de un asunto. Pero, en todo caso, la jurisdicción se ejerce conforme al art.23.4º a) de la LOPJ, en aplicación del principio de justicia universal, abarcando por tanto la actuación genocida en sentido propio.

Por ello, cuando se afirma que la jurisdicción española únicamente sería competente para el conocimiento de un delito de genocidio si el genocidio se realizase contra españoles, se está aplicando un principio de interés nacional que no tiene nada que ver con la consideración de delito contra la comunidad internacional que nuestra propia legislación interna atribuye al genocidio <sup>135</sup>.

#### 2.1.3.2 “*aut dedere, aut judicare*” versus jurisdicción universal

Para desarrollar este tema en conflicto, debemos partir señalando cuál es el contenido de la frase latina “*aut dedere, aut judicare*”. Este aforismo jurídico cuya formulación se le adjudica a HUGO GROCIO<sup>136</sup>, significa de manera literal “extraditar o juzgar”, y se utiliza comúnmente para designar la obligación alternativa que tiene un Estado concerniente al presunto autor de una conducta

---

<sup>135</sup>Sentencia Tribunal Supremo (España), Sala de lo Penal, Rol: 803/2001, con fecha 25 de febrero de 2003 (Voto de minoría) [en línea]

<[http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-ST5-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-falta-competencia-\(Anulada\).htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-ST5-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-falta-competencia-(Anulada).htm)> p. 19

<sup>136</sup> Hugo Grocio, en su clásico “*De Iure Belli ac Pacis*” postula el precedente inmediato de esta frase, bajo la fórmula “*aut dedere, aut punire*”. La diferencia fundamental entre ambos conceptos radica en los términos más permisivos que utiliza la máxima más moderna, en no que hay una obligación de castigar necesariamente como consecuencia de la infracción a las normas. Además, contempla el supuesto en que el presunto autor de la conducta sea declarado inocente.

punible cometida dentro o fuera de sus fronteras y “(...) que figura en una serie de tratados multilaterales orientados a lograr la cooperación internacional en la represión de determinados comportamientos delictivos”<sup>137</sup>.

Si bien esta máxima está relacionada directamente con el tema de la extradición, cuestión que por la extensión de esta investigación no nos abocaremos a desarrollar, también está íntimamente ligada a la jurisdicción universal. Esto, en la medida de que el Estado decida por cualquier motivo calificado no conceder la extradición de un sujeto, pues en ese caso, se deberá recurrir a la segunda parte del enunciado, es decir, estará obligado a ejercer jurisdicción. En consecuencia, el criterio que utilizará el tribunal nacional para poder pronunciarse sobre la conducta que no se ha perpetrado dentro de su territorio generalmente será la universalidad o la ubicuidad, cuando además el delincuente no sea nacional del Estado requerido, ni las víctimas lo sean, ni tampoco exista un interés nacional afectado que se quiera proteger extraterritorialmente.

Aquí radica la principal fuente de confusión, pues muchos autores suelen asimilar por completo la máxima “*aut dedere, aut judicare*” con la jurisdicción universal, indicándola como su principal fuente normativa; sin embargo, debemos ya advertir que esta correspondencia no es absoluta. A continuación,

---

<sup>137</sup> CHERIF, M. y WISE, E.M. 1995. *Aut dedere, aut judicare: The duty to extradite or the prosecute in international law*. Londres, Martinus Nijhoff Publishers. p.3



pasaremos a enumerar cada una de las diferencias que a nuestro juicio se pueden advertir entre ambos supuestos, base necesaria para determinar posteriormente cuáles son las reales fuentes de la jurisdicción universal:

- En primer lugar, la jurisdicción universal es solo un criterio de competencia, que no supone por sí sola la obligación de someter un caso a un posible juicio. En ese sentido, la jurisdicción universal se distingue claramente de la obligación de extraditar o juzgar, cuya aplicación está sujeta a las condiciones y limitaciones establecidas en el tratado que contiene la obligación.
- En segundo lugar, la fórmula “*aut dedere, aut judicare*” que se establece en un tratado internacional puede operar con independencia de la jurisdicción universal, es decir, el “*judicare*” puede aplicarse en base a cualquiera de los criterios competenciales, no sólo en base al principio de universalidad. Tal como se señala en el informe sobre el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal del Secretario General de las Naciones Unidas, elaborado en el marco del sexagésimo quinto período de sesiones, “la jurisdicción universal supone la aplicación de un criterio de atribución de la competencia, mientras que la obligación de extraditar o juzgar era una obligación que se cumplía cuando el acusado era extraditado o cuando el Estado decidía enjuiciar a un acusado sobre

la base de cualquiera de los fundamentos de la jurisdicción. [...] Los Estados partes en esos tratados estaban obligados, en virtud de una obligación impuesta por el tratado, a establecer la jurisdicción penal sobre la base del principio de la territorialidad o de la nacionalidad e, incluso cuando hubiera discrecionalidad, los instrumentos en cuestión fundaban la jurisdicción en el principio de personalidad pasiva, en el principio de protección, o en el hecho de que los delitos habían sido cometidos por una persona apátrida con residencia habitual en el Estado en cuestión”<sup>138</sup>. Por lo tanto, el criterio competencial que utilizará el Estado obligado a juzgar, dependerá del contenido del tratado en que se encuentre la máxima.

- En tercer término, la obligación de extraditar o juzgar se puede establecer para delitos cometidos en el ámbito internacional distintos de los susceptibles a la jurisdicción universal, en los términos que la definimos al comienzo de este capítulo. Es decir, bajo la prisma del “*aut dedere, aut judicare*” se puede establecer una obligación de sancionar cualquier tipo de delito, siempre que esté consagrado convencionalmente; en cambio, la jurisdicción universal, como ya señalábamos, está reservada sólo para las conductas más graves de trascendencia internacional, que afectan bienes jurídicos del mismo

---

<sup>138</sup>Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. Resolución A/65/181 (29 de julio de 2010), disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html>> p.7

carácter, y respecto de los cuales la comunidad internacional tiene un particular interés en perseguir y sancionar. Por tanto, en el primer caso, los tribunales del Estado del foro deberán juzgar al sujeto como consecuencia de la obligación que contraen al firmar y ratificar el tratado sobre uno o más delitos en específico, no como consecuencia necesaria del principio de jurisdicción universal. A mayor abundamiento, en el mismo informe citado anteriormente, se concluye que, aunque el Estado parte en el que se encuentra el autor del delito tenga la obligación de enjuiciarlo o extraditarlo, el fundamento de la jurisdicción emana de la obligación de penalizar los delitos previstos en el tratado y establecer la jurisdicción sobre la base de los fundamentos indicados en el tratado. El principio “*aut dedere aut judicare*” por sí solo no establece la jurisdicción universal respecto del delito previsto en el tratado<sup>139</sup>.

- Finalmente, la máxima “*aut dedere, aut judicare*” tiene un origen típicamente convencional, o, lo que es lo mismo, está establecida principalmente en el derecho de los tratados<sup>140</sup>. En cambio, la obligación o facultad de aplicar la jurisdicción universal puede provenir de un tratado internacional, así como también puede provenir de la costumbre

---

<sup>139</sup> *Ibid*

<sup>140</sup> Si bien el origen de la máxima suele ser convencional, se ha discutido últimamente su carácter consuetudinario en el marco de las Naciones Unidas, específicamente por la Comisión de Derecho Internacional. Para un mayor desarrollo de este tema, consultar la Resolución A/68/10, disponible en <[http://legal.un.org/ilc/reports/2013/all\\_languages/a\\_68\\_10\\_s.pdf](http://legal.un.org/ilc/reports/2013/all_languages/a_68_10_s.pdf)>

internacional de manera exclusiva, o bien, podría incluso tener su fuente en la ley nacional íntegramente, aunque esto último podría ser más discutido para los crímenes internacionales relacionados a los derechos humanos.

#### 2.1.4 Presupuestos de aplicación y alcance del principio: delitos susceptibles de jurisdicción universal y fuentes normativas

Habiendo ya justificado la legitimación de la jurisdicción universal como criterio de atribución de competencia, y diferenciada claramente de las otras formas de juzgamiento extraterritorial, debemos abocarnos ahora a la tarea de identificar los delitos que en derecho internacional están autorizados para ser perseguidos por esta vía, y las fuentes normativas que reconocen su existencia y la posibilidad de aplicación.

Ya hemos señalado que la jurisdicción universal está reconocida como tal en atención a la naturaleza de los ilícitos penales, y por tanto reservada sólo para aquellos delitos más graves que vulneran los valores universales de la humanidad, pero ¿qué delitos merecen esta especial calificación?

Desde ya señalamos que no existe un catálogo taxativo y consensuado a nivel internacional que establezca los crímenes que se entenderán sujetos a

esta especial forma de juzgamiento, lo que obstaculiza de entrada su aplicación práctica y se utiliza por sus detractores como un argumento de peso para socavar sus cimientos. Es por ello, que han existido múltiples esfuerzos por determinar de forma más o menos certera el listado de delitos susceptibles de ser sancionados a la luz de la jurisdicción universal.

En este sentido, los Principios Princeton<sup>141</sup> instan a considerar como “delitos graves de derecho internacional” a: 1) la piratería; 2) la esclavitud; 3) los crímenes de guerra; 4) los crímenes contra la paz; 5) los crímenes de lesa humanidad; 6) el genocidio; y 7) la tortura.

Por su parte, el *Committee on International Human Rights Law and Practice*<sup>142</sup>, en su informe final del año 2000, reconoce como “*Human rights offences subject to universal jurisdiction*” al genocidio, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y tortura. Sin embargo, no excluye la posibilidad de que este catálogo pueda aumentar debido a nuevas convenciones con alcances universales, como podría ocurrir con la desaparición forzada de personas, cuando no se enmarca dentro de un delito de lesa humanidad.

---

<sup>141</sup> Principio 2: Delitos graves de derecho internacional. Cabe agregar que esta enumeración no es taxativa, pues en su numeral 2º el mismo principio señala que no se deben excluir otros delitos de derecho internacional que puedan ser susceptibles de jurisdicción universal. Disponible en: <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html>> [consulta:1 de junio 2015]

<sup>142</sup> International Law Association, London conference. 2000. Final Report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human right offences. Committee on International Human Rights, Law and Practice. Disponible en: <<http://www.ila-hq.org/>>

En el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado en 1996, se sugirió que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes contra las Naciones Unidas y contra el personal asociado, están sujetos a jurisdicción universal<sup>143</sup>.

Siguiendo una línea similar a las señaladas anteriormente, se ha pronunciado el *Institute of International Law* en su resolución de 2005 sobre esta materia<sup>144</sup>, prescribiendo:

*“3. a) Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or non international armed conflict”.*

En un tiempo más reciente, el Informe A/65/181 de la Secretaría General de las Naciones Unidas de 29 de julio de 2010, en el que se recopilan las opiniones de diversos Estados sobre el alcance y la aplicación del principio de jurisdicción universal, da cuenta de la falta de uniformidad que aún subsiste en

---

<sup>143</sup>*Idem*, p.4

<sup>144</sup> Institute of International Law, Krakow sesión. 2005. Resolution of universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes. Disponible en: <[www.idi-iiil.org/idiE/.../2005\\_kra\\_03\\_en.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiE/.../2005_kra_03_en.pdf)>

la materia. Concluye que la mayoría de los Estados reconoce a la piratería como delito susceptible de jurisdicción universal, tanto en relación a las normas internas como en razón al derecho consuetudinario, pero que no ocurre lo mismo con las conductas lesivas de los Derechos humanos. Señala concretamente lo siguiente:

“Algunos gobiernos observaron que el derecho consuetudinario extendía también la jurisdicción universal a otros delitos como la esclavitud, el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes contra la paz y la tortura, mientras que otros mencionaban además la prohibición del *apartheid*. En otras observaciones se sostuvo la posición ligeramente diferente de que, si bien la jurisdicción universal se extendía a los delitos graves de trascendencia internacional, como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, el ejercicio de la jurisdicción en otros casos se basaba en el tratado o en el estatuto y, por consiguiente, sólo obligaba a las partes en dicho tratado o estatuto. No obstante, se reconoció que algunos Estados aprobaban leyes internas para reivindicar la jurisdicción extraterritorial respecto de esos delitos y se adujo que la legalidad de esa legislación se basaba en la jurisdicción universal”.

Si bien, como pudimos constatar, no existe un acuerdo generalizado sobre el número de delitos cuya gravedad permite la aplicación del principio de jurisdicción universal, a lo menos podemos observar que existe cierto consenso respecto a

los crímenes internacionales o delitos universales objeto de esta investigación, es decir, sobre el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Cabe agregar que, la doctrina internacional suele acompañar un calificativo adicional a la hora de hablar de estos tres crímenes internacionales; identifica a esta categoría de ilícitos como “crímenes internacionales *ius cogens*” para denotar que todos ellos suponen un ataque a los valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, y con ello, una violación del *ius cogens* o una especie de norma similar a este género<sup>145</sup>. La intención de los autores es loable, y tiene por objeto dar una categoría superior a este tipo de crímenes internacionales, con el objeto de facilitar así su reconocimiento por parte de los Estados, y, propiamente, de sus tribunales. Sin embargo, debemos advertir que este paralelismo no es del todo acertado, pues las normas de *ius cogens* tienen un objeto que difiere al de los crímenes internacionales. Así, BLANC ALTEMIR señala que no debe hacerse una asimilación total entre estos conceptos, básicamente por dos razones. Primero, porque la categoría de obligaciones internacionales cuya violación constituye un crimen internacional es más restringida que la referida a las normas de *ius cogens*, o, lo que es lo mismo,

---

<sup>145</sup> Recordemos que la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, en su art. 53, define a una norma imperativa de Derecho Internacional General o *Jus Cogens* como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una 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.



las normas de *ius cogens* son más amplias que los crímenes internacionales. Y, en segundo lugar, porque el proceso mediante el cual la comunidad internacional en su conjunto reconoce una norma de Derecho Internacional como norma de *ius cogens*, es independiente del proceso por el cual reconoce ciertos hechos internacionalmente ilícitos como crímenes internacionales. Sin embargo, concluye, coinciden en lo esencial<sup>146</sup>.

La pregunta que cabe hacer ahora es, ¿cuáles son las fuentes de jurisdicción universal para estos crímenes internacionales *ius cogens*?. Para estos efectos, y con el objeto de hacer una exposición lo más sistemática posible, vamos a distinguir entre:

- Al derecho penal internacional convencional, verificando la existencia y número de tratados o convenciones multilaterales que contemplen su aplicación.
- Al derecho penal internacional de orden consuetudinario, que permita aplicar (o no) la jurisdicción universal en ausencia de una norma expresa.
- La legislación penal nacional, que permita expresamente a los tribunales internos del Estado pronunciarse sobre ciertos delitos en ausencia de cualquier factor de conexión con la conducta punible.

---

<sup>146</sup> LLEDÓ, R. *Op. cit.* p.165

Respecto a la primera fuente, esto es, el derecho penal internacional convencional, debemos partir haciendo una prevención. Muchas veces, los autores que tratan esta materia suelen dar un catálogo muy abultado de convenciones que establecen el principio de jurisdicción universal<sup>147</sup>. Sin ir más lejos, el profesor M. CHERIF BASSIOUNI señalaba ya en el año 1990 que existían alrededor de 200 tratados que consagraban este principio. Sin embargo, como ya lo hemos venido señalando, debemos acotar el estudio a aquello que realmente tiene relación con la jurisdicción universal, y separar aquello que si bien está relacionado con la materia, no debe ser confundido con ella. Además, debemos excluir aquellos delitos internacionales sujetos a la jurisdicción universal, pero que no revisten el carácter de crímenes internacionales por no estar relacionados a las violaciones a los derechos fundamentales, pues eso escapa al objeto de esta investigación<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Sin el afán de ser taxativos, los autores han mencionado como ejemplos de convenios que consagran la jurisdicción universal: los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977; la Convención de la Haya para la Protección de Bienes Culturales de 1954; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada en 1984; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, elaborada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979; la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional, aprobada en 1971 por la OEA; la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid de 1973; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada en 1994; la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989; la Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, de 1973.

<sup>148</sup> Así lo señalamos *supra*, al momento de definir cuál de los ámbitos de aplicación de la jurisdicción universal íbamos a desarrollar en este trabajo. En razón de ello, se excluyen todos los denominados delitos o crímenes internacionales a secas.

Lo que suele suceder, es que se señalan como fuentes internacionales convencionales todos los tratados multilaterales que establecen el principio “*aut dedere, aut judicare*”, sin distinguir aquellos casos en que esta máxima funciona de manera independiente a la jurisdicción universal y para delitos internacionales distintos de los crímenes de derecho internacional. Ambas cuestiones están ligadas, pues se mencionan una serie de tratados que regulan delitos internacionales de distinta índole, desde la Convención contra la Tortura hasta la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, financiación y el entrenamiento de mercenarios, pasando además por temáticas tan variopintas como la esclavitud; el tráfico ilegal de drogas y sustancias peligrosas; el secuestro de aeronaves; la destrucción y/o robo de tesoros nacionales y herencia culturales; entre muchos otros<sup>149</sup>. Sin embargo, en ellas sólo se establece la obligación de juzgar o extraditar, no necesariamente se consagra el criterio competencial de jurisdicción universal, que como señalábamos anteriormente, puede o no concurrir en la especie según si las legislaciones nacionales lo establecen como criterio competencial válido, y siempre en la medida que no apliquen los demás criterios extraterritoriales.

Por lo tanto, sólo debemos hacer referencia a aquellas convenciones internacionales que regulan crímenes internacionales *ius cogens* y otros

---

<sup>149</sup>Estos y otros ejemplos son mencionados por el profesor M. Cherif Bassiouni. **En:** CHERIF, M. 2001. “Jurisdicción universal para...”. *Op.cit.* p.45 y siguientes

relacionados con ellos, sujetos realmente a la jurisdicción universal<sup>150</sup>. Bajo este supuesto, debemos mencionar: los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes, aprobada en 1984; la Convención internacional sobre la represión y castigo del crimen de apartheid de 1973; y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada en 1994.

En ninguna de las convenciones que hemos mencionado se hace una referencia explícita a la jurisdicción universal. Más bien se deduce de las obligaciones que contraen los Estados por esta vía, algunas de ellas más estrictas que otras. De hecho, en algunos casos se habla de la obligación de juzgar en base al principio de jurisdicción universal, y en otros de facultad.

Así, en los cuatro Convenios de Ginebra, se establece la obligación de perseguir y juzgar las “infracciones graves” en términos mucho más imperativos que en otros instrumentos internacionales, señalando en sus artículos 49, 50, 129 y 146 respectivamente:

“Artículo 49. Sanciones Penales. I. Generalidades

---

<sup>150</sup>En nuestra opinión, esta afirmación sobre la categoría de crímenes internacionales *ius cogens* como delitos sujetos a la jurisdicción universal, no excluye a otros delitos internacionales relacionados a los derechos humanos, que también atentan contra los bienes jurídicos protegidos por la comunidad internacional. Si se trata de delitos que igualmente se consideran atentatorios a la dignidad humana y cuya persecución toca a todos los Estados como consecuencia de ello, también estarán sujetos a la jurisdicción universal aunque no se hayan elevado la categoría de crímenes internacionales *ius cogens*, pues se cumplen los supuestos previstos en relación a la naturaleza del ilícito.

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”.

También se ha entendido que establece propiamente tal una obligación de juzgar (en caso de que no se proceda a la extradición, claro está), la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid, pues en su artículo IV prescribe:

“Artículo IV: Los Estados Partes en la presente Convención se obligan: b) A adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el

territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas”.

En la mayoría de los casos, en cambio, los convenios multilaterales sólo reconocen a la jurisdicción universal como facultativa, ya sea porque está redactada en términos más laxos, o porque recurre a una fórmula que indica que el texto de la convención no excluye ninguna competencia penal ejercida conforme a las leyes nacionales<sup>151</sup>. A modo de ejemplo, podemos mencionar lo dispuesto en el artículo 5º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes:

“Artículo 5.2: Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no concederá la extradición, con arreglo al artículo 8º, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

Aparte del fundamento convencional, es posible sostener un fundamento consuetudinario para legitimar la jurisdicción universal. Recordemos que para

---

<sup>151</sup> Sin embargo, y como bien advierte ANTONI PIGRAU, en la mayoría de los casos, esta facultad se convierte en obligación cuando el presunto autor del delito se encuentra en el territorio del Estado Parte en el Convenio, mediante la norma *aut dedere aut judicare*. **EN:** PIGRAU, A. *Op.cit.* p.27

determinar la concurrencia de la costumbre internacional<sup>152</sup>, deben verificarse en la especie sus dos elementos constitutivos, a saber: la existencia de una práctica estatal suficiente y una *opinio juris sive necessitatis*

En nuestro derecho, el profesor ALEJANDRO RIOSECO al tratar el tema de la formación de la costumbre, y en específico la formación de los precedentes (su primer elemento), concluye que la práctica estatal se puede observar en: 1) los Actos de los Estados, sean a) del Poder Ejecutivo y órganos de la administración; b) del Poder Legislativo; y c) del Poder Judicial. Asimismo, pueden emanar de 2) los Actos Interestatales y de órganos internaciones, que a su vez pueden provenir a) de varios Estados, de Conferencias Internacionales de Codificación o de tratados celebrados entre Estados; b) de actos de organizaciones internacionales; y c) de decisiones de órganos jurisdiccionales internacionales<sup>153154</sup>.

---

<sup>152</sup> La costumbre internacional puede ser descrita como “la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho”. En: DIEZ DE VELASCO, M. 2009. Instituciones de Derecho Internacional Público. Decimoséptima edición. Madrid, Editorial Tecnos. p.136

<sup>153</sup> RIOSECO, A. Apuntes de clases, cátedra Derecho Internacional Público. Fuentes del derecho internacional, en general y la costumbre en especial. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.24

<sup>154</sup> En la misma línea, pero en términos más generales, Manuel Diez de Velasco señala que esta conducta constante puede manifestarse de formas diversas: bien por la actuación positiva de los órganos de varios Estados en un determinado sentido, por leyes o sentencias internas de contenido coincidente, por la repetición de usos, por instrucciones coincidentes de los Gobiernos a sus agentes y funcionarios, por determinadas prácticas en el seno de las Organizaciones internacionales, etc. **En:** DIEZ DE VELASCO, M. *Op. cit.*p.138.

Por su parte, la *opinio juris* o elemento espiritual se conceptualiza como la convicción de que los sujetos internacionales se encuentran ante una norma obligatoria jurídicamente<sup>155</sup>. Según la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el denominado caso Plataforma Continental, hay *opinio juris* cuando las acciones de los Estados son “reflejo de la creencia de que esta práctica es obligatoria por la existencia de una norma de derecho que lo requiere. La necesidad de dicha creencia, esto es, la existencia de un elemento subjetivo, se encuentra implícita en la noción misma de la *opinio juris sive necessitatis*”<sup>156</sup>.

Por lo tanto, para verificar la existencia de costumbre internacional en esta materia, debemos analizar si existe suficiente evidencia de *opinio juris* y práctica a nivel nacional e internacional como para justificar la aseveración de que es una de las fuentes de la jurisdicción universal.

En primer lugar, nos referiremos a la práctica estatal, desde la perspectiva de la legislación interna de los Estados y en la práctica judicial de sus tribunales, para determinar si dicha práctica es suficiente para establecer un principio de derecho internacional consuetudinario de jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra, crímenes en contra de la humanidad y genocidio.

---

<sup>155</sup> RIOSECO, A. *Op. cit.* p.24

<sup>156</sup> Caso plataforma continental (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), 1985 I.C.J 13, 29-30. **En:** CHERIF, M. 2001. “Jurisdicción universal para...”. *Op.cit.* p.23



Lógicamente, por la extensión y pretensiones de la presente investigación, no haremos un análisis exhaustivo de la realidad que en este ámbito existe en todos los países alrededor del mundo. Sólo enunciaremos ejemplos representativos, principalmente en base a lo que los propios Estados han señalado en sus presentaciones a las Naciones Unidas, en el marco del estudio del “alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”<sup>157</sup>.

- a) En el caso de Alemania, la norma que acoge este principio es la ley de 26 de junio de 2002<sup>158</sup>, que rige para todos los delitos contra el derecho internacional que describe y legitima para estos delitos la validez del principio de justicia universal aún cuando la conducta se hubiere cometido en el extranjero y no presente relación con el territorio nacional<sup>159</sup>. Además, el parágrafo 6 del Código Penal Alemán, enumera dentro del catálogo de “hechos cometidos en el exterior contra bienes jurídicos protegidos internacionalmente”, ciertos delitos que pueden ser perseguidos en base al Derecho Penal Alemán, y dentro de ellos enumera el genocidio (número 1º) y cualquier hecho que se cometa en el

---

<sup>157</sup> Para estos efectos, nos basaremos principalmente en las siguientes resoluciones de la Secretaría General de las Naciones Unidas: A/65/181 de 2010; A/66/93 de 2011; A/67/116 de 2012; A/68/113 de 2013; y A/69/174 de 2014.

<sup>158</sup> Ley de Introducción del Código Penal Internacional. En su párrafo primero, que define su ámbito de aplicación, señala lo siguiente: “Esta ley rige para todos los delitos contra el Derecho Internacional descritos en ella, para los crímenes descritos en ella incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional. Luego, cuando enuncia dichos delitos, contempla expresamente al Genocidio (parágrafo sexto), Crímenes Contra la Humanidad (parágrafo séptimo), y distintas categorías de Crímenes de Guerra (desde el parágrafo octavo al décimosegundo).

<sup>159</sup> PEREZ-SERRANO, M. 2005. El principio de justicia universal. Especial referencia al caso Scilingo. Trabajo inscrito en el marco del Seminario de Derecho Penal “Superación del pasado a través del Derecho Penal”, organizado por el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. [en línea] <<http://www.cienciaspenales.net>> p.12

exterior, pero cuya persecución tenga como fundamento un convenio internacional obligatorio para la República Federal de Alemania (número 9º). Si bien no se recogen expresamente los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, la obligación de perseguirlos se considera *ius cogens*, y por tanto incorporado en el derecho alemán.

Hay pocos casos conocidos en la jurisdicción de este país en los que haya jugado un papel el principio de universalidad, algunos de los cuales son juicios contra traficantes<sup>160</sup>. En la materia que nos convoca, los juicios más relevantes se instruyeron en 1993, donde la Fiscalía Federal inició 130 sumarios contra serbobosnios, que terminaron en cinco condenas por genocidio, ratificadas finalmente por el Tribunal Constitucional Federal. Cabe destacar que, a pesar de los términos amplios en que está redactado en Código Penal Internacional en materia de jurisdicción universal, prescindiendo de cualquier punto de conexión entre el delito y el Estado Alemán, los tribunales germanos parecen haber elevado el umbral de exigencia para el ejercicio de la jurisdicción. En los casos planteados ante estos tribunales, en que se ha recurrido a este principio como criterio competencial, los tribunales han exigido lo que han dado en denominar “vinculo suficiente” con el Estado Alemán, a pesar de estar garantizada la presencia del presunto criminal en el

---

<sup>160</sup>*Id.* p.13

territorio nacional, todo con el fin de garantizar el respeto al principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

- b) Bélgica ha señalado reiteradamente en sus presentaciones a las Naciones Unidas que su legislación reconoce la jurisdicción universal. En un comienzo, en los años 1993 y 1999, Bélgica incorporó a su ordenamiento jurídico normas relativas a la represión de los crímenes de guerra, genocidio y los crímenes de lesa humanidad, en base a lo que hemos denominado “jurisdicción universal absoluta”, sin necesidad de ningún factor de conexión, incluso admitiendo la posibilidad de iniciar juicios *in absentia* y prescindir de las inmunidades diplomáticas. Esto permitió iniciar varios juicios fundados total o parcialmente en la jurisdicción universal, entre ellos, los más relevantes relacionados con los crímenes cometidos en Rwanda<sup>161</sup>.

Sin embargo, la amplitud de las disposiciones también trajo aparejadas varias problemáticas de orden político y diplomático, pues éstas llevaron a víctimas de todo el mundo a iniciar procedimientos penales ante los tribunales belgas; los ejemplos más emblemáticos son: la demanda contra Augusto Pinochet presentada en 1998 por un grupo de exiliados chilenos cuando ya estaba detenido en el Reino Unido; la orden de

---

<sup>161</sup> En la Resolución A/65/181 de la Secretaría de las Naciones Unidas, se expresa que hasta la fecha, Bélgica informó que se habían entablado cuatro juicios relacionados con actos cometidos durante el genocidio de 1994 en Rwanda ante la Cour d'Assises de Bruselas, con sentencias condenatorias por crímenes de guerra y genocidio, dictadas en los años 2001, 2005, 2007 y 2009 respectivamente. Se señaló también que dichas causas habían llegado a buen puerto gracias a la estrecha cooperación existente entre las autoridades judiciales de Bélgica y Rwanda.

detención emitida contra el entonces ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, Yerodia Abdoulaye; el caso relativo a la matanza de civiles en los campos de refugiados del Líbano en 1982, dirigida contra varios dirigentes Israelíes, entre ellos Ariel Sharon; la demanda presentada en el 2003 contra el entonces presidente George W. Bush y otros, por las presuntas violaciones al derecho internacional humanitario en Iraq, entre otros muchos. Para evitar que la justicia Belga se transformara en una especie de tribunal penal internacional, el 5 de agosto del 2003 se realiza una reforma legislativa a la anterior normativa vigente, las leyes de 1993 y 1999, modificando aspectos procedimentales para incoar acciones penales en Bélgica por los crímenes cometidos en el exterior. Algunas de las más importantes fueron: establecer como requisito para iniciar la etapa de instrucción, la solicitud del fiscal federal, que debía evaluar las denuncias y luego remitirlas al juez de instrucción; Se eliminó el procedimiento para entablar la acción civil de daños y perjuicios, con excepción de los casos en que el delito se hubiera cometido total o parcialmente en Bélgica, o en que el presunto autor del delito fuera belga o residiera principalmente en Bélgica; también se consagró normativamente el respeto a las normas de derecho internacional consuetudinario y de los tratados con respecto a la inmunidad de jurisdicción y ejecución.

c) España es quizás el país más representativo en la aplicación de este principio en la práctica. Varios casos se han sustanciado en base al artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que atribuye a los tribunales españoles, específicamente a la Audiencia Nacional, jurisdicción universal y competencia extraterritorial basada en el principio de personalidad activa. Cabe hacer presente que, esta norma sufrió una importante reforma el año 2009 en relación a esta materia<sup>162</sup>, pues se restringió normativamente la aplicación del principio de jurisdicción universal debido a una serie de críticas doctrinarias y jurisprudenciales derivadas de la aplicación de este principio de manera “pura”, desligada de cualquier conexión entre el ilícito y España. Actualmente, la redacción de la norma está establecida como sigue:

Podemos mencionar, a modo de ejemplo, como casos suscitados y admitidos a trámite por la Audiencia Nacional en virtud de la jurisdicción universal: las denuncias presentadas a partir de 1996 por la Unión Progresista de Fiscales, por delitos de genocidio y terrorismo, contra los miembros de las juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y

---

<sup>162</sup> Antes de la reforma legislativa, la norma consagraba, entre otros, el principio de jurisdicción universal “puro” o absoluto. Establecía expresamente lo siguiente: “igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera de territorio nacional susceptible de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupeficientes; g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; i) cualquier otro que, según tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido por España.

1983 y contra los responsables de los hechos cometidos en Chile desde el golpe de Estado de 1973. Dentro de éstas, los casos más relevantes son el Caso Pinochet, que tuvo su punto álgido con la detención del ex general en Londres en 1998, y el Caso Scilingo, que culminó con sentencia condenatoria en 2007 (ambos serán desarrollados en detalle *infra*); la querrela contra ocho políticos y militares de Guatemala, acusados de genocidio, tortura y terrorismo, que derivó en una enorme polémica entre los jueces del Tribunal Superior de España y los del Tribunal Constitucional relativa al alcance de la jurisdicción universal; el denominado caso China-Tíbet, en base a la querrela presentada en el año 2005 por diversos colectivos contra altos cargos de China, por el crimen de genocidio; el grupo Falun Gong ha interpuesto varias querellas ante la Audiencia Nacional por delitos de genocidio y tortura cometidos en China desde el año 1990 contra personas pertenecientes o simpatizantes a este colectivo (la primera en octubre de 2003, la segunda en septiembre de 2004, la tercera en noviembre de 2005, y la última en abril de 2007. Todas contra altos cargos del gobierno comunista Chino que se encontraban de paso en España); el 2005 el Foro Internacional para la Verdad y la Justicia en el África de los Grandes Lagos, con el apoyo de víctimas y familiares de víctimas, presentó ante la Audiencia Nacional una querrela contra sesenta y nueve miembros de alto rango del Frente Patriótico Ruandés y del Gobierno de

Ruanda, por crímenes de terrorismo, tortura, genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; el 2008 se formalizó una querrela contra el ex presidente de El Salvador Alfredo Cristiani Burkard y otros catorce antiguos oficiales y soldados del ejército salvadoreño por los cargos de crímenes de lesa humanidad y terrorismo, en el contexto del asesinato de ocho personas en la Universidad de Centro América José Simeón Cañas el 16 de noviembre de 1989; entre otros muchos ejemplos.

- d) El Salvador ha señalado en sus presentaciones a las Naciones Unidas que su legislación penal interna reconoce expresamente el principio de la jurisdicción universal, fundamentada en la idea de que algunos delitos deben ser condenados internacionalmente <sup>163</sup>. Ese principio se ha incorporado en el Código Penal vigente desde 1998, específicamente en el artículo 10, como parte de las normas que determinan la aplicación de la ley penal salvadoreña, para el procesamiento de personas por la comisión de delitos especialmente graves, cuando hay consecuencias que van más allá de la violación de los derechos de esa persona y afectan de manera ilícita a la comunidad en general <sup>164</sup>. Esta norma recoge las características propias de la jurisdicción universal, pues

---

<sup>163</sup>véase resoluciones [A/66/93](#) (párrafos 19 y 54), y [A/67/116](#) (párrafos 6 y 37)

<sup>164</sup> Artículo 10: "También se aplicará la ley penal salvadoreña a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña, siempre que ellos afectaren bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho internacional o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente".

permite perseguir delitos graves y puede aplicarse sin puntos de conexión territoriales o personales en relación con el agresor o la víctima. Para estos efectos, determinará la gravedad del delito la lesión a bienes jurídicos protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho internacional, o que puede afectar gravemente a los derechos humanos reconocidos universalmente. A diferencia de la legislación de otros países, la legislación salvadoreña no prevé una lista taxativa de los delitos respecto de los cuales puede aplicarse la jurisdicción universal, sino que ello dependerá de que los actos cometidos sean lo suficientemente lesivos para toda la comunidad internacional de acuerdo con los lineamientos previamente indicados.

- e) En Colombia no existe ningún precedente jurídico de una ley concreta o de una causa en que una persona haya sido juzgada o condenada en el marco del ejercicio de la jurisdicción universal. No obstante, es parte de diversos tratados que, en principio, prevén el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de ciertos actos que son contrarios al derecho internacional, generalmente sobre la base de la obligación convencional y la observancia el derecho internacional consuetudinario. En el mismo sentido, este país ha señalado que su Corte Constitucional ha reconocido expresamente la existencia y la posibilidad de aplicación de este principio, en la causa C-554 de 2001. En ella se señala:



(...) El artículo 17 del nuevo Código Penal consagra esta posibilidad en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 de la Carta Política, que establece que las relaciones exteriores de Colombia se fundan, entre otros aspectos, en los principios de derecho internacional aceptados por Colombia, en especial en el denominado principio de jurisdicción universal.

Este principio, de carácter consuetudinario, se encuentra consignado expresamente en varios convenios internacionales vinculantes para Colombia, como las Convenciones contra la Tortura, contra el Genocidio, contra el Apartheid y contra el tráfico ilícito de estupefacientes. También en múltiples acuerdos de cooperación judicial celebrados por nuestro país, que han sido refrendados por esta Corporación en el entendimiento de que la actividad de cooperación investigativa no acarrea *per se* la violación del *non bis in ídem* (...)<sup>165</sup>

- f) La opinión que ha manifestado el Reino Unido en el seno de las Naciones Unidas, ha sido en aprobación de la jurisdicción universal, a pesar del vacío que existe en su legislación interna. Expresamente ha declarado que, con arreglo al derecho internacional, la jurisdicción universal en su verdadero sentido (como jurisdicción nacional establecida respecto de un delito independientemente del lugar de su comisión, la nacionalidad del sospechoso o de la víctima u otros vínculos entre el

---

<sup>165</sup>Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. Resolución A/66/93 (20 de junio de 2011), disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html>>, p.12

delito y el Estado en que se sustancia la causa) únicamente aparece establecida de manera clara respecto de un número reducido de delitos concretos, a saber, la piratería y los crímenes de guerra, incluidas las violaciones graves a los Convenios de Ginebra. La jurisdicción universal es facultativa, a menos que exista una obligación basada en un tratado en que se prevea la sustanciación de causas por tales delitos, por ejemplo, como se establece en los Convenios de Ginebra respecto de las violaciones graves. El Reino Unido reconoce que hay, además, un reducido grupo de delitos que algunos Estados consideran que ponen en marcha la jurisdicción universal, como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, aunque existe falta de consenso internacional sobre la cuestión. Tales delitos no se basan en tratados en los que se prevé la jurisdicción universal. Por consiguiente será necesario realizar un detenido estudio de la práctica de los Estados y de la *opinio juris* para determinar si el derecho internacional consuetudinario los considera delitos sometidos a la jurisdicción universal y si se dan las condiciones necesarias para el ejercicio de dicha jurisdicción<sup>166</sup>.

Desde la perspectiva de la aplicación práctica, sólo existe un caso en que se ha llegado a una sentencia condenatoria, en el año 1999. Se trata del juzgamiento y condena a cadena perpetua de Anthony Sawoniuk por

---

<sup>166</sup>*Ibid.* p.11

crímenes cometidos en la Unión Soviética en 1942, a la luz de la War Crimes Act de 1991.

Más allá de estos pocos ejemplos, coincidimos con ANTONI PIGRAU en que, a partir de la década del 90`, la dinámica generada por la creación de los tribunales penales internacionales (...) ha supuesto un impulso indiscutible, no solamente, como ya se ha indicado, para su previsión creciente en las normas nacionales, sino también para su ejercicio por algunas jurisdicciones nacionales<sup>167</sup>.

Por otro lado está la *opinio juris*. Según DIEZ DE VELASCO, su forma de manifestarse, muy importante para la prueba de la misma, puede ser muy diversa: pero siempre se manifestará a través de la práctica de los Estados y otros sujetos, bien en las notas diplomáticas dirigidas a otros Estados, en una Conferencia diplomática por medio de sus delegados o al adoptar una resolución en el seno de una Organización internacional, entre otras posibilidades<sup>168</sup>. Algunos han llegado incluso a señalar que el Derecho internacional consuetudinario puede existir sin consideración a las prácticas de los Estados si hay una fuerte evidencia de *opinio juris*<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> PIGRAU, A. *op.cit.* p.38

<sup>168</sup> DIEZ DE VELASCO, M. *Op.cit.* p.139

<sup>169</sup> Para ellos, lo fundamental es la aceptación por los Estados en general de que la práctica de este principio es vinculante, independiente de que exista un reconocimiento expreso en el ámbito nacional o internacional. Sin embargo, muchos otros siguen considerando que ambos

Es por ello que, además de la práctica de los Estados, a la que acabamos de referirnos, juegan un papel muy relevante las opiniones que han emitido expertos en esta área del Derecho, en distintas esferas del concierto internacional. Las conclusiones a la que ellos han llegado, han quedado plasmadas en documentos tan trascendentes como los Principios de Princeton del año 2000; el Informe Final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal respecto a las graves ofensas a los Derechos Humanos, elaborado por el *Comitte On International Human Rights Law and Practice*, en el marco de la International Law Association; Los Principios de Bruselas contra la Impunidad y por la Justicia Internacional, adoptados por el Grupo de Bruselas por la justicia internacional; la Resolución del Institute of International Law, resultado de la sesión de Cracovia de 2005, relativa la competencia universal en materia penal relativa al crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, entre otras que no alcanzamos a abordar. Todos estos instrumentos se manifiestan a favor de la existencia y la posibilidad de aplicación de este principio respecto de los crímenes objeto de esta investigación, esto es, el genocidio, los crímenes de guerra, y los crímenes de lesa humanidad, no sólo en base a obligaciones de carácter convencional, sino propiamente consuetudinaria.

---

elementos deben concurrir copulativamente para originar la costumbre en torno a esta materia; ninguno de ellos se basta a sí mismo.

Asimismo, destaca sobremanera el papel desempeñado por las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la formación de la *opinio juris*. El Tribunal Internacional de Justicia lo ha confirmado plenamente en su dictamen de 1996 sobre “La legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares”. En dicho fallo, se expresa que<sup>170</sup>:

“ El tribunal observa que las Resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener un valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio juris*. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple con este recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una *opinio juris* en cuanto a su carácter normativo. Puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma”<sup>171</sup>

En este sentido, se tornan clave las Resoluciones que se han emitido por el Secretario General de las Naciones Unidas, sobre el Alcance y la Aplicación del Principio de Jurisdicción Universal en los últimos años. A partir del año 2010, han tomado fuerza los comentarios y observaciones que han hecho los Estados

---

<sup>170</sup> DIEZ DE VELASCO. *Op cit.* p.139

<sup>171</sup> Opinión Consultiva Corte Internacional de Justicia, relativa a “La legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares”, de fecha 8 de julio de 1996: pár.70.

en relación a este principio, pues en su mayoría se han mostrado favorables a su existencia y posibilidad de aplicación, al menos, respecto a los crímenes *ius cogens* que hemos definido, a pesar de no tener una normativa interna que lo recoja expresamente, ni existir una obligación a nivel internacional que dimanara de un tratado. Sin embargo, tampoco podemos obviar que estos informes también dan cuenta de una falta de uniformidad en todo lo que rodea a la jurisdicción universal, desde su concepto en adelante. Así y todo, podemos entender que la mayoría de los países que han realizado presentaciones en este ámbito, reconoce de manera general la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal en base a un mandato normativo que no siempre tiene un sustento. Así se puede apreciar al menos en las resoluciones A/65/181 de 2010, A/66/93 de 2011, A/67/116 de 2012, A/68/113 de 2013, y finalmente en la resolución A/69/174 de 2014.

Si bien los argumentos que hasta ahora hemos esbozado sobre la práctica estatal y la *opinio juris*, para muchos autores y organismos internacionales son suficientes a la hora de explicar la existencia de una fuente consuetudinaria respecto a la jurisdicción universal, dejamos en claro que no es una opinión pacífica. Para un cierto sector de la doctrina internacional, no es clara la existencia de una costumbre internacional en la materia, pues no se reunirían

todos los requisitos para configurarla, sobre todo desde la perspectiva de la práctica estatal<sup>172</sup>.

Quienes adhieren a esta postura, se apoyan en el voto separado de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el caso “Arrest Warrant” de 2001, en el que concluyen que en cuanto derecho a ejercer jurisdicción universal no existe en derecho internacional sino una norma emergente. Ellos señalaron expresamente que:

“Si bien no se puede afirmar la existencia de una regla positiva del derecho internacional que otorgue a los Estados el derecho a castigar a nacionales extranjeros por crímenes contra la humanidad de la forma en que lo están para, por ejemplo, castigar los actos de piratería, hay claros indicios de una evolución gradual de un principio significativo de derecho internacional a ese efecto”<sup>173</sup>.

Siguiendo este razonamiento, M. CHERIF BASSIOUNI señala que “la suma total de experiencias nacionales, ya sea en el ámbito legislativo o en la práctica

---

<sup>172</sup>En este orden de ideas se han manifestado M. Cherif Bassiouni, en su obra: Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea (véase en CHERIF, M. *op. cit.* p.46). Lo mismo ha expuesto Sienho Yee, en su obra: Universal jurisdiction: concept, logic, and reality (véase en SIENHO, Y. *Op cit.* p.520.

<sup>173</sup>FUENTES, X. 2004. La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional. Revista de Estudios de la Justicia N°4. p.128

judicial, no demuestra que la aplicación de la jurisdicción universal en la práctica estatal se haya elevado a nivel de derecho internacional consuetudinario”<sup>174</sup>.

Si bien no coincidimos plenamente con esa aseveración, si coincidimos con la que señala con posterioridad, y que permite arribar al mismo resultado, la legitimidad del principio de jurisdicción universal.

El autor señala que “el peso acumulado de las fuentes de derecho internacional, la legislación nacional y las prácticas judiciales pueden ser consideradas suficientes para concluir la existencia de la jurisdicción universal para crímenes *ius cogens* y aún otros de carácter internacional”<sup>175</sup>.

Por una parte, el derecho internacional convencional puede parecer insuficiente por sí mismo para legitimar la procedencia de los tribunales nacionales en base a la competencia universal, pues, como ya expusimos *supra*, no se consagra expresamente en ninguna convención internacional relativa a este tema, y la máxima *aut dedere, aut iudicare* (que suele ser su principal fuente) no está establecida en todos los tratados que dicen relación con estos crímenes, ella no supone exclusivamente jurisdicción universal, y no todos los crímenes internacionales tienen tratado especial.

---

<sup>174</sup> CHERIF, M. *Op. cit.* p.55

<sup>175</sup> *Id.* p.57



Por otro lado, la legislación nacional y la práctica judicial nacional pueden ser también consideradas insuficientes a la hora de establecer una práctica consuetudinaria internacional con respecto a la jurisdicción universal. Pero “esa práctica limitada, combinada con el gran número de Estados que tienen jurisdicción penal extraterritorial que también alcanza a personas acusadas de crímenes internacionales, puede constituir una base legal suficiente para concluir que existe a lo menos un deber de procesar o extraditar y, cuando corresponda, de castigar a las personas acusadas o condenadas de crímenes internacionales. Si se acepta esa proposición, entonces se sigue que cuando los medios jurisdiccionales disponibles no son efectivos, la jurisdicción universal debería ser aplicada”<sup>176</sup>.

## 2.2 Análisis comparativo de las ventajas, desventajas y límites asociados a la aplicación de este principio

Como mencionamos al comienzo de este capítulo, en un mundo idóneo no sería necesaria la existencia de la jurisdicción universal penal para juzgar crímenes como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Esto, en la medida que cada Estado juzgara efectivamente aquellos crímenes de interés nacional, y la comunidad internacional, por su parte, a

---

<sup>176</sup>*Id.* p. 56

través de las Naciones Unidas o de los tribunales internacionales, procesara a aquellos autores de los delitos de interés internacional.

Sin embargo, la realidad ha demostrado que no es así. Los Estados territoriales no suelen investigar y enjuiciar las violaciones graves de derechos humanos que se cometen a través de estos crímenes, o, no lo hacen de manera oportuna y adecuada. Como lo explica ANTONI PIGRAU, una de las principales razones radica en que tales crímenes no son cometidos por particulares aislados, sino que se perpetran cuando menos con la tolerancia, si no con la connivencia, la complicidad o la autoría directa de los órganos de uno o más Estados. Por tanto, como demuestran tantas experiencias concretas, no es extraño que precisamente el lugar de la comisión de los crímenes se convierta, cuando menos temporalmente, en un refugio seguro para los autores de los mismos, lo que se traduce en una ausencia de persecución penal y una impunidad para los mismos. El autor precisa que, a veces, ello se debe a la desaparición de una mínima estructura estatal capaz de llevar a cabo dicha persecución y, otras, las más, a la subordinación del poder judicial del territorio al mismo proceso político que ha comportado la comisión de los crímenes y, por tanto, a la ausencia de un poder judicial independiente. En algunos casos se produce además un blindaje legal, a través de medidas de amnistía que

imposibilitan la actuación de los jueces nacionales en la persecución de dichos crímenes<sup>177</sup>.

Por su parte, los tribunales internacionales tienen una serie de limitaciones previstas en sus propios estatutos para poder juzgar las conductas, las que muchas veces les impiden pronunciarse en un caso concreto.

Así las cosas, la aplicación del principio de jurisdicción universal es un elemento fundamental de justicia, una herramienta jurídica que permite combatir la impunidad a nivel internacional, reduciendo al mínimo las posibilidades de evitar un juzgamiento. Sin embargo, esta materia no ha estado exenta de críticas. De hecho, muchos de los tratadistas más sobresalientes a nivel internacional, y los mismos jueces que han aplicado el principio, advierten que hay una serie de objeciones y peligros asociados a su aplicación. También, y como consecuencia de lo anterior, se ha debatido largamente acerca de los límites que deben fijarse para efectos de subsanar las críticas asociadas a la jurisdicción universal, y que permitan a su vez gozar de todas sus bondades. A continuación, nos referiremos a los argumentos que se han esgrimido a la hora de hablar de estas materias, a saber, las ventajas, objeciones, peligros y límites a la jurisdicción universal.

---

<sup>177</sup> PIGRAU, A. *op.cit.* p.71

### 2.2.1 Ventajas: razones prácticas y morales de su existencia

En primer lugar, podemos mencionar que el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales internos de los Estados, les permite no sólo reivindicar sus propios valores e intereses, sino que les permite reivindicar también valores fundamentales de la comunidad internacional, principalmente los que atañen a la promoción y protección de los derechos humanos. En este sentido, la jurisdicción universal penal es necesaria “para servir de salvaguarda en los casos en los que ni la justicia nacional ni la justicia internacional funcionan de manera eficaz. En tales situaciones se necesita la participación de Estados ajenos, como agentes del orden público mundial, para evitar la impunidad de los graves crímenes internacionales”<sup>178</sup>.

Esta protección, que pueden brindar los tribunales internos de todos los países miembros de la comunidad internacional, será aún más eficaz para cumplir con su objetivo final de evitar la impunidad en la medida que la mayoría de ellos (o la totalidad) reconozcan expresamente este principio en sus derechos internos. En efecto, si una gran cantidad de Estados reconoce la jurisdicción universal como criterio de competencia para que sus tribunales puedan juzgar los crímenes internacionales acaecidos en el extranjero, sin la necesidad de ningún otro factor de conexión, no habrá ningún lugar seguro

---

<sup>178</sup> CASSEL, D. *Op.cit.* p.37

donde los criminales puedan huir y estar a salvo de un eventual juzgamiento, pues todos los tribunales del mundo estarían legitimados para iniciar una persecución penal, o bien, extraditar a los sujetos sin la necesidad de un requerimiento previo.

También debemos agregar como una de las principales ventajas, el hecho de que la existencia de este principio se ha transformado en innumerables ocasiones en la última esperanza para miles de víctimas impedidas de ejercitar sus derechos ante sus propios tribunales y también, ante la Corte Penal Internacional. Según GALAN MARTÍN, no se trata de dar lecciones a ningún país, sino de permitir a las víctimas la satisfacción de sus derechos que hasta ahora no había sido posible en sus respectivos países<sup>179</sup>. Como ya hemos precisado antes, en los tribunales internos existen trabas principalmente de orden político, ligadas a la falta de una democracia real o a la jerarquía de las personas involucradas; a su vez, en sede internacional, los impedimentos que enfrentan los casos ante la Corte Penal Internacional dicen relación principalmente con cuestiones de orden temporal y sustancial, pues la Corte sólo puede conocer de aquellos crímenes perpetrados después de su entrada en vigencia, y sólo de aquellos ilícitos expresamente previstos en su estatuto (específicamente, en su artículo 5º).

---

<sup>179</sup> PEREZ-SERRANO, M. *Op. cit.* p.11

Aquí también juega un rol importante el dilema que presenta el tema de la superación del pasado, pues algunos consideran oportuno no removerlo, y otros apuestan por abrir paso al futuro habiendo restaurado los derechos que fueron vulnerados. Esto se torna aún más controversial si es otro país el que va a conocer de los crímenes y va a juzgar las conductas cometidas (generalmente) en un contexto excepcional y de gran tensión política, pues se cree que esto viene a alterar los procesos de paz y reconciliación interna que pueden estar produciéndose dentro del país. Sin embargo, en esta materia prevalece la visión a favor del juzgamiento de los culpables en base a la jurisdicción universal, en el entendido de que la apertura de los procesos penales respecto a delitos que tuvieron lugar en el pasado “no implica reabrir heridas supuestamente cerradas, sino posibilitar que la construcción de la democracia se asiente firmemente sobre los principios de justicia y verdad y no sobre impunidades impuestas con las armas en la mano”<sup>180</sup>. Además, la experiencia de los casos de Chile y Argentina ha demostrado que el ejercicio de la jurisdicción universal, lejos de ser inútil e incluso perjudicial para las dinámicas de justicia en los países afectados, ha tenido un efecto positivo como elemento catalizador o, por lo menos, coadyuvante en los procesos de cambios en dichos países, aparte del efecto inmediato de la apertura de una investigación con el consiguiente acopio de pruebas que, en su caso, pueden

---

<sup>180</sup> *Ibid.*

ser transferidas, como así ha sido, con posterioridad a la jurisdicción de los países más directamente interesados<sup>181</sup>.

Un argumento diferente a veces presentado como una ventaja del ejercicio de la jurisdicción universal es su supuesto efecto disuasorio. Se ha señalado que, además de su efecto normal de reducir la impunidad y obligar a los autores a rendir cuentas, la jurisdicción universal puede ser un mecanismo útil para prevenir y desincentivar la comisión de algunos crímenes internacionales, y con ello acrecentar las perspectivas futuras de justicia y paz mundial, siempre que sea utilizada por un gran número de Estados y exista certeza de un castigo acorde a la entidad de las violaciones que se hubieren cometido.

Sin embargo, los expertos de la *International Law Association*, que elaboraron en el año 2000 el informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal respecto a las graves ofensas a los derechos humanos, ya advertían que, como siempre en el ámbito del Derecho Penal, este efecto no debe ser exagerado. Ejemplificaron esta afirmación de la siguiente manera:

*During the Second World War German atrocities continued to be committed unabated after the Allies had announced their intention to pursue the perpetrators “to the uttermost ends of the earth” and to deliver them to their*

---

<sup>181</sup> PIGRAU, A. *Op.cit.* p.125

*accusers. More recently, serious crimes on a massive scale continued to be committed in Kosovo after the Chief Prosecutor of the Yugoslavia Tribunal (ICTY) had announced her intention of investigating and prosecuting these crimes in a letter addressed to President Milosevic and other senior officers*<sup>182</sup>.

Por otra parte, desde el punto de vista procedimental, también podemos identificar una serie de ventajas en la aplicación de este principio: en primer lugar, su desarrollo ante tribunales permanentes y no *ad hoc*, lo que garantiza de mejor manera el acceso a la justicia y la continuidad en el juzgamiento; luego, y como consecuencia de lo anterior, tenemos la aplicación de normas preexistentes al delito, que aseguran mayor certeza en el juzgamiento y el respeto al principio fundamental en materia penal de irretroactividad de la ley. Además, el hecho de recurrir a un tribunal interno facilita el acceso real y directo de las víctimas al proceso, pues ellas suelen estar más familiarizadas con este tipo de justicia que con la de tribunales internacionales, ya sea por razones lingüísticas, procesales, logísticas, etc. Finalmente, podemos señalar que el juzgamiento por los tribunales nacionales evita, en principio, algunas de las cortapisas de corte político que limitan y condicionan la actividad de los tribunales internacionales (por ejemplo, la posibilidad de veto que tiene el

---

<sup>182</sup> International Law Association, London conference. 2000. Final Report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human right offences. Committee on International Human Rights, Law and Practice. Disponible en: <<http://www.ila-hq.org/>>.p.3



Consejo de Seguridad, reconocido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

### 2.2.2 Desventajas: razones políticas y procedimentales

Una de las primeras desventajas que se pueden advertir con la aplicación de la jurisdicción universal, es la afectación de las normales relaciones diplomáticas entre el país que va a conocer del juicio penal y el país de nacionalidad del autor de las conductas<sup>183</sup>. La tensión en las relaciones internacionales surge del factor político que está intrínsecamente ligado a los crímenes internacionales que estamos analizando, y se da sobre todo cuando son los altos cargos los que están en tela de juicio. Además, no podemos soslayar el hecho de que el ejercicio de la jurisdicción universal, supone en sí mismo, una innegable injerencia o invasión por parte de un Juez o Tribunal en el espacio judicial de otro país soberano.

Los expertos que participaron en la elaboración de los Principios de Princeton reconocen que a veces existe una amplitud de razonable desacuerdo dentro de las sociedades y entre las sociedades en cuanto a la culpabilidad de presuntos delincuentes, la buena fe del enjuiciamiento y la conveniencia y el

---

<sup>183</sup>Incluso, eventualmente puede existir un tercer país en conflicto, el del territorio de comisión del ilícito.

carácter práctico de enjuiciar a presuntos delincuentes<sup>184</sup>. Sin embargo, esto puede tornarse conflictivo cuando estamos en presencia de dictaduras recientes o aún vigentes, acompañadas de una fuerte polarización política al interior del país, en la que un juez de otro Estado es quien, unilateralmente, decide utilizar el derecho penal como instrumento para el juzgamiento de los culpables. En este contexto, el profesor CASSEL señala que en el mejor de los casos, el ejercicio de la jurisdicción universal penal puede engendrar tensiones en las relaciones internacionales. Sin embargo, esto podría derivar en conflictos económicos o, incluso, en conflictos armados<sup>185</sup>.

Por otro lado, existen varias razones de eficacia procesal que los tratadistas suelen mencionar como desventajas relacionadas a la jurisdicción universal. Señalan que las posibilidades de llevar a buen término los juicios muchas veces se ven amenazadas por las dificultades de juzgar estos crímenes especialmente complejos desde la distancia, principalmente por la necesidad de trasladar testigos y pruebas. Además, advierten que se debe considerar el elevado costo económico que supone para el aparato jurisdiccional de un país ajeno al de comisión de las conductas conocer de este tipo de casos, ya que necesariamente se deben invertir una gran cantidad de recursos humanos y materiales. Este último argumento, tomó fuerza principalmente en España, pues

---

<sup>184</sup>Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal. A/56/677 (4 de diciembre de 2001), disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html>> p. 2

<sup>185</sup> CASSEL, D. *Op.cit.* p.38

la Audiencia Nacional por varios años se transformó en la receptora de varias demandas de esta naturaleza, lo que obligó a la justicia española a invertir una gran cantidad de dinero para la instrucción de las investigaciones. Además del peligro latente de transformarse en un tribunal internacional sin tener la capacidad técnica para serlo, la exigüidad de los recursos económicos impedía seguir adelante con todos estos procesos, y finalmente se transformó en una de las principales razones de la reforma del 2009, que puso cortapisas para el ejercicio de la jurisdicción universal “pura”.

Siguiendo esta misma línea, también podemos agregar como un obstáculo para el ejercicio adecuado de la jurisdicción universal, la falta de especialización de los jueces que conocerán del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. La naturaleza de estos ilícitos penales está marcada por sus ribetes internacionales, lo que exige una preparación técnica acorde para poder pronunciarse correctamente sobre este tipo conductas. Recordemos, que no siempre existe una remisión expresa a este principio en el derecho interno, y que la jurisdicción universal puede estar basada solamente en el derecho consuetudinario; por lo tanto, frente a un requerimiento particular de las víctimas, los tribunales nacionales se ven compelidos a aplicar las reglas generales en materia de competencia para asignar el conocimiento de estos asuntos a jueces que, generalmente, no han

recibido la preparación técnica necesaria para manejar a cabalidad los detalles y pormenores del juzgamiento de estos crímenes.

Otra circunstancia que suele criticarse en relación con la jurisdicción universal es la falta de uniformidad que existe en su configuración y su aplicación, lo que ha derivado, en la práctica, en una jurisprudencia heterogénea, incoherente y mal entendida. La falta de parámetros claros y consensuados a nivel internacional, ha conllevado una visión de la jurisdicción universal desprovista de límites y por tanto, peligrosa, pues puede servir para fines ajenos a la justicia penal. En este ámbito de estudio, CASSEL ha señalado que una jurisdicción universal penal sin límites es susceptible de abusos y excesos por parte de Estados, por ejemplo, cuyos tribunales no son ni independientes ni imparciales, y que no garantizan el debido proceso legal o los elementos mínimos de un juicio justo. Además, existe el riesgo de que pueda ejercerse por parte de Estados poderosos contra Estados débiles –tales como poderes coloniales contra sus ex colonias – pero no al revés. Incluso, puede ocurrir que los Estados, con motivos políticos, utilicen el proceso penal como un arma deslegitimizadora de sus adversarios<sup>186</sup>.

Dentro de esta crítica, se ha acusado principalmente a Bélgica y España de un “neocolonialismo jurídico”, pues su persecución penal sería selectiva,

---

<sup>186</sup>CASSEL, D. *Op.cit.* p.39

afectando principalmente a países africanos, en desmedro de potencias o de países mejor posicionados en el concierto internacional, ejerciendo sobre los primeros una fuerte presión política, y evitando tener con los segundos los conflictos propios de la aplicación de este principio. Como reacción a esto, en febrero de 2009, la Unión Africana solicitó la inclusión del tema relativo al "abuso del principio de la jurisdicción universal" en la sesión número 63<sup>o</sup> de la Asamblea General de las Naciones Unidas, petición que fue aceptada. A partir de ese momento, el alcance de la jurisdicción universal ha sido un tema de fuerte debate en esta importante plataforma internacional, lo que podemos apreciar en las múltiples resoluciones de la Secretaría General de las Naciones Unidas que anteriormente hemos citado.

CASSEL también nos expone que, además del peligro que supone un ejercicio excesivo de la jurisdicción universal, a contrario sensu, también existe el riesgo de que no se utilice lo suficiente. Señala que esto se debe a la reticencia de los Estados a inmiscuirse en asuntos ajenos, a menos que tengan un interés particular o especial. Y además por temor a las represalias<sup>187</sup>. Se ha hecho aún más patente este riesgo, luego de las reformas legales que se han realizado en Bélgica y España, los principales exponentes en la consagración y aplicación de la jurisdicción universal, que han reducido su reconocimiento casi al mínimo obligatorio de los pactos internacionales, esto es, la obligación de

---

<sup>187</sup>CASSEL, D. *Op.cit.* p.38

procesar o extraditar (*aut dedere, aut judicare*) cuando el sospechoso se encuentra en territorio nacional del Estado. El riesgo radica principalmente en aumentar los niveles de impunidad, en la medida que tampoco exista un juzgamiento efectivo por parte de los demás tribunales competentes, ya sea el del territorio en que se cometió el delito, el de nacionalidad del autor o de la víctima, o un tribunal internacional.

Para finalizar nuestra reflexión sobre las desventajas y críticas de la jurisdicción universal, nos remitiremos a las palabras del profesor JOSE GALÁN en esta materia, quien resume de manera magistral los argumentos que hemos esbozado de la siguiente manera:

“(...) Pero no puede permitirse que la jurisdicción universal llegue a ser un fuego griego, incontrolado en su aplicación y destructivo de los procesos legales internacionales. Si tal fuere el caso, produciría conflictos de jurisdicción entre Estados con el potencial para amenazar el orden global, sujetar a los individuos a abusos de procesos judiciales, violar los derechos humanos y dar lugar a persecuciones motivadas políticamente y a la denegación de justicia. Adicionalmente, existe el peligro de que la jurisdicción universal pueda ser percibida como una jurisdicción hegemónica ejercitada

principalmente por algunas potencias occidentales contra personas de naciones en vías de desarrollo”<sup>188</sup>.

2.2.3 Límites: enumeración de las condicionantes que la doctrina ha propuesto para la aplicación de este principio.

Finalmente, nos resta analizar una de las aristas que más ha dado lugar a controversias en la doctrina y jurisprudencia de los tribunales, los límites o condicionantes al ejercicio de la jurisdicción universal. Debido a las múltiples ventajas y desventajas que, con razón, se han asociado a la aplicación de este principio, y que acabamos de exponer, los Estados generalmente se enfrentan a una fuerte disyuntiva: evitar, por un lado, convertirse en una suerte de Policía Mundial o de segunda Corte Penal Internacional, particularmente con una regulación generosa del principio carente de límites en su aplicación, o, por otro, configurar un principio más propio del Derecho Penal simbólico, cuyas restricciones lo hagan en la práctica totalmente inoperante<sup>189</sup>. Esto conduce a que los Estados, ya sea por vía legislativa o judicial, tiendan a la instauración de una serie de límites que condicionen el empleo de la jurisdicción universal por

---

<sup>188</sup>GALÁN, J. 2006. El caso Scilingo: breve crónica judicial. Revista la ley penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, N°25. p. 23

<sup>189</sup> RODRIGUEZ, C. Justicia Universal y el principio *ne bis in ídem*. **En:** El non bis in ídem en el Derecho europeo e internacional. La Mancha, Tirant lo Blanch- Servicio de publicaciones de Castilla [en línea] <<http://www.cienciaspenales.net>> p.24

parte de los tribunales nacionales. Se ha dicho que a través de estas limitaciones se pretende compatibilizar la vigencia del principio de justicia universal con otros principios del derecho internacional público, en especial con el principio de no intervención en los asuntos de otros Estados, contemplado en el art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas.

En virtud de las pretensiones de esta investigación, no nos abocaremos a profundizar detalladamente en todas las condicionantes que han utilizado los Estados para estos efectos, sino, nos remitiremos a enumerarlas y a adentrarnos sólo en aquellas que han sido más discutidas y utilizadas en la práctica.

- i) Márgenes de discrecionalidad en su ejercicio: en especial, el principio de oportunidad

Un requisito que las leyes nacionales frecuentan implementar, es la necesidad de un pronunciamiento de los fiscales, que, con mayor o menor margen de discrecionalidad, debe mediar para el ejercicio de una acción penal en relación a los crímenes internacionales *ius cogens*.

En algunos casos, esta discrecionalidad se formaliza a través de la exigencia de una autorización judicial previa de la máxima autoridad de la



fiscalía para abrir un procedimiento penal; en otros, se establece que solamente los fiscales podrán pedir el inicio de la investigación penal; también hay algunos que establecen que sin ser necesaria esta autorización ni tener el monopolio de la acción penal, se otorga a los fiscales un margen de discrecionalidad en la persecución, atendiendo a ciertas situaciones<sup>190</sup>.

En Alemania, por ejemplo, este requerimiento se recoge expresamente en el §153f de la Ordenanza Procesal alemana, y se identifica con la aplicación del principio de oportunidad que rige la actuación de la fiscalía. Éste otorga la posibilidad de abstenerse de la persecución penal o retirar la acusación ya iniciada, respecto a delitos cometidos en el extranjero y siempre que se den ciertas circunstancias<sup>191</sup>. Por su parte, Bélgica estableció un requisito similar en la reforma de 2003, permitiendo al fiscal federal decidir no investigar un asunto siempre que: la queja carezca absolutamente de fundamento, los crímenes denunciados no constituyan una importante violación del derecho internacional humanitario o si no es admisible una acción pública. También está el caso de Canadá, en el mismo sentido que los ejemplos anteriores, entre varios otros.

---

<sup>190</sup> PIGRAU, A. *Op.cit.* p.59

<sup>191</sup> Específicamente el §153f de la Ordenanza Procesal alemana, establece que para el ejercicio del principio de oportunidad sobre delitos cometidos en el extranjero, deben concurrir alguna de las siguientes circunstancias: 1. no existe ninguna sospecha contra un alemán; 2. el hecho no fue cometido contra un alemán; 3. ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar su presencia; 4. el hecho es perseguido por un Tribunal penal internacional, por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho

Pese a su aceptación por varios países, este criterio no ha estado exento de críticas, sobre todo por el peligro que implica dejar en las manos del fiscal la potestad de decidir si iniciar o sustentar la acción penal por este tipo de crímenes. Si bien, con ello los Estados tratan de mantener un cierto control de los procedimientos que puedan iniciarse al respecto, en la medida que el ejercicio de la jurisdicción universal derive de una obligación internacional, las decisiones de no perseguir en base a criterios de oportunidad puede constituir una vulneración de esta obligación. Incluso, se ha señalado que el principio de oportunidad puede llegar a suponer una amenaza del principio de división de poderes, dejando en manos del fiscal y no de los tribunales, la decisión sobre la persecución de un hecho delictivo, más en un ámbito sometido a profundas presiones diplomáticas y condicionado por las relaciones internacionales<sup>192</sup>.

- ii) El carácter concurrente o subsidiario de la jurisdicción universal respecto a la jurisdicción territorial de comisión de los hechos

Con la idea de la subsidiariedad de la jurisdicción universal se pretende arbitrar un mecanismo de solución de posibles conflictos jurisdiccionales a través de la prelación de las jurisdicciones competentes, priorizando bien la competencia de los países donde se ha cometido el delito (principio de territorialidad), del país de donde es nacional el autor (principio de personalidad

---

<sup>192</sup> RODRIGUEZ, C. *Op.cit.* p.30

activa) o del país de donde es nacional la víctima (personalidad pasiva). En este mismo sentido, se podría priorizar la competencia de la Corte Penal Internacional o de otros Tribunales Internacionales o bien, por último, la de aquellos terceros países que actúan también en aplicación del principio de jurisdicción universal<sup>193</sup>.

Este es uno de los criterios o límites que goza de mayor aceptación por parte de los tratadistas internacionales, expertos en la materia, y los miembros de los altos tribunales nacionales que han debido pronunciarse sobre su procedencia<sup>194</sup>. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español entiende que se trata de un criterio razonable de priorización de las posibles jurisdicciones concurrentes, cuyo fin es evitar la duplicidad de procesos y la vulneración del principio *ne bis in idem*. Los expertos del *Institute of International Law*, por su parte, que participaron el 2005 en la elaboración de la Resolución sobre *Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*, también se han mostrado favorables a esta regla, señalando que:

---

<sup>193</sup> *Id.* p.28

<sup>194</sup> Empero, debemos señalar que no todos los autores están contestes en ello. OLLÉ SESÉ, sostiene que universalidad y subsidiariedad son conceptos antagónicos puesto que la protección de los bienes de la comunidad internacional no son patrimonio de unos Estados en mayor medida que del resto<sup>194</sup>, por tanto la jurisdicción universal no debería ceder frente a ningún otro criterio competencial. Además, se critica por el peligro de impunidad que implica subordinar el conocimiento del asunto a lo que señalen los tribunales del lugar de comisión, pues, puede ocurrir que ellos soliciten el conocimiento de un caso particular con la única finalidad de burlar un real juzgamiento de las conductas.

*c)Any State having custody over an alleged offender should, before commencing a trial on the basis of universal jurisdiction, ask the State where the crime was committed or the State of nationality of the person concerned whether it is prepared to prosecute that person, unless these States are manifestly unwilling or unable to do so. It shall also take into account the jurisdiction of international criminal courts.*

A este respecto, creemos correcta la opinión de la profesora CRISTINA RODRIGUEZ, quien señala que el principio de subsidiariedad no es contrario a la jurisdicción universal ni la vacía de contenido. Al contrario, analizada desde la propia finalidad de la misma, como es la búsqueda de la impunidad, no existe obstáculo en establecer un orden de prelación de jurisdicciones competentes en la investigación de unos hechos, priorizando tanto la actuación del Estado donde fueron cometidos –puesto que al menos teóricamente es el Estado más interesado en su castigo- como de la CPI o Tribunales internacionales existentes. Actuaría de esta manera la jurisdicción universal con un carácter de *ultima ratio* en aquellos supuestos en los que el Estado prioritario, el territorial, no quiere o no tiene la capacidad para la investigación y enjuiciamiento de los hechos con lo que, si no lo son por otros terceros países, quedarían impunes<sup>195</sup>. Esto será posible, siempre que jurisdicciones competentes presenten los

---

<sup>195</sup> RODRIGUEZ, C. *Op.cit.* p.51

caracteres de imparcialidad, independencia y equidad, de manera de asegurar que se respeten las reglas mínimas del debido proceso.

iii) Prueba de la inactividad jurisdiccional en el país de comisión

Íntimamente relacionado con la subsidiariedad, se incorpora como requisito a la jurisdicción universal, la prueba por parte del solicitante del rechazo de la jurisdicción del Estado de comisión, bien porque exista una imposibilidad legal de persecución, bien porque la prolongada inactividad de los órganos judiciales muestren la ausencia de intención de perseguir tales hechos<sup>196</sup>.

Esta exigencia, fue declarada por la Audiencia Nacional en el caso genocidio en Guatemala en diciembre del año 2000, como requisito para que pudiera seguir adelante con la instrucción del asunto, en el entendido que la jurisdicción territorial es preferente, y que debe probarse que ésta ha sido ineficaz.

Los tratadistas han criticado mucho este requisito, pues entienden que con él no se está haciendo sino dejar sin contenido el principio de justicia universal, conduciéndolo a la inoperatividad en la práctica. Esto ocurrirá así como

---

<sup>196</sup> *Id.* p.39

consecuencia de la imposibilidad (o al menos la dificultad manifiesta) de demostrar una hipotética inactividad presente y futura de los órganos del Estado territorialmente competente. El argumento jurídico que se ha esgrimido, principalmente por el Tribunal Constitucional de dicho país, es que vulnera el acceso a la jurisdicción, el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que supone una “prueba diabólica” de imposible realización, contraria a la finalidad misma del principio, puesto que la inactividad judicial del *locus delicti* bloquearía la jurisdicción del tercer país produciendo, con ello, la impunidad de los hechos denunciados<sup>197</sup>.

- iv) La necesidad de un punto de conexión con el crimen, o bien, la exigencia de interés nacional legítimo que permita el ejercicio de la jurisdicción universal

Si bien este no es un requisito que se encuentre frecuentemente expresado en las legislaciones nacionales que acogen este principio, ni tampoco está considerado en los trabajos de expertos internacionales que hemos citado en esta investigación, es una condición que han utilizado varios tribunales nacionales para aceptar o descartar su competencia en base a la jurisdicción universal. Es el caso del Tribunal Supremo Alemán, que pese a la ausencia de cualquier requisito en el nuevo Código de Derecho Penal

---

<sup>197</sup> *Id.* p.44

Internacional para el ejercicio de la jurisdicción universal, ha venido requiriendo en su jurisprudencia la presencia de un punto legítimo de conexión entre el delito y el Estado alemán, con el fin de no vulnerar con su persecución extraterritorial el principio de no injerencia en los asuntos de otros Estados. Este tribunal considera que concurre este punto de conexión cuando el acusado hubiere vivido en Alemania temporalmente, o bien sea su lugar de residencia habitual, o si hubiere sido arrestado en este país, no bastando en cambio la presencia de víctimas o denunciantes en el Estado alemán. Lo mismo se ha suscitado en la jurisprudencia española, específicamente la de su Tribunal Supremo, que ha exigido para el pronunciamiento de la justicia española la conexión con intereses nacionales, concretamente, a través de la existencia de víctimas españolas<sup>198</sup>.

Este criterio, lógicamente, también ha sido objeto de fuertes críticas, pues sería una interpretación forzada, *contra legem*, que puede conllevar la derogación de facto del principio de justicia universal. Además, se señala que no hay normas generales de Derecho internacional que exijan un vínculo para el ejercicio de la jurisdicción universal, por el contrario, la esencia de la jurisdicción universal estriba en que no es necesario tal vínculo entre el Estado y el caso. Finalmente, se ha criticado pues supone una confusión entre el principio de justicia universal y el de personalidad pasiva (cuando se refiere a

---

<sup>198</sup> Este criterio fue exigido por el Tribunal Supremo al pronunciarse en el caso Pinochet y en el caso Scilingo.

las víctimas,) y con el principio real o de protección (cuando se refiere a otros intereses nacionales). Con tales exigencias, se olvida la dimensión del principio de justicia universal, que posibilita la sanción de determinados crímenes con independencia de su lugar de comisión y de la nacionalidad de sus autores y víctimas y su fundamento mismo, puesto que lo que permite el ejercicio de la jurisdicción nacional no es la existencia de un interés nacional, como sí ocurre con el principio de personalidad o de protección de bienes jurídicos, sino la afección a unos bienes jurídicos de suma importancia para la comunidad internacional y a cuya protección se comprometen los Estados al contemplar en sus legislaciones la vigencia de tal principio<sup>199</sup>.

v) Presencia del imputado en el territorio del Estado que va a ejercer su competencia en base a la jurisdicción universal

A esta materia ya nos referimos latamente *supra*. Sin embargo, reiteraremos algunas conclusiones básicas relativas a este requisito, que en la mayoría de los casos es necesario para activar la jurisdicción universal.

Para estos efectos, debemos distinguir claramente 2 hipótesis. La primera, dice relación con la obligación de un Estado de juzgar al presunto autor de un crimen internacional cuando éste se encuentra en su territorio, siempre que exista un tratado internacional específico que establezca la máxima “*aut*

---

<sup>199</sup> RODRIGUEZ, C. *Op.cit.* p.17



*dedere, aut judicare*<sup>200</sup>. La segunda hipótesis, se refiere a aquellos casos en que no existe un tratado internacional que contemple esta obligación, y se ha discutido, por tanto, si el derecho internacional exige, en todo caso, como requisito para el ejercicio de la jurisdicción universal, la presencia del acusado. Si bien no es un tema totalmente zanjado, creemos correcta la postura que han adoptado los Principios de Princeton sobre la jurisdicción universal y la Resolución adoptada por el *Institute of International Law* en la sesión de Cracovia el 2005, que exigen la presencia el presunto delincuente como requisito práctico imprescindible para el ejercicio de la jurisdicción universal, como consecuencia de la proscripción de los juicios *in absentia* (sin perjuicio de que se pueden fundar en ella para solicitar la extradición en los casos en que esto no concurra<sup>201</sup>).

Todo esto es, por supuesto, sin perjuicio de lo que prescriban las legislaciones nacionales, debido a que ellas, en su mayoría, suelen exigir la

---

<sup>200</sup> Recordemos que en este caso, el 3º Estado, distinto al de comisión de las conductas, al de nacionalidad del autor o de la víctima, o al afectado en sus bienes jurídicos más relevantes, debe juzgar el presunto culpable de los crímenes internacionales si no da lugar a su extradición.

<sup>201</sup> Específicamente, el primero de los Principios de Princeton prescribe lo siguiente: (...) 2. La jurisdicción universal podrá ser ejercida por un órgano judicial competente y ordinario del Estado a fin de enjuiciar a una persona debidamente acusada de la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, a condición de que el acusado esté presente ante ese órgano judicial. 3. El Estado podrá invocar a la jurisdicción universal como fundamento para solicitar la extradición de una persona acusada o condenada de la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, a condición de que haya demostrado *prima facie* su culpabilidad y de que la persona cuya extradición se requiere haya de ser juzgada o la pena haya de ser aplicada conforme a las normas y criterios internacionales de protección de los derechos humanos en el contexto de un juicio penal.

presencia del imputado como requisito para iniciar la persecución penal en base a la jurisdicción universal. Ejemplos de ello son las legislaciones de Francia, Holanda, Italia, Canadá, Dinamarca, entre varias otras. Incluso, hay países que sólo aplican la jurisdicción universal cuando un tratado internacional vinculante así lo requiera, como es el caso de Francia, Suiza y Dinamarca.

#### vi) Inmunidades

Ciertas personas (jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministro de asuntos exteriores, y otros) gozan, de acuerdo al Derecho internacional general, de inmunidad civil y penal ante las jurisdicciones nacionales de cualquier Estado distinto de aquel a que ellos representan. Se trata de una inmunidad funcional destinada, junto con otros privilegios, a garantizarles la máxima independencia en el ejercicio de sus funciones oficiales de representación de un Estado<sup>202</sup>.

No obstante, hoy ya es una opinión generalizada la de excluir su aplicación para los supuestos de comisión de los más graves crímenes internacionales. Así, se han pronunciado a favor de esta idea los Principios de Princeton sobre la jurisdicción universal<sup>203</sup>, el informe final sobre el ejercicio de

---

<sup>202</sup> PIGRAU, A. *Op cit.* p. 61

<sup>203</sup> Principio 5 - Inmunidades: Con respecto a los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, la función oficial de un acusado, sea en calidad de

la jurisdicción universal respecto a las graves ofensas a los derechos humanos elaborados por la International Law Association<sup>204</sup>, el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>205</sup>, y varias sentencias de tribunales que han debido enfrentar este obstáculo (el más relevante, es el caso Pinochet).

No se trata de pasar por alto estas normas de derecho internacional, que a su vez están amparadas en dos principios fundamentales en el ámbito internacional, a saber, el de soberanía de los Estados y el de no intervención en los asuntos internos. Se trata más bien de conciliar este mecanismo con el respeto a los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, y la sanción necesaria a los autores de los más graves atentados a ellos. Para referirnos a la forma en que se ha solucionado esta problemática para la mayoría de la doctrina, y para nosotros, nos remitiremos íntegramente a lo señalado en los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional:

#### Principio 8 – Inmunidades:

---

Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario competente, no le exonerará de responsabilidad penal ni atenuará su pena.

<sup>204</sup> 4. No immunities in respect of gross human rights offences subject to universal jurisdiction shall apply on the grounds that crimes were perpetrated in an official capacity.

<sup>205</sup> Artículo 27- Imprudencia del cargo oficial: 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena; 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

1. Las inmunidades o normas de procedimiento especiales inherentes a las funciones oficiales de una persona, en virtud del derecho interno o del derecho internacional, no pueden impedir que los órganos jurisdiccionales penales internacionales ejerzan sus competencias con respecto a esta persona. En virtud del carácter imperativo (*jus cogens*) de la obligación de reprimir los crímenes graves (principio 1, § 3), el mismo principio se aplica a los tribunales nacionales del Estado por cuya cuenta esta persona ejerce las funciones oficiales. También se debería aplicar a los tribunales nacionales de terceros Estados.

2. Suponiendo que la inmunidad se aplica, sin embargo, ante el tribunal de un tercer Estado, ésta sólo tiene efecto durante el ejercicio de la función. En todo caso, no tiene influencia sobre el principio de la competencia universal (cfr. principio 14) en la medida en que no impida la incoación de procedimientos judiciales en este Estado, sin medidas coactivas.

(...) 4. La inmunidad sólo tiene efecto durante la ejecución de las funciones oficiales del autor de un crimen grave. Aunque al terminar el ejercicio de las funciones, la inmunidad perdura para los actos realizados durante el ejercicio de la función, los crímenes graves no podrán nunca ser considerados como actos de la función.

## vii) Prescripción de los crímenes internacionales

A diferencia de lo que suele ocurrir con la generalidad de los delitos tipificados en los derechos internos, a partir de la Segunda Guerra Mundial ha operado progresivamente la concepción de que ciertos crímenes son imprescriptibles, especialmente los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. En el plano internacional, esta idea se consolidó finalmente en la década de los 60, en razón de la voluntad de mantener la persecución de los criminales de guerra nazi, que en su mayoría habían conseguido escapar de un juzgamiento efectivo.

Esta conclusión se ha declarado en diversos instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, tenemos la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968; la Resolución 3074 de la Asamblea General de la ONU sobre los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad de 1973; la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra de 1974; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otros. En razón de esta generalidad en el reconocimiento de la imprescriptibilidad, sumada a una serie de sentencias

judiciales en el mismo sentido, se entiende que existe un fundamento consuetudinario que respalda esta idea.

- viii) Aplicabilidad de las leyes de amnistía vigentes en el país de comisión de los hechos

La leyes de amnistía han sido típicamente el mecanismo utilizado por las dictaduras latinoamericanas, y los regímenes no democráticos de todo el mundo, para procurarse impunidad frente a las atrocidades que los altos mandos (por sí, o por órdenes impartidas a terceras personas) han cometido durante su tiempo en el poder. Antes de dejar el mando, e incluso con posterioridad, durante un gobierno con pretensiones de formar un Estado de Derecho, se dictan estas normas con el objeto de dejar sin efecto una serie de delitos (que se especifican), cometidos durante un cierto espacio de tiempo, y respecto de un cierto grupo de personas. En estos casos, hoy en día la jurisprudencia internacional es constante en el sentido de declarar estas leyes como incompatibles con el Derecho internacional de los derechos humanos, en el entendido de que sólo tienen por objeto llevar al olvido de los crímenes más graves, y eludir el proceso penal que sin ellas, estarían obligados en enfrentar.

No sólo la jurisprudencia se la pronunciado en este sentido. Hoy es una opinión generalizada, en los distintos espectros del mundo jurídico, el rechazo de la amnistía como mecanismo para evitar el juzgamiento penal de los

crímenes internacionales *ius cogens*. En este sentido, ha sido determinante la actividad desarrollada por las organizaciones no gubernamentales (como Amnistía Internacional o la Cruz Roja Internacional), por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y por los órganos de control de los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Esta conclusión suele señalarse en torno a la posibilidad de juzgamiento de los tribunales del mismo país en que se cometieron las conductas y donde está vigente la ley de amnistía. Sin embargo, nosotros nos queremos referir a la posibilidad de juzgamiento que tienen los terceros Estados en base a la jurisdicción universal. La conclusión es la misma, y con mayores argumentos, pues las leyes de amnistía dictadas en un Estado no tienen un efecto vinculante automático ante la justicia de otros Estados, y mucho menos si se refieren al olvido de graves violaciones de los Derechos Humanos. Por tanto, su alcance territorial será el que le quieran reconocer las leyes nacionales de los demás Estados y sus respectivos órganos judiciales, que en este caso también tienden en su mayoría a rechazar su procedencia.

Es por ello que los tratadistas y expertos en sede de jurisdicción universal también se han sumado a esta conclusión. Así, el rechazo a la amnistía para los crímenes internacionales se ha plasmado en los Principios de

Princeton<sup>206</sup>; en el Informe final de la International Law Association de Londres, 2000<sup>207</sup> y en los Principios de Bruselas de 2002<sup>208</sup>, todos referentes específicamente a la jurisdicción universal.

Desde la perspectiva de la práctica judicial, el ejemplo más patente lo encontramos en el sistema interamericano de derechos humanos, que ha tenido que ocuparse repetidamente de denuncias relativas a violaciones graves de los Derechos Humanos cometidas en contextos de impunidad facilitados por leyes de amnistía. La tomas de posición de la Comisión de IDH y la Corte IDH han sido reiteradas y constantes en el sentido de que la amnistía, en casos de graves crímenes de Derecho internacional, es incompatible con las obligaciones emanadas de la Convención de San José<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> Principio 7 – Amnistías: 1. Las amnistías, en general son incompatibles con la obligación de los Estados de imputar responsabilidad por la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2; 2. Las amnistías que sean incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado que las concede no impedirán el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2.

<sup>207</sup> 5. *The obligation or the entitlement of states to bring perpetrators of gross human rights offences to justice on the basis of universal jurisdiction is not affected by amnesties awarded in the territorial state. Individual amnesties awarded as part of a legitimate legal process may however be taken into account by a prosecutor when exercising his or her discretion whether or not a prosecution would be in the public interest (assuming there is no treaty obligation to prosecute) and by a court when imposing a sentence.*

<sup>208</sup> Principio 10 – Amnistías y medidas de gracia: 1. Las medidas de amnistía, de gracia y las demás medidas de perdón no pueden perjudicar a las obligaciones impuestas a los Estados por el derecho internacional de investigar los crímenes graves, de llevar a los presuntos autores ante la justicia y de conceder reparación a las víctimas; 2. Este principio se aplica incluso al finalizar conflictos armados y a los procesos de reconciliación o de transición a la democracia. 3. Este principio no es ningún obstáculo para medidas individuales de gracia o de aplicación de la pena, debidamente motivadas, que tengan en cuenta la gravedad de los crímenes cometidos.

<sup>209</sup> Entre las abundantes sentencias que han confirmado esta concepción, en relación con las leyes de amnistía promulgadas en distintos países, destaca la correspondiente al caso Almonacid Arellano contra Chile, de 2006. En ella, la Corte consideró insuficiente el argumento



Podemos concluir, entonces, que la exclusión de la amnistía para los más graves crímenes internacionales que es un criterio asentado en el ámbito internacional, que se ha cristalizado finalmente como costumbre internacional. Por lo tanto, ni en el país en que se cometieron estos crímenes, ni en cualquier otro que tenga pretensiones de juzgar a los presuntos culpables, es válido el argumento de la amnistía para excluir el pronunciamiento del un juez penal.

### 3. Concurrencia de los tribunales con competencia para el juzgamiento de los crímenes internacionales

#### 3.1 Supuestos de concurrencia entre tribunales internos y jurisdicciones supraestatales

Corresponde en esta sección analizar cuáles son los mecanismos que se han propuesto para determinar qué tribunal, de todos los existentes y eventualmente competentes, puede entrar en el conocimiento de los crímenes de derecho internacional. Este suele ser uno de los temas que acarrea mayores dificultades en la persecución de estos crímenes, pues frente a competencias

---

de Chile, que reconocía que su ley era incompatible con la Convención, pero que se resguardaba en que sus tribunales nacionales se abstenían de aplicarla. Para este tribunal, la mera existencia de una ley incompatible con la Convención era, en sí misma, una violación del deber de Chile – establecido en el art.2 de la Convención- de derogar leyes incompatibles<sup>209</sup>. **EN:** PIGRAU, A. *Op cit.* p. 78.

concurrentes es preciso disponer de reglas que diluciden cuál de ellas ha de conocer el caso en cuestión, junto con tratar de armonizar los distintos intereses que entran en juego, los que, muchas veces, son contrapuestos y complican aún más su resolución.

En virtud de todo lo que hemos venido exponiendo a lo largo de esta investigación, podemos entender que existen varios tribunales que podrían juzgar a los presuntos culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Por un lado, pueden conocer los tribunales nacionales ya sea en razón del principio de territorialidad, de personalidad activa, de personalidad pasiva, de protección y finalmente en razón del principio de universalidad. Además, por otro lado, están los tribunales internacionales con competencia penal, esto es, los tribunales internacionales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia y Ruanda, y principalmente la Corte Penal Internacional. En consecuencia, tenemos a lo menos ocho tribunales que eventualmente podrían querer iniciar una persecución penal de una misma conducta punible, todos en razón de distintos criterios competenciales. Por lo tanto, es de suma importancia comprender cuáles son estos mecanismos y cómo interaccionan entre sí, para así poder salvar los posibles conflictos de competencia que pudieren suscitarse. Dado el objetivo de este trabajo, sólo nos enfocaremos en ver cómo se resuelven los eventuales conflictos de competencia entre los tribunales nacionales competentes en razón del principio de justicia universal y

los distintos tribunales internacionales<sup>210</sup>, que son los más discutidos en la doctrina, y respecto de los cuales hay que poner mayor énfasis para evitar no sólo las lagunas de impunidad para los crímenes más graves, sino nidos de refugio para sus culpables.<sup>211</sup>

### 3.1.1 Concurrencia entre la jurisdicción universal y los tribunales penales internacionales *ad hoc*: principio de primacía

Como ya señalábamos en el capítulo primero de esta investigación, los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia y para Ruanda fueron creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con la finalidad de castigar a los responsables de las matanzas y las graves violaciones al Derecho internacional humanitario cometidas al interior de dichos países. Por lo tanto, es perfectamente posible que pueda existir un conflicto entre la competencia de estos tribunales y la competencia de cualquier tribunal nacional, al menos durante el período de vigencia temporal establecido en sus estatutos. La competencia de los tribunales nacionales puede fundarse no sólo

---

<sup>210</sup> Los posibles conflictos derivados de la concurrencia entre los tribunales nacionales de distintos Estados, en base a los 5 criterios competenciales que señalamos, se resuelven primordialmente en base al principio de subsidiariedad al que ya hicimos referencia *supra*, en la sección 2.2.3 Por lo tanto, entendemos la jurisdicción preferente es la territorial, la del lugar de comisión de los hechos; las demás ceden ante ésta, y entre sí, se prefieren según quien sea el primero en prevenir el conocimiento del asunto

<sup>211</sup> CARNEVALI, R. 2010. Los principios de primacía y complementariedad. una necesaria conciliación entre las competencias de los órganos penales nacionales y los internacionales. [EN LÍNEA] p. 87

en el territorio donde se cometió el hecho delictivo, sino también con la nacionalidad del presunto culpable o víctima y en base al principio de justicia universal.

Pues bien, en lo que respecta a la determinación de la esfera competencial, los mismos Estatutos de ambos tribunales *ad hoc* contemplan como mecanismo de solución frente a un eventual problema de concurrencia con las jurisdicciones nacionales, al denominado principio de primacía o de concurrencia preferencial. En efecto, el art.9 del Estatuto de Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia señala:

“1. El Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991.

2. El Tribunal Internacional tendrá primacía respecto de los Tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los Tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional”.

Por su parte, el art.8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, dispone lo que sigue:

“1. El Tribunal Internacional para Ruanda y las jurisdicciones nacionales son competentes simultáneamente para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de tales violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 21 de enero de 1994.

2. El Tribunal Internacional para Ruanda tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales de todos los Estados. En cualquier momento del procedimiento puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor de acuerdo con el presente Estatuto y con su reglamento”.

En caso de que se susciten conflictos positivos de competencia con un tribunal nacional que quiera conocer y juzgar en base al principio de jurisdicción universal, se prevén entonces 2 mecanismos: el deber de inhibición estatal y el principio de cosa juzgada, ambos como manifestaciones del principio de primacía.

En cuanto al deber de inhibición de los Estados, reconocido en el art. 9 del Estatuto del TPIY y en el art. 8 del TPIR, puede formularse en cualquier fase,

tanto en la instrucción o en el enjuiciamiento como en la sentencia o con posterioridad a ella. A su vez, el art. 11 bis del Reglamento de Procedimiento y Prueba del TPIY (no así el del TPIR) prevé la posibilidad de que el TPI se inhiba a favor del tribunal nacional en el que el sujeto ha sido detenido y sus autoridades estén dispuestas a su enjuiciamiento<sup>212</sup>.

El principio de cosa juzgada, por su parte, reconocido expresamente bajo la forma del principio *non bis in ídem* en el art.10 del Estatuto del TPIY y en el art.9 del Estatuto del TPIR, supone que nadie que haya sido ya juzgado por los mismos hechos por el Tribunal Penal Internacional correspondiente podrá volverlo a ser por una jurisdicción nacional. Sin embargo, este principio no es absoluto. Una persona que haya sido juzgado por un tribunal nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario podrá ser de nuevo juzgado por el Tribunal Internacional si: a) el hecho por el que fue juzgado hubiera sido tratado como un delito común; si la jurisdicción nacional no hubiera actuado de forma imparcial o independiente o si la finalidad del procedimiento era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional o bien si las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> RODRIGUEZ, C. *Op cit.* p. 22

<sup>213</sup> *Id.* p.23

Ahora bien, esta primacía de la competencia de los tribunales penales internacionales no implica una imposibilidad práctica de conocimiento de los tribunales nacionales en base al principio de justicia universal, sobre todo en aquellos casos en que su competencia se encuentra limitada, ya sea materialmente, territorialmente y temporalmente. No olvidemos que la competencia de estos tribunales sólo extiende a una cierta categoría de crímenes internacionales<sup>214</sup>, cometidos sólo al interior de los territorios de la antigua Yugoslavia y Ruanda (o por nacionales ruandeses en Estados vecinos), y sólo a partir de 1991 en el primer caso, y entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994 en el segundo. Por consiguiente, todos los casos que se encuentren fuera de estos límites, que no serán pocos, tendrán como una alternativa segura la jurisdicción basada en el principio de universalidad.

### 3.1.2 Concurrencia entre la jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional: principio de complementariedad. ¿tiene sentido tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma?

La creación de la Corte Penal Internacional, se circunscribe en una nueva tendencia en materia de juzgamiento de los crímenes internacionales, que va

---

<sup>214</sup> En virtud de los art.2-5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, la competencia material se refiere a la investigación y enjuiciamiento de las violaciones graves de las Convenciones de Ginebra de 1949, las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad. La competencia material del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en virtud de sus artículos 2-4, se extiende al genocidio, crímenes contra la Humanidad y violaciones de las Convenciones de Ginebra.

en la línea de crear espacios de jurisdicción compartida, lo más amplios posibles, en los que todos los Estados concurren a la represión de estas conductas lesivas. Esto, se ha entendido como una evolución, tras los resultados que se tuvieron con el Tribunal de Núremberg (un tribunal de carácter militar), y los tribunales internacionales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia y Ruanda (que se crearon por Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales cometidos en aquellos países).

La creación de un tribunal internacional permanente mediante un tratado multilateral, ha transformado profundamente el panorama de la persecución de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. A partir de su entrada en vigor, el 1º de julio de 2002, ya no sólo los Estados están encargados de perseguir y sancionar penalmente estos crímenes, sino que la “justicia internacional” pasa a tener también un papel importante en la tarea de castigar a los culpables de estas atrocidades y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.

Durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, se discutió muchísimo sobre el tipo de jurisdicción que tendría la Corte. Desde un principio, se descartó la posibilidad de una jurisdicción exclusiva sobre los crímenes internacionales *ius cogens*, ya que “si bien (...) conllevaría el beneficio de la



aplicación uniforme de las normas del derecho penal internacional, era claro que no concitaría el apoyo político necesario”<sup>215</sup>; además, existiría una imposibilidad práctica de que la CPI pudiese hacerse cargo de todos los casos en que se comentan crímenes de derecho internacional. Por lo tanto, desde un comienzo se optó por la segunda alternativa, la concurrencia de las jurisdicciones nacionales y de la CPI, pero aún estaba pendiente determinar la forma en que éstas deben preferirse o excluirse frente a un caso concreto. Las dos posibilidades que se barajaron eran primacía de la jurisdicción internacional de la Corte, y la primacía de la justicia nacional de los Estados a través del principio de complementariedad, la que finalmente se impuso por razones de orden práctico o político. En efecto, se entendió que la prevalencia de las jurisdicciones nacionales tendría una mayor eficacia preventivo general, y por sobre todo, una mejor capacidad para una más acuciosa investigación y eventual juzgamiento<sup>216</sup>. Asimismo, era más respetuosa con un principio base del Derecho Internacional, como es el de soberanía de los Estados.

Pero, ¿en qué consiste, propiamente tal, esto de la complementariedad? Si bien el Estatuto de Roma no propone un concepto, la doctrina ha señalado que el principio de complementariedad se puede definir como un principio de

---

<sup>215</sup> CÁRDENAS, C. 2009 : Corte penal internacional y su relación con las jurisdicciones nacionales: el principio de complementariedad Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso No. XXXIV: p.5

<sup>216</sup>CARNEVALI, R. *Op. cit.* p. 67

funcionamiento destinado a la concesión de jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el órgano principal no ejerce su jurisdicción primaria<sup>217</sup>. Los partidarios de la justicia internacional consideran que funciona como un medio de dar la última palabra a la Corte Penal Internacional, cuando los Estados no cumplen sus obligaciones de buena fe, ya sea porque no ejercen su jurisdicción o porque lo hacen de manera imperfecta.

Consciente de que los Estados, en muchas ocasiones, se ven imposibilitados de ejercer su jurisdicción por razones ajenas a la voluntad del Estado (como problemas en su sistema legal o en su política interna) el Estatuto de Roma ofrece una alternativa de solución a estos dilemas jurídicos internos a través del principio de complementariedad, reconocido expresamente en el preámbulo y en diversas disposiciones normativas<sup>218</sup>. Lo mismo, en aquellos casos en que el juzgamiento de los Estados sólo tiene por finalidad burlar una condena acorde a los crímenes cometidos, o no cumple con los parámetros especificados en el Estatuto.

---

<sup>217</sup> PHILIPPE, X. 2006. The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh [en línea] Selected Articles on International Humanitarian Law Vol.88, Nº 862 <[https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_862\\_philippe.pdf](https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf)> [traducción libre] p. 24

<sup>218</sup> El preámbulo señala que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” y destaca expresamente que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. Por su parte, el art.1º también establece que la CPI “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. La complementariedad está incorporada además en los artículos 17 a 20 que concretan el significado y alcance del principio al regular las cuestiones de admisibilidad, impugnación de la competencia de la Corte y el principio de *ne bis in ídem*.

En síntesis, a través de la concepción complementaria, se evita un hinchamiento innecesario de un aparato internacional y simultáneamente se respeta, tanto como sea posible, la soberanía penal de los Estados firmantes. El sentido del Estatuto de Roma se encuentra en rellenar lagunas en los procesos penales, en las que haya claros indicios que de otra forma la consecuencia sería una impunidad insoportable para la comunidad internacional. Simultáneamente, se acentúa con esta concepción la responsabilidad primaria de los Estados individuales para la persecución penal, lo cual no podría representar el beneficio menos relevante del Estatuto de Roma<sup>219</sup>.

Podríamos profundizar mucho más en este tema, que tiene múltiples aristas de importancia para la justicia internacional aplicada al genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. No obstante, ello nos desviaría en demasía del propósito de esta investigación, que dice relación con el principio de jurisdicción universal. En razón de ello, en lo sucesivo nos abocaremos a revisar sólo dos temas: 1) si tiene sentido la mantención del principio de justicia universal tras la creación de la Corte Penal Internacional; y 2) formas de solución de los eventuales conflictos de competencia entre el principio de complementariedad y el principio de universalidad.

---

<sup>219</sup> LINDEMANN, J. 2004. 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. Facultad de Derecho Universidad de Chile. p.96

- i) ¿Tiene sentido la mantención del principio de universalidad tras la creación de la Corte Penal Internacional?

Con la entrada en funciones de la Corte, algunos autores se aventuraron en señalar que el principio de universalidad debía ceder ante la competencia de este nuevo sistema de represión de los crímenes, pues la Corte vendría a llenar aquellos vacíos que pretendía cubrir la jurisdicción universal. Han argumentado que “aunque es cierto que de la pretensión de la universalidad de los derechos humanos se puede deducir lógicamente la posibilidad de defensa universal. [...] Esta defensa universal no tiene necesariamente una única forma de realización y es evidente que, entre dejar librada la cuestión a las decisiones individuales de cada Estado y en la respuesta ordenada y centralizada de un Tribunal internacional, la comunidad internacional prefiere esta última solución frente al principio universal”<sup>220</sup>.

Sin embargo, nosotros concordamos con muchos otros que, aplaudiendo la creación de la Corte Penal Internacional, señalan que ello no puede cuestionar en modo alguno la vigencia del principio de justicia universal. La razón principal de esta conclusión deriva del papel que tiene la Corte en el plano internacional para cumplir con su objetivo de evitar la impunidad, pues éste no es ilimitado. Mas bien, su competencia está sometida a una serie de

---

<sup>220</sup> JAÉN, M., 2006, Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional, España, Editorial Atelier. p.96

condicionantes, de distinta índole, que circunscriben fuertemente su ejercicio, lo que al final del día podría acarrear importantes lagunas de impunidad en el castigo de los crímenes de derecho internacional más graves.

La primera limitación es de carácter político, y dice relación con la imposibilidad de aplicar el Estatuto a los países que no son Parte, sobre todo a aquellas importantes potencias mundiales que están ajenas a este sistema como EEUU, China o Israel. Esto, implica que la Corte no puede conocer de los crímenes cometidos en los territorios de un Estado no parte o por sus nacionales, a no ser que los cometan en un Estado parte<sup>221</sup>. CRISTINA RODRIGUEZ señala que también es de naturaleza política el límite contemplado en el artículo 16 del Estatuto de Roma, por el que el Consejo de Seguridad puede pedir a la Corte que no inicie o que suspenda durante un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento de un crimen determinado, petición que además podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad<sup>222</sup>.

En segundo lugar, la competencia temporal o *ratione temporis*, también se ve fuertemente limitada por los art.11 y 12 del Estatuto de Roma. El artículo

---

<sup>221</sup> De todas maneras, es menester agregar que la CPI podría ejercer su competencia excepcionalmente sobre hechos cometidos fuera de las fronteras de un Estado Parte o por nacionales de un Estado no signatario, por aceptación de la competencia *ad hoc* en virtud de una declaración depositada en poder del Secretario (hipótesis contemplada en el art. 12.3), y también por imposición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas respecto a un crimen determinado (art. 13 b).

<sup>222</sup> RODRIGUEZ, C. *Op cit.* p.4

11.1 (en relación con el artículo 126 del mismo cuerpo jurídico) señala que la CPI es competente únicamente para enjuiciar los crímenes que se han cometido con posterioridad a la entrada en vigor de su Estatuto, en consecuencia, le impide pronunciarse de todos los crímenes cometidos con anterioridad al 1º de julio de 2002. Esto es uno de los puntos que más comprometen las expectativas de justicia de las víctimas de los graves atentados a los derechos humanos que se cometieron a lo largo de todo el siglo XX, y que aún siguen sin castigo. En razón de este límite, múltiples casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra quedarían en la completa impunidad, de no ser por la alternativa de la justicia universal.

Esto se agrava aún más por lo dispuesto en el segundo punto del mismo artículo, pues la regla general es que si un Estado se hace parte del Estatuto con posterioridad a la entrada en vigor de la Corte, ésta ejercerá su competencia respecto a ese Estado únicamente sobre los crímenes cometidos con posterioridad a esa fecha, a no ser que éste acepte mediante una declaración de conformidad que la Corte ejerza su jurisdicción sobre un crimen concreto (art. 12.3).

Por otra parte, la competencia *ratione materiae* o material está limitada a los ilícitos contemplados en el artículo 5 del Estatuto, que limita la competencia de la Corte sólo al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los

crímenes de guerra y el crimen de agresión (éste último, sólo una vez que se apruebe la definición del mismo y se enuncien las condiciones en las cuales se hará, de conformidad a los artículos 121 y 123). Con esta delimitación competencial se pretende restringir el pronunciamiento de la CPI, a los crímenes más graves de trascendencia internacional, tal como señala claramente su preámbulo. Para algunos autores, la Corte además está limitada por el contexto de estos tipos penales, pues sólo podrá conocer de ellos cuando sean perpetrados de modo colectivo y organizado, acarreando un elevado número de víctimas, no en aquellos casos en que se desarrollan de manera individualizada y provoquen pocas víctimas, como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzosa de personas<sup>223</sup>□

En cuarto lugar, y en virtud de los artículos 17.d y 53, también podemos calificar el “principio de oportunidad” como límite a la competencia de la Corte. Estas normas permiten que el Fiscal de la Corte pueda decidir no iniciar una investigación o bien, una vez realizada ésta, estimar que no hay base suficiente para el enjuiciamiento, si entiende que la investigación no redundaría en interés de la justicia, aún incluso teniendo en consideración la gravedad del crimen y de los intereses de las víctimas.

---

<sup>223</sup> *Id.* p. 34

Finalmente, algunos autores señalan que existe una limitación de orden personal, pues el artículo 26 del Estatuto de Roma prescribe que la Corte no será competente respecto de los que al momento de la presunta comisión del crimen fueran menores de 18 años<sup>224</sup>.

Por todas estas razones, entendemos que no son pocos los supuestos que quedan fuera de competencia de la Corte Penal Internacional, y que por consiguiente deberán ser conocidos por los tribunales internos de los Estados, en virtud de los diferentes principios competenciales que tienen a su haber, pero principalmente en razón del principio de universalidad. Yendo un paso más allá, podríamos concluir que no sólo existe una necesidad de mantenimiento sino de reforzamiento del principio de justicia universal por parte de las legislaciones nacionales para, junto con la competencia de la CPI, cerrar las brechas de impunidad existentes.

Cabe imaginar un escenario hipotético –y todavía utópico- en el que: a) todos los Estados del mundo fueran parte del Estatuto de Roma; b) todos hubieran adoptado en su derecho interno las normas necesarias para asumir su competencia, por lo menos, para los crímenes de genocidio, de guerra y contra la humanidad cometidos en su territorio y/o por sus nacionales, y c) todos ellos tuvieran la capacidad y la voluntad de aplicarlas. En ese escenario la CPI

---

<sup>224</sup> CARDENAS, C. *Op cit.* p.11



tendría solamente una función residual de corrección de aquellos escasos supuestos en que los respectivos Estados competentes no hubieran desarrollado correctamente su función judicial. En ese contexto, el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros Estados, sin conexión directa con el crimen, resultaría prácticamente innecesario para los crímenes de competencia de la Corte<sup>225</sup>.

Sin embargo, como ya hemos podido constatar, estamos muy lejos de dicho escenario. Aún existen muchos Estados fuera del sistema de la Corte Penal Internacional, entre ellos, importantes potencias y la mayoría de los países árabes. Conjuntamente, sólo una parte de esos Estados han adoptado normas que permitan establecer su jurisdicción sobre los crímenes de competencia de la CPI, cometidos en su territorio o por sus nacionales. Por lo tanto, como ya decíamos, la jurisdicción universal sigue siendo en nuestros días una herramienta fundamental de justicia para las víctimas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra que aún no han encontrado un espacio adecuado para ser oídas y reparadas (a lo menos en parte) en sus derechos quebrantados .

---

<sup>225</sup> PIGRAU, A. *Op.cit.* p.136

- ii) Formas de solución de los eventuales conflictos de competencia entre el principio de complementariedad y el principio de universalidad.

En primer lugar, debemos aclarar que la competencia de la Corte Penal Internacional no puede basarse en el principio de universalidad. Conforme al segundo apartado del artículo 12, la Corte Penal Internacional puede ejercer su competencia cuando un Estado es parte del Estatuto (o bien, ha reconocido la jurisdicción para una situación particular; art.12.3) y la conducta punible descrita en el mismo se realizó dentro de su territorio soberano, o cuando el culpable de la conducta criminal sea de esa nacionalidad. Con ello, entendemos que este cuerpo normativo reconoce dos de los tres criterios clásicos de enlace, los mismos que son preponderantemente utilizados por los Estados para circunscribir su competencia, a saber: el principio de territorialidad y el principio de personalidad activa.

Por su parte, el Estatuto de Roma, en ninguna de sus disposiciones señala cuáles son los criterios en virtud de los cuales los Estados Parte deben ejercer su jurisdicción, sólo expresa en su preámbulo que es deber de todos ellos “ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales”, sin distinguir cómo. Por lo tanto, mayoritariamente por la doctrina se interpreta que un Estado tendrá jurisdicción para investigar o

enjuiciar un asunto no sólo cuando su competencia devenga del principio de territorialidad, sino también de otros principios de aplicación de su *ius puniendi*, entre ellos sin duda el principio de justicia universal<sup>226</sup>.

Ahora bien, ya que hemos establecido que el principio de universalidad debe coexistir con la posibilidad de pronunciamiento de la Corte Penal Internacional respecto de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, corresponde definir la forma en que éstas competencias deben coexistir, y consecuentemente, cómo se pueden solucionar los eventuales conflictos de competencia que pudieren suscitarse.

Si analizamos las relaciones existentes entre el principio de jurisdicción universal y la jurisdicción internacional penal, vemos cómo se reducen a la relación entre la jurisdicción de la CPI y la jurisdicción de los Estados, modelo presidido por el principio de complementariedad. En este sentido, cabe plantearse si la jurisdicción de la CPI y el principio de justicia universal son compatibles o se anulan recíprocamente. Podemos afirmar que existe plena compatibilidad, y que, además, el principio de complementariedad tiene que aplicarse a cualquier Estado, Parte o no Parte en el Estatuto de Roma, sobre la

---

<sup>226</sup> RODRIGUEZ, C. *Op cit.* p.9

base de cualquier vínculo jurisdiccional adoptado por su legislación nacional, incluida la jurisdicción universal<sup>227</sup>.

En consecuencia, la competencia en base a la jurisdicción universal y la de la Corte Penal Internacional están, en principio bien definidas. La jurisdicción universal siempre tendrá como ámbito el territorio de un país determinado, de manera que no existe ningún impedimento para que la Corte Penal Internacional funcione complementariamente a la jurisdicción universal. Ahora bien, suponiendo el ejemplo de que un caso haya sido tratado en un tribunal interno por delitos contra sus nacionales cometidos fuera del territorio, la Corte Penal Internacional solo entraría a conocer de dichos casos en el hipotético supuesto de que existiera dilación indebida de justicia, falta de imparcialidad u objetividad, o que el proceso haya sido fraguado de tal manera de que el imputado sea absuelto, es decir cuando la jurisdicción universal resultare insuficiente para el establecimiento de la responsabilidad penal<sup>228</sup>. Sigue primando, como regla general, la competencia nacional de los Estados.

Pero, también puede darse el caso de que un Estado no pueda comenzar con la sustanciación de un juicio penal en contra del presunto

---

<sup>227</sup>QUESADA, C. 2005. Corte Penal Internacional y la soberanía estatal. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 166

<sup>228</sup>. SOSA, J., Jurisdicción universal, Corte Penal Internacional y delitos de lesa humanidad [en línea]<[www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=120&Itemid=65](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=120&Itemid=65)> p.237

culpable de alguno de los crímenes en comento, ya sea porque es incapaz de ejercer su competencia o porque se ve imposibilitado de llevarla a cabo. Ambas posibilidades están contempladas en el art.17 del Estatuto, al tratar las cuestiones de admisibilidad, estableciendo la posibilidad de intervención de la Corte siempre que se cumplan una serie de supuestos o condiciones extraordinarias<sup>229</sup>. En estos casos, también excepcionales, podemos decir que la regla de la complementariedad se cumple, y por tanto tendrá competencia la Corte Penal Internacional.

Si bien, de una interpretación literal del Estatuto de Roma y de una aplicación estricta de sus reglas podemos llegar a estas conclusiones, la doctrina advierte un peligro latente de una aplicación irrestricta de ellas. Señalan que “paradójicamente, el mantenimiento del principio de justicia universal puede producir efectos totalmente contrarios al espíritu de persecución de la impunidad y de solidaridad entre los Estados para

---

<sup>229</sup> Art. 17.2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

conseguirlo, que inunda tanto la idea de justicia universal como la existencia misma de la Corte. Ello es debido a la laxitud con la que se regula el principio de concurrencia en el Estatuto, que atribuye el carácter subsidiario de la Corte ante todo Estado que tenga jurisdicción y alegue que está investigando o enjuiciando el asunto; por tanto no sólo en función del principio de territorialidad, sino también de personalidad, real o justicia universal. Un uso abusivo de su jurisdicción alegando este principio por parte de uno o varios Estados interesados en garantizar la impunidad de unos hechos y la no persecución de sus responsables puede provocar una importante laguna de impunidad”<sup>230</sup>. JUNG LINDEMANN explica esta situación argumentando que la jurisdicción universal, como la conocen algunos Estados, conoce distintos peligros. Llega casi a la frontera de la practicidad, porque se deben realizar costosos procedimientos. Frecuentemente se juzgan los hechos cuyo origen se encuentra a miles de kilómetros de distancia del lugar donde se encuentra el tribunal. Es especialmente difícil traer objetos y medios de prueba. Son comunes los reproches por intervencionismo o por neocolonialismo. Legitimados o no, estos pesados reproches ensombrecen el resultado del procedimiento. Éstas son las razones por las que los difíciles y políticamente cargados procedimientos no se puedan llevar ante una instancia de un Estado que no tiene ninguna relación con los sucesos<sup>231</sup>. En la misma línea, CARMEN QUEZADA señala que “en principio, parece más lógico restringir el principio de

---

<sup>230</sup> SOSA, J. *Op cit.* p. 237

<sup>231</sup> LINDEMANN, J. *Op cit.* p. 65

complementariedad a aquellas jurisdicciones nacionales más directamente conectadas con el acto criminal cometido o con el acusado, ya que son las únicas que están en posición de reunir las pruebas y testimonios”<sup>232</sup>.

Aquí es cuando se presenta la fuerza de la autoridad y legitimidad de la Corte Penal Internacional, siempre y cuando ninguno de los Estados con competencia primaria, esto es, el territorial y el de la nacionalidad del acusado o víctima, se encuentre en situación de llevar un procedimiento penal serio. La competencia de la Corte debería entonces prevalecer a la competencia de un tribunal nacional basado sólo en el principio de universalidad, pues está mucho mejor preparada para enfrentar las problemáticas de un juicio políticamente cargado. Esto no sólo debido a la naturaleza de los crímenes y a sus perpetradores, sino también porque es un tribunal de “expertos en la materia” que goza de mayor especialización, y tiene un peso mucho mayor que el aún más circunspecto juicio de un Estado basándose en jurisdicción universal. Es más, mientras más Estados se adhieran al Estatuto y mientras con ello el alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sea más amplio, existirán menos motivos para recurrir al principio de justicia universal, pues su competencia tendría validez universal y con ello los espacios de impunidad se reducirían al mínimo.

---

<sup>232</sup> QUEZADA, C. *Op cit.* p.168

No obstante, en los supuestos en los que la Corte no pueda o decida no ejercer su jurisdicción, las jurisdicciones nacionales funcionarán como el engranaje final en este sistema de represión de los crímenes de derecho internacional, bloqueando finalmente cualquier fuga del sistema y asegurando la aplicación de una justicia real y efectiva, sin importar el tiempo que hubiere transcurrido. De esta manera se podrá subsanar, a lo menos en parte, el sufrimiento de miles de víctimas y sus familiares alrededor del mundo.



### **Capítulo III: CASOS EMBLEMÁTICOS DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: CASO PINOCHET, CASO SCILINGO Y CASO GENOCIDIO EN GUATEMALA.**

#### **4 Panorama general internacional**

Corresponde finalmente hacer una referencia a los casos prácticos más reconocidos a nivel internacional en materia de jurisdicción universal sobre crímenes de derecho internacional. Los argumentos que han emanado de la jurisprudencia de los tribunales, sobre todo en España, han sido trascendentales en el entendimiento y en la evolución de este principio, que ha estado (y aún está) inmerso en una nebulosa difícil de esclarecer.

Sin el afán de ser comprensivos en cuanto al número de sentencias internacionales que se han pronunciado en la materia, cuestión que de suyo sería imposible de abarcar, nosotros finalizaremos esta memoria citando los argumentos principales de las sentencias de los casos más bullados a nivel internacional, y que han marcado un hito en la interpretación de este principio. Estas corresponden a los pronunciamientos en los casos Pinochet, Scilingo, y genocidio en Guatemala, todas las cuales gozan de ribetes interesantes de mencionar y debatir.

Esta arista jurisprudencial es importante de analizar, sobre todo, porque ha tenido una influencia decisiva en el reconocimiento actual que goza el principio de justicia universal a nivel internacional. En efecto, como consecuencia de los pronunciamientos judiciales antes mencionados, y a otros muchos que se han dictado al amparo de este principio, tenemos que en la actualidad, las legislaciones nacionales cada vez han sido más restrictivas para efectos de otorgar competencia a los tribunales nacionales en base a la jurisdicción universal. Incluso aquellos países que anteriormente recepcionaban de manera amplia este principio en sus leyes orgánicas, en la actualidad han establecido distintas limitaciones para el pronunciamiento de sus tribunales. Así, por ejemplo, tenemos como casos paradigmáticos las legislaciones de Bélgica y España que, en un primer momento consagraban la jurisdicción universal en términos amplios, y que luego del conocimiento de una serie de casos concretos acabaron por restringir su procedencia estableciendo una serie de condiciones para su ejercicio. Mención especial requiere la legislación alemana, que si bien a *prima facie* amplió su procedencia el año 2002, con la dictación de su Código de Derecho Penal Internacional, en realidad también restringía la competencia de sus tribunales en base a criterios de relativos al principio de oportunidad penal.

#### 4.1 Caso Pinochet

El denominado caso Pinochet fue el precursor de la discusión jurisprudencial en torno a la jurisdicción universal, de ahí su importancia y su inclusión en nuestro análisis. Con la solicitud de extradición de España al Reino Unido, fundada en este criterio competencial, se dio comienzo a una ardua discusión doctrinaria, a nivel internacional, sobre su aceptación o exclusión práctica. Si bien es cierto que la Cámara de los Lores no se pronuncia directamente sobre el principio de justicia universal, sino que directamente se aboca a la cuestión de la procedencia o no de la inmunidad diplomática, el fundamento de la Audiencia Nacional para sostener su jurisdicción alcanzó un papel importante en la discusión y en la ciencia jurídica a partir de este caso.

Si nos adentramos un poco en los antecedentes del caso, tenemos que España solicita la extradición de Augusto Pinochet Ugarte, ex jefe de Estado de Chile, por los delitos de genocidio, terrorismo y tortura que presuntamente cometió durante los años de vigencia de la dictadura militar, esto es, entre el 11 de septiembre de 1973 y marzo de 1990. Específicamente, los hechos imputados consisten en muertes, detenciones ilegales y torturas por razones de depuración ideológica o de entendimiento de los valores nacionales, atribuidas al régimen instaurado por el ex gobernante.

Frente a la ocurrencia de estos hechos, el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su orden del 5 de noviembre de 1998, declaró que España tenía jurisdicción sobre los delitos que hubieren sido cometidos fuera de sus fronteras, y no sólo en lo relativo a las víctimas españolas. Citando la misma sentencia, se señala que “España es competente para juzgar los acontecimientos en virtud del principio de enjuiciamiento universal por ciertos delitos (una categoría de del derecho internacional), establecido por nuestra legislación interna. Además tiene un interés legítimo en el ejercicio de dicha jurisdicción porque más de 50 ciudadanos españoles fueron asesinados o desaparecieron en Chile, víctimas de la represión que se cita en las diligencias”<sup>233</sup>

Si bien, la extradición solicitada por España finalmente fue concedida por el Reino Unido luego de una serie de vicisitudes prácticas, la justicia de dicho país no pudo comenzar el juzgamiento que pretendía contra el ex gobernante chileno por los motivos de salud que aquejaban al ex gobernante y que terminaron en su regreso a Chile. Sin perjuicio de ello, pasaremos revista a los antecedentes de hecho más importantes que dieron origen al conflicto, y a los argumentos jurídicos que se esgrimieron en torno a la jurisdicción universal por los tribunales españoles.

---

<sup>233</sup> Sentencia Cámara de Lores (Inglaterra), de 25 de noviembre de 1998. [en línea] <<http://www.derechos.net/doc/pino/lores1.html>>

#### 4.1.1 Antecedentes de hecho

De manera muy general, podemos señalar que el origen de los hechos que se le imputan al ex general Pinochet se pueden remontar al 11 de septiembre de 1973, fecha en que lidera el golpe de Estado en Chile, y que finalmente lo lleva a convertirse en el presidente de la junta militar gobernante primero, y luego en presidente de la república durante todo el período del régimen militar, hasta el 11 de marzo de 1990.

El 16 de octubre de 1998, fue detenido en Londres mientras estaba internado en la *London Clinic*, a instancias de la justicia española que, con fecha 15 de septiembre del mismo año, en el sumario número 1/98, había declarado competente al Juzgado Central de Instrucción de España y solicitado la extradición. Como consecuencia de ello, el juez de la capital Nicholas Evans (Reino Unido) emite la orden de detención provisional al amparo de la sección 8(1)(b) de la Ley de Extradición de 1989, fundado en la existencia de pruebas que acreditaban el asesinato de ciudadanos españoles en Chile entre septiembre de 1973 y el 31 de diciembre de 1983.

Días después, el 22 de octubre de 1998, Ronald Bartle juez de la capital, dictó una segunda orden de arresto a requerimiento del gobierno español, ampliando los hechos que se le imputaban a Augusto Pinochet, señalando que "entre el 1 de enero de 1988 y diciembre de 1992, y ostentando un cargo público, infligió intencionalmente dolor o sufrimiento grave a personas durante el

cumplimiento o pretendido cumplimiento de sus obligaciones oficiales, delitos que están dentro de la jurisdicción del Gobierno de España"<sup>234</sup>.

Como era de esperarse, las autoridades chilenas no quedaron incólumes frente a esta situación. Como respuesta a esta declaración de jurisdicción, el 3 de noviembre de 1998 el senado cursó una protesta formal contra la transgresión de la soberanía de Chile por parte de los tribunales españoles al alegar jurisdicción extraterritorial. También se alegó que este intento de procesamiento vendría a desestabilizar el equilibrio político alcanzado con el proceso de transición a la democracia intentado durante la década del noventa. Además de lo anteriormente expuesto, cabe destacar que a lo largo del mismo año 1998, fueron presentadas once causas penales contra él en los tribunales chilenos, por los crímenes de genocidio, torturas y secuestro.

#### 4.1.2 Antecedentes de derecho relativos a la jurisdicción universal

Los argumentos que están relacionados a la jurisdicción universal están presentes principalmente en el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado Central de Instrucción número seis, que mantenía la jurisdicción de dicho órgano para conocer de los hechos antes mencionados.

---

<sup>234</sup> Sentencia Cámara de Lores (Inglaterra), de 25 de noviembre de 1998. [en línea] <<http://www.derechos.net/doc/pino/lores1.html>>

En esta oportunidad, dentro de las distintas alegaciones de derecho que se formulan, los fundamentos segundo, tercero y noveno, reflexionan en torno a la competencia extraterritorial de los tribunales españoles para el conocimiento del delito de genocidio perpetrado en Chile, rebatiendo los argumentos presentados por el Ministerio Fiscal para excluirla. Las consideraciones de este tribunal, en específico, se exponen de la siguiente manera:

SEGUNDO: (...) El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio -que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave- tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla.

Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un

delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio.

Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución y 97 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de



genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional.

TERCERO: El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera- no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma -tal sucede en este caso-, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española.

(...) El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española ) impone que los hechos sean delito -conforme a las Leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro, tan mencionado- cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la

perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.

NOVENO: En conclusión, los órganos judiciales españoles están investidos de jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento.

El artículo 2, apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas ("La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros") no es norma jurídica que permitiese neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23, apartado cuatro, tantas veces aludido en esta resolución.

Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales.

España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos - categoría de Derecho internacional- acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de cincuenta los

españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos.

Como podemos apreciar, en esta sentencia la Audiencia Nacional formula sus primeras aproximaciones para justificar la aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ, que recoge el principio de jurisdicción universal respecto de determinados delitos. Estos argumentos, a nuestro juicio correctos, fueron utilizados y complementados por los fallos posteriores relativos a esta materia, como señalaremos en los apartados siguientes.

## 4.2 Caso Scilingo

Para estos efectos, analizaremos el razonamiento utilizado por los jueces integrantes de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional de España, en la sentencia dictada el 19 de abril de 2005, en contra de Adolfo Scilingo Manzorro, procesado por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas

### 4.2.1 Antecedentes de hecho que dieron origen al juicio.

En la República Argentina, a lo largo de todo el año 1975, e incluso con anterioridad, los principales responsables militares de cada una de las ramas del Ejército, con la ayuda de las Fuerzas Policiales, los Servicios de Inteligencia y con el apoyo de grupos de civiles, tomaron la decisión de derrocar a la

Presidenta constitucional, María Estela Martínez de Perón, mediante un golpe de Estado que se materializó el 24 de marzo de 1976. Junto con ello, las medidas incluían el diseño, desarrollo y ejecución de un plan criminal sistemático de secuestro, tortura, desaparición y, finalmente, de eliminación física de toda aquella parte de la ciudadanía que reputaban sospechosa de ser "subversiva", entendiendo por tal las que por su forma de pensar, actividades, relaciones o adscripción política resultaban en apariencia incompatibles con su proyecto político y social. Según los antecedentes que se recabaron con posterioridad, la selección de quienes tendrían la consideración de subversivos se haría en función de su adscripción a determinadas actividades y sectores, fundamentalmente por motivos políticos e ideológicos, aunque también influirían los étnicos y religiosos.

Dicho plan comenzó a desarrollarse con una serie de Decretos que, a instancia de los responsables militares, firmó el Presidente interino Ítalo Luder, el 6 de octubre de 1975. Se ha entendido que a partir de esta fecha los máximos responsables militares de los tres ejércitos y los policiales y de los Servicios de Inteligencia, ultimaron los preparativos en forma coordinada para la toma del poder y el desarrollo a gran escala del plan de eliminación y desaparición sistemática de personas de los diferentes bloques de población, clasificándolas bien por su profesión, adscripción ideológica, religiosa, sindical, gremial o intelectual, e incluso étnica y que afectaría a estudiantes, trabajadores, amas de casa, niños, minusválidos o discapacitados, políticos,

sindicalistas, abogados, judíos y, en general, cualquier persona o sector que entendían opuesto a la selección realizada, so pretexto de desarrollar o participar en actividades supuestamente terroristas y contrarias a lo que denominaban "*la moral occidental y cristiana*", y que incluso dio pie también a la represión por motivos religiosos contra todos aquéllos que no perteneciesen o discrepasen de la doctrina "*oficial*" católica, según la entendía la cúpula militar<sup>235</sup>.

Como un método adicional, también se utilizó la detención de las mujeres embarazadas, que permanecían con vida hasta el alumbramiento con el objeto de entregar sus hijos a familiares de marinos, militares o civiles y así evitar la "contaminación" que supondría devolver los niños a sus familias biológicas.

Para ejecutar materialmente el proyecto criminal dibujado, aprovecharon la propia estructura militar de la Nación, dividida en seis zonas, a su vez divididas en subzonas y áreas. Dentro de cada una de estas Zonas se habilitaron dependencias militares o se prepararon una serie de lugares idóneos, hasta un número aproximado de 340 centros clandestinos de detención

Desde el 24 de marzo de 1976 -fecha del golpe de Estado- hasta 10 de diciembre de 1983, las Fuerzas Armadas argentinas usurparon ilegalmente el gobierno y pusieron en marcha el llamado "Proceso de Reorganización

---

<sup>235</sup> Sentencia Audiencia Nacional (España), Rol: 16/2005, con fecha 19 de abril de 2005 [en línea] <[www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-\(Scilingo\)Sentencia-condenatoria.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-(Scilingo)Sentencia-condenatoria.htm)>

Nacional" (P.R.N.) y la denominada "Lucha contra la subversión" (L.C.S.), cuya finalidad, en realidad, era la destrucción sistemática de personas que se opusiesen a la concepción de nación sostenida por los militares golpistas, y a las que se identificaría como opuestas a la "Civilización Occidental y Cristiana". Se completaba la estrategia global de terror y exterminio mediante la aplicación del "Manual de Acción Psicológica", que propugnaba la utilización de información y propaganda falsas<sup>236</sup>

Apenas se produce el golpe, se inicia la detención masiva de ciudadanos, acompañada de la práctica sistemática de la tortura con métodos científicos, el exterminio generalizado utilizando diversos métodos, entre ellos los lanzamientos de cadáveres desde aeronaves -conocidos como "vuelos de la muerte", los enterramientos de los cadáveres en fosas comunes, las cremaciones de cuerpos, los abusos sexuales, produciéndose el secuestro y la desaparición forzada de un número de personas que no ha podido determinarse hasta el momento ni por aproximación, y que según algunas fuentes pueden llegar a ser entre 20.000 a 30.000 víctimas. Según consigna la propia sentencia del Tribunal Supremo, constan en el proceso 610 víctimas perfectamente identificadas, de nacionalidad española e hijos y nietos de españoles.

---

<sup>236</sup> Sentencia Audiencia Nacional (España), Rol: 16/2005, con fecha 19 de abril de 2005 [en línea] <[www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-\(Scilingo\)Sentencia-condenatoria.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-(Scilingo)Sentencia-condenatoria.htm)>

Respecto a las formas de participación de Adolfo Scilingo en los hechos anteriormente señalados, durante el juicio se acreditó que el año 1976 formaba parte de la Armada de la República Argentina ostentando la graduación de Teniente de Fragata con destino en la Base Naval de Puerto Belgrano en Argentina.

Precisamente en su condición de oficial, se probó que el procesado asistió a la reunión que, a principios del mes de marzo de ese año, se celebró en el cine de Puerto Belgrano. La importancia de dicha reunión radica en que se discuten las razones golpe de estado entre las máximas autoridades militares y 900 subalternos, los cambios que se producirían con él, y los objetivos trazados hacia el futuro. El procesado, conoció de este modo, el plan antes de que este entrase en ejecución, antes del golpe, y de la misma manera que la gran mayoría de los integrantes en aquel momento del Ejército argentino lo hizo propio.

Scilingo fue destinado al Grupo de Tareas 3.3.2, que comenzó a operar en la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), y el 30 de diciembre de 1976 finalmente fue ascendido al grado de Teniente de navío.

Se concluye que precisamente por su ocupación y por su condición de oficial, tenía pleno conocimiento de cuanto allí acontecía, sobre todo de las actividades relacionadas con sus tareas directas. En particular, se probó que Scilingo tuvo conocimiento de la detención de mujeres embarazadas en sus

visitas a la “capucha” como jefe de electricidad. Igualmente, tuvo conocimiento de lo que denominaron "asados" o cremaciones de cuerpos, porque cada vez que se iba a realizar uno en la ESMA acudían al taller de automotores donde se desempeñaba el procesado. Además, participó directamente en el secuestro de una persona de identidad no determinada, acaecido hacia mediados de 1977 en la zona de Caballito. Finalmente, al igual que el noventa por ciento de los oficiales, Adolfo Scilingo, participó en dos de los llamados "vuelos de la muerte", que tuvieron lugar en junio y agosto de 1977 respectivamente, involucrándose de este modo directamente en la ejecución del plan, y en la muerte de 30 personas.

#### 4.2.2 Antecedentes relativos al inicio del juicio

Con fecha 28 de marzo de 1996, el Juzgado Central de Instrucción número 5 acordó la incoación de diligencias previas con motivo de la denuncia presentada, ratificada al día siguiente por el Fiscal Don Carlos Castresana Fernández.

Con fecha 8 de junio de 1996, se dicta auto por el que se declara la competencia de la jurisdicción española para conocer de los delitos denunciados, acordándose el requerimiento al Ministerio de Asuntos Exteriores para que remitiera información sobre los españoles o personas de origen español asesinados o desaparecidos en Argentina entre los años 1976 a 1983,



así como los procedimientos judiciales que se hubieran seguido por tales hechos.

El 4 de octubre de 1997 el procesado Adolfo Scilingo comparece voluntariamente ante el Juez Instructor prestando declaración sobre los hechos objeto de denuncia, y el 7 de ese mismo mes y año se verifica su ingreso en prisión provisional.

Con fecha 2 de noviembre de 1999 se dictó auto de procesamiento por el Juzgado Central de Instrucción número 5, y el 11 de julio de 2003 se acuerda la apertura del juicio oral.

A partir del 9 de diciembre de 2004 se procedió a la admisión de pruebas propuestas por las partes intervinientes.

#### 4.2.3 Consideraciones jurídicas relativas al principio de universalidad

La sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 16/2005, reviste fundamental importancia para el Derecho penal internacional en dos aspectos principales: la calificación jurídica de los hechos como un delito de lesa humanidad y la persecución de los crímenes a la luz del principio de jurisdicción universal.

Respecto al primer punto, debemos señalar que la Audiencia Nacional modifica la calificación jurídica que en un comienzo se le había atribuido a los hechos cometidos durante la dictadura argentina, ya no como genocidio, terrorismo y torturas, sino como un solo delito de lesa humanidad, con causación de muerte de 30 personas y aplicación de las circunstancias previstas en el artículo 139 del Código Penal de alevosía, detención ilegal y tortura.

El problema se produce debido a que la incorporación de dicho delito al sistema jurídico español, en el art. 607 bis, es posterior al acaecimiento de los hechos, lo que produce un conflicto con el principio legalidad y con la irretroactividad de la ley penal.

El razonamiento utilizado por el tribunal para salvar esta situación fue el siguiente:

“La primera consideración que ha de realizar este Tribunal es que en la labor aplicativa de la indicada norma se halla obviamente ante un tipo penal de derecho interno que se introduce por primera vez en el Código Penal y que, como tal, debe considerarse que, en principio, se refiere a situaciones y debe desplegar su efecto de cara al futuro. En este sentido, siguiendo los postulados clásicos del derecho penal, ésta norma no podría aplicarse nunca, en contra de lo que aquí se pretende, en conductas acontecidas totalmente en el pasado.

La segunda consideración a efectuar es que aunque podamos encontrarnos aparentemente en una situación de aplicación exclusiva de derecho interno, no es así, ya que la conducta enjuiciada también esta incurso en normas de derecho penal internacional, en concreto, constituye, o esta incurso, como hemos visto, un crimen contra la humanidad (lesa humanidad).

La tercera consideración, que trata de conjugar las dos anteriores, se refiere a las especiales características de esta clase de normas penales de derecho interno en cuanto que también contienen o incorporan en derecho interno o reconocen mandatos o prohibiciones preexistentes de derecho internacional público.

Lo anterior nos permite hacer la primera afirmación de la particular naturaleza jurídica de esta clase de normas, en cuanto que podríamos decir que de alguna manera no son autónomas, o al menos no totalmente, en cuanto que en gran medida representan la positivización en el derecho interno de preexistentes normas internacionales de carácter penal, integrantes por sus características y objeto, como se analiza en el apartado correspondiente de esta resolución, del *ius cogens* internacional y, por ello, con validez obligatoria *erga omnes*, tanto en cuanto a las conductas delictivas como a la aplicación de las consecuencias.

(...) La singularidad de la clase de normas que se aplica, en aspectos esenciales de la mismas, requieren un radical replanteamiento del tema, hasta el punto de que, como se verá, son normas que necesariamente requieren un esfuerzo de reinterpretación de los efectos tradicionales de los principios penales clásicos, y sin llegar a afirmar que deban regirse por otros principios distintos, si se deben adoptar soluciones diferentes, pero sin estar en contra de la esencia de tales principios clásicos.

(...) En relación con las normas internacionales no convencionales se plantean importantes problemas, entre ellos el de la obligatoriedad general de dichas normas, siendo consciente el Tribunal que este problema admite diversas respuestas en función de las clases de normas de que se trate. En el caso de normas penales integradas en el *ius cogens* internacional, el problema es cómo se aplican éstas por el juez en el caso de que no vengan expresamente recogidas en el ordenamiento interno y, sobre todo en este caso, y partiendo de la obligatoriedad de la aplicación de estas normas, cual es su contenido, tanto en la fijación de las conductas, como en el de la pena a imponer. La respuesta, nos tememos, es que por mucho que se reconozca la validez universal o *erga omnes* de dichas normas, si no están expresamente recogidas en el derecho interno resultan de facto inaplicadas y posiblemente desde un punto de vista técnico inaplicables, no pasando de ser algo parecido a un derecho puramente simbólico, a no ser que terminen incorporándose al

ordenamiento interno, en cuyo caso, la pregunta es: ¿Cuándo entró en vigor la prohibición o mandato que contienen? Por tanto, la interrogante se plantea en los términos de que si, en efecto, existen normas de derecho interno que recogen las internacionales, cómo operan estas normas, si lo hacen siguiendo de todo punto la interpretación tradicional de los principios clásicos del derecho penal o existen situaciones en las que deben compatibilizarse ambos derechos bajo la supremacía del Derecho internacional.

Ya hemos anticipado que dichas normas internas ostentan a nuestro juicio, sino una naturaleza jurídica especial, sí características propias que las diferencian de otras, en cuanto que representan o incorporan a otras normas de derecho internacional penal preexistentes.

Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria "*per se*" o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto,

los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos<sup>237</sup>”

Si bien este razonamiento del tribunal fue confirmado por el Tribunal Supremo posteriormente, esta línea argumentativa fue objeto de muchas críticas doctrinarias, sobre todo de los sectores más apegados a los principios del Derecho penal interno.

Así, por ejemplo, ALICIA GIL argumenta que el ordenamiento jurídico español recoge un principio de legalidad férreo y estricto, que impide aplicar directamente por los tribunales penales costumbres internacionales, ya que éstas no puede responder a las exigencias tanto formales como materiales que el ordenamiento jurídico español atribuye a este principio, y por tanto tampoco se puede apelar a la preexistencia de una costumbre internacional para justificar la aplicación retroactiva de un precepto como ha hecho la Audiencia Nacional en este caso<sup>238</sup>.

Dando un paso más allá en este orden de ideas, la autora señala que la costumbre como fuente de Derecho penal no puede cumplir con la garantía

---

<sup>237</sup> Sentencia Audiencia Nacional (España), Rol: 16/2005, con fecha 19 de abril de 2005 [en línea] <[www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-\(Scilingo\)Sentencia-condenatoria.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-(Scilingo)Sentencia-condenatoria.htm)>

<sup>238</sup> GIL, A. 2005. La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0164. [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>>p.6

formal que el Tribunal Constitucional español atribuye al principio de legalidad, ni con el fundamento democrático de dicha garantía formal, ni, sobre todo, con su vertiente material, que consiste no sólo en la preexistencia del mandato o prohibición sino también en la exigencia de taxatividad<sup>239</sup>.

Y sobre la posibilidad de aplicación directa de normas consuetudinarias internacionales, no convencionales, por parte de los tribunales internos, ALICIA GIL es tajante en su crítica al decir que “al tribunal se le olvida que no es un órgano internacional aplicando normas internacionales ni tampoco siquiera un órgano interno aplicando Derecho internacional pues, como ha reconocido, la norma internacional no era *self executing*, sino un órgano jurisdiccional interno aplicando Derecho interno en un Estado de Derecho con un sistema de *civil law*, y su actuación está sujeta a los principios y garantías de su propio ordenamiento aun cuando las mismas no existieran o fueran diferentes en otros ordenamientos<sup>240</sup>

No obstante la fuerza de estos argumentos desde la perspectiva del derecho penal, en la misma sentencia podemos encontrar otros tantos, esgrimidos por la Audiencia Nacional, que gozan de amplio reconocimiento en la actualidad para efectos de aplicar el derecho penal internacional por los tribunales nacionales. En ese sentido, el fallo consigna:

---

<sup>239</sup> Gil, A. *Ibid.*

<sup>240</sup> Gil, A. *Op. cit.* p.7

“Partimos de la prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los Estados al ser un norma de "*ius cogens*" internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas, como tampoco, como veremos, que sean inciertas o imprevisibles ni en el mandato o prohibición que contienen ni en el de la pena a aplicar

En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el Derecho internacional se articula como de *nullum crime sine iure*, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos. En este ámbito la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura hasta que se produce su codificación.



En segundo lugar, que difícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando en el Derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia (internacional) desde hace ya muchas décadas. Que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas.

(...) Consideramos, por tanto, que aunque posteriormente se haya producido una tipificación de este tipo de conductas en el ámbito internacional mediante su cristalización en tratados internacionales, ello simplemente añade un plus de taxatividad y de certeza a la previsibilidad general de la conducta prohibida u ordenada, por lo que no existen sólidas razones para negar el respeto del principio de legalidad, al menos en su manifestación de garantía criminal, a no ser que se haga un interpretación falsa y desviada de dicho principio”<sup>241</sup>.

Sobre el segundo punto, la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal como factor competencial que justifica la actuación de los tribunales españoles en el conocimiento del crimen de lesa humanidad, también reflexiona latamente esta sentencia.

---

<sup>241</sup> Sentencia Audiencia Nacional (España), Rol: 16/2005, con fecha 19 de abril de 2005 [en línea] <[www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-\(Scilingo\)Sentencia-condenatoria.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-(Scilingo)Sentencia-condenatoria.htm)>

Para ello, nos sirve todo el razonamiento que acabamos de exponer, pues la Audiencia Nacional entiende que el especial carácter de los crímenes de lesa humanidad (y en general de los crímenes más graves de trascendencia internacional), autoriza la persecución a través del principio de jurisdicción universal como una excepción a la regla de la territorialidad. En palabras de la propia Audiencia Nacional:

“Ya hemos expuesto suficientemente de que manera el Derecho Internacional ha evolucionado en las últimas décadas de tal forma que en la actualidad los grandes crímenes internacionales (crímenes de guerra, crimen de agresión, crimen contra la humanidad, crímenes de guerra) generan responsabilidad individual penal que no sólo existe en virtud de la actuación del principio de territorialidad penal, sino que es propiamente internacional.

(...) La competencia de la jurisdicción española en el caso puede ser examinada desde la doble perspectiva que se viene haciendo, desde la del derecho internacional y desde el nacional interno. Aunque las normas nacionales admitan la competencia jurisdiccional extraterritorial para la persecución penal de un delito acaecido en el territorio de otro Estado (art 23.4 y 5 LOPJ), estimamos que necesita para ser legítima en el ámbito internacional su reconocimiento en dicho espacio. En el presente caso, y como venimos afirmando, tratándose de responsabilidad individual por

delitos contra la humanidad, viene reconocida esta posibilidad de ejercicio de la persecución penal a cualquier otro Estado.

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

"(..) el carácter de *ius cogens* y *erga omnes* que se les reconoce a algunas conductas consideradas como crímenes contra el Derecho de Gentes. Una primera consecuencia que surge ante la comisión de conductas de esta naturaleza es que la Humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal, aún cuando el derecho doméstico del Estado o Estados donde tuvieron lugar no las considere prohibidas penalmente (...) Conductas como las descritas afectan por igual a toda la humanidad y por lo tanto su carácter criminal no queda librado a la voluntad de un Estado o más Estados particulares, sino que es definido en un ámbito en el que las voluntades estatales individuales se integran con otras para afirmar principios y reglas que en ciertos casos regirán para un Estado aun contra su voluntad. Tampoco el interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables (responsabilidad de los individuos) queda en cabeza del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos. Por el contrario, toda la Humanidad y los Estados en que ésta se organiza tienen

un interés equivalente e el enjuiciamiento y sanción punitiva a sus autores o partícipes. Para asegurar que tal interés sea efectivamente satisfecho, el derecho de gentes asigna competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en su contra (jurisdicción universal) (...) al enjuiciar y penar a los responsables el Estado (incluso el del territorio donde los hechos ocurrieron) actuará en interés del conjunto de la comunidad internacional, interés superior al suyo individual".

(...) Esta circunstancia o característica del sujeto activo del delito, es decir que se trate de un grupo de poder, o que actúe desde el poder, o que tenga capacidad de neutralizar al poder legítimo, es uno de los elementos que internacionaliza a esta clase de delitos, de tal manera que los convierte en crimen contra la humanidad. La razón de la utilidad de la existencia de los crímenes contra la humanidad es precisamente la de garantizar su persecución esencialmente por las dificultades extremas o imposibilidad de la persecución interna de esta clase de delitos y el interés de la comunidad internacional es su persecución y castigo no siendo tan importante su concreta tipificación que puede quedar al cuidado de los derechos internos sino establecer un sistema internacional de persecución efectiva.

(...) En definitiva, una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad, desde nuestro punto de vista la que verdaderamente los singulariza, es la posibilidad de persecución internacional mas allá del

principio de territorialidad. Resulta cierto que lo mas neutral y menos complicado desde el punto de vista de las relaciones internacionales entre Estados, es que sea un Tribunal Internacional general o "da hoc" el que los persiga, sin embargo, lo esencial, reiteramos, es que esa persecución internacional, aunque sea complementaria o subsidiaria de la interna inefectiva o inexistente, se produzca, de tal manera que cuando no se ha podido producir, bien sea por inexistencia, o por otra causa de actuación de un tribunal internacional, el principio de necesaria persecución y de posibilidad de persecución internacional de estos delitos sigue indemne, por lo que resulta procedente que en estos casos actúe una jurisdiccional nacional en sustitución de la internacional y haciendo funciones de ésta. En la esencia, existen pocas diferencias de fondo o substancia entre una y otra situación, ya que lo que es determinante es la internacionalidad del delito y la necesidad asumida desde la comunidad internacional de que sea perseguido, y si la comunidad internacional no pone directamente los medios, y no deroga estos principios básicos de convivencia, puede decirse que no solo esta consintiendo de facto, sino de iure, esta actuación de jurisdicciones nacionales en actuación internacional, al menos en este especifico aspecto referido a la misión de defensa y protección de los derechos humanos contra los ataques mas bárbaros de que puede ser objeto. Es necesario reconocer que, aunque "lo internacional" ciertamente tiene aspectos mas pragmáticos y menos de principios, nos estamos

refiriendo a las exigencias de las buenas relaciones internacionales entre los Estados, hay situaciones inadmisibles y que de ninguna manera pueden tener la consideración de injerencias de unos Estados en los asuntos de otros, sino de la propia Comunidad internacional, que además se preocupa en el establecimiento de puras y simples responsabilidades individuales de los sujetos.

A todo ello se puede añadir, como importante elemento coadyuvante, y de extraordinaria importancia en este caso, la defensa de los propios intereses en la defensa de sus nacionales víctimas del delito. Lo que de ninguna manera tiene a nuestro juicio justificación es la impunidad en el ámbito internacional.”<sup>242</sup>

Para apoyar este razonamiento, la Audiencia Nacional cita una serie de casos jurisprudenciales en que los tribunales nacionales habrían hecho aplicación de este principio, todos los cuales servirían como precedente internacional para su procedencia respecto a Adolfo Scilingo. Ejemplos de ellos son el caso Refik Saric ante el tribunal danés en 1994; los casos Novislav Djajic, Jorgic, Sokolovic o Kusljic ventilados ante los tribunales alemanes a partir de 1997; el asunto relativo a Goran Grabetz, procesado ante un tribunal militar de Lausanne, Suiza, entre otros.

---

<sup>242</sup> Sentencia Audiencia Nacional (España), Rol: 16/2005, con fecha 19 de abril de 2005 [en línea] <[www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-\(Scilingo\)Sentencia-condenatoria.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-(Scilingo)Sentencia-condenatoria.htm)>

Igualmente, resulta de toda relevancia la postura que adopta este tribunal sobre la forma de conciliar la posibilidad de enjuiciar un crimen en base a la jurisdicción universal, con los demás criterios competenciales que pudieren eventualmente proceder. Es importante, sobre todo, porque da cuenta del pensamiento actual de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia en torno a esta temática que, muchas veces, ha sido objeto de desavenencias y discusiones. Por la claridad de su razonamiento, también citamos textualmente las palabras de la Audiencia Nacional sobre este punto:

“Si al tenor de lo que hasta ahora venimos exponiendo resulta incuestionable la universalidad en la persecución de los crímenes contra la humanidad sobre todo cuando viene ejercida por Tribunales internacionales, lo que implica el reconocimiento de la vigencia de este principio mas allá del de territorialidad, sin embargo tampoco cabe en principio excluir éste, en cuanto que aparece como el primero y mas natural de los principios de actuación jurisdiccional. No obstante, esta regla tiene excepciones, por ejemplo en el caso de los Estatutos para los Tribunales de la Ex Yugoslavia y Ruanda en los que la competencia viene establecida en primer grado a dichos Tribunales "ad hoc", siendo el principio de territorialidad puramente funcional.

Sin embargo, pierde justificación la actuación jurisdiccional internacional cuando actúan eficazmente los tribunales del territorio en el ejercicio de su

jurisdicción y se satisfacen de forma adecuada las necesidades de justicia. En ese caso estimamos no será posible o al menos no resulta adecuada la actuación de la jurisdicción internacional, salvo en el caso de que ésta esté expresamente reservada para los Tribunales internacionales.

Esta regla resulta igualmente aplicable cuando lo que se ejerce es la jurisdicción internacional por una jurisdicción nacional. La actuación eficaz de las autoridades competentes territorialmente vacía de contenido a la jurisdicción universal. El mayor problema que se plantea en este caso es determinar cuando efectivamente se ha ejercido jurisdicción eficaz. A este respecto, resultan útiles los criterios contenidos en el art. 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la hora determinar si se ha ejercido o se está ejerciendo jurisdicción efectiva por parte del Estado en cuestión, a los efectos de actuación del principio de complementariedad.

La actuación de la jurisdicción española en actuación del principio de universalidad ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina que ha dado lugar a una situación de impunidad de los responsables penales de los hechos, situación que de forma diferente a lo acontecido en otros países ha devenido, salvo en el caso de que queden definitivamente anuladas las leyes de punto final y obediencia debida, irreversibles.



(...) Creemos que todo el anterior relato resulta suficientemente expresivo y pone de manifiesto la justificación de la actuación del derecho penal internacional para la persecución penal de gravísimos hechos, cuando ésta no es posible en el ámbito interno, precisamente por situaciones de secuestro de la justicia incluso muchos años después de haberse producido los hechos.

En este caso, además, se justifica complementariamente la actuación de la jurisdicción española para la persecución penal de hechos, por la existencia de víctimas españolas<sup>243</sup>.

Finalmente, en base a estos y otros argumentos, la Audiencia Nacional decide condenar a Adolfo Scilingo Manzorro como autor del delito de lesa humanidad a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas. También se le condena por los delitos de detención ilegal y tortura, a las penas de 5 años de privación de libertad por cada una.

Cabe destacar que esta sentencia fue recurrida ante en Tribunal Supremo de España mediante recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, en base a distintos argumentos de forma y fondo. En lo que respecta al fondo, y específicamente a la reclamación por la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley en relación con el

---

<sup>243</sup> Sentencia Audiencia Nacional (España), Rol: 16/2005, con fecha 19 de abril de 2005 [en línea] <[www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-\(Scilingo\)Sentencia-condenatoria.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-(Scilingo)Sentencia-condenatoria.htm)>

principio de legalidad, se rechaza la alegación en base a los mismos criterios fijados por el la Audiencia Nacional en este caso, y por los criterios fijados en el caso Guatemala, que analizaremos en lo sucesivo.

#### 4.3 Caso Guatemala

Este, sin duda, es de los casos de mayor trascendencia en lo relativo al tema que nos convoca, la jurisdicción universal. Resulta así pues, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, e incluso el Tribunal Constitucional de España tienen oportunidad de referirse específicamente a esta materia, y a los límites fijados internacionalmente para su procedencia.

De tal relevancia resulta este caso, y en especial la acalorada discusión (indirecta) que existió entre los miembros del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que muchos lo sindicaron como la causa principal de la reforma que se realizó al art.24.3 de la LOPJ en el año 2009, que precisamente viene a restringir la procedencia de la jurisdicción universal, como mencionaremos más adelante.

A continuación, haremos una referencia breve a los antecedentes de hecho que dieron origen a la contienda judicial en el denominado caso “genocidio en Guatemala” o “genocidio maya”. En circunstancias de que

ninguna de las resoluciones citadas se pronuncia sobre el fondo del asunto, sino más bien sobre la jurisdicción de los tribunales españoles, no hablaremos de hechos probados en el juicio, sino de antecedentes de hecho que justifican la interposición de los mismos. Terminaremos analizando los argumentos de derecho que utilizan tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional para rechazar y acoger, respectivamente, la procedencia de la jurisdicción española en base al principio de universalidad.

#### 4.3.1 Antecedentes de hecho

Este proceso fue incoado por la premio nobel de la paz, doña Ribogerta Menchú Tum, quien interpuso denuncia ante el Juzgado de guardia de la Audiencia Nacional, el día 2 de diciembre de 1999. En ella se relataban una serie de hechos ocurridos en Guatemala en el contexto de la guerra civil que experimentaba dicho país, que estimaba constitutivos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal. Posteriormente, su iniciativa fue apoyada por las denuncias y querellas de otras víctimas y varias instituciones defensoras de los derechos humanos, como la Asociación de Derechos Humanos de España, la Asociación libre de Abogados, la Asociación contra la Tortura, la *Associació d'Amistat amb el Poble* de Guatemala, la Asociación Centro de Documentación y Solidaridad con América Latina y África, el Comité

Solidaridad Internacionalista de Zaragoza, la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos de Madrid, entre otras.

Estas acciones estaban dirigidas contra el ex presidente de dicho país, José Efraín Ríos Montt y otros 7 oficiales de alto rango, por 3 atentados que en particular que se consideraban paradigmáticos y representativos de la situación de abuso y represión que vivía la minoría indígena maya en dicho país, ocurridos entre los años 1978 y 1986. Estos hechos dicen relación específicamente con: 1) el asalto y la matanza cometida en la Embajada de España en Guatemala, el 31 de enero de 1980, en el cual murieron 37 personas, en su mayoría indígenas, y 3 ciudadanos españoles. El contexto de estos hechos corresponde a la protesta masiva por la represión y las pésimas condiciones de vida en la que se encontraba esta minoría; 2) la persecución que sufrió la familia de la denunciante, Rigoberta Menchú; 3) la muerte de los sacerdotes españoles Faustino Villanueva, José María Cirera, Juan Alonzo Fernández y Carlos Pérez Alonzo durante las sucesivas dictaduras guatemaltecas.

Recordemos que estos hechos se enmarcan en un largo período de guerra civil<sup>244</sup>, dirigido principalmente en contra de indígenas mayas, cuyo nivel

---

<sup>244</sup> Según el Informe de la Comisión para el Esclarecimiento de los Hechos para las Naciones Unidas, los antecedentes inmediatos a este conflicto armado nacional se encuentran en una serie de fenómenos internos, como la caída del arbencismo, el feroz anticomunismo de

de violencia y sangre llevó a la calificación de uno de los genocidios de mayor magnitud del siglo XX. Según las cifras arrojadas por el Informe de la Comisión para el Esclarecimiento de los Hechos de Guatemala (“Guatemala memoria del silencio”), más de 200000 personas fueron asesinadas o desaparecidas entre 1960 y 1996 en el conflicto interno, concentrándose la mayoría de los ataques entre 1982-1983 (el denominado “holocausto silencioso”), donde el Estado justificó la exterminación de aproximadamente 440 comunidades mayas diciendo que eran parte de un complot comunista contra el gobierno.

Los interesados antes mencionados deciden recurrir a la justicia española pues consideraban competente a la Audiencia Nacional de conformidad con lo dispuesto en el art. 23.4, apartados a), b) y g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que consagra el principio de justicia universal. Si bien en un primer momento el Ministerio público pretendía el archivo de las actuaciones al no estimar competente a la Jurisdicción española, el 27 de marzo de 2000 el juez central (número 1) desestimó tal pretensión y declaró su competencia, admitiendo las querellas interpuestas y ordenando practicar diversas diligencias, entre ellas un requerimiento a las Autoridades de Guatemala para que manifestasen si en la actualidad existe algún proceso penal contra los denunciados por los mismos hechos, singularmente los de la Embajada de

---

importantes sectores de la población y de la Iglesia Católica, y la alianza defensiva de militares, empresarios y otros segmentos de la población temerosos del cambio social. Asimismo, intervinieron factores externos como la guerra fría y la influencia de la triunfante revolución cubana al alentar en todo Latinoamérica el naciente movimiento guerrillero.

España, “con expresión, en su caso, de las suspensiones o paralizaciones de los procesos y sus causas y fechas” y “de las resoluciones judiciales decretando el archivo o sobreseimiento”<sup>245</sup>.

Con todo, el Ministerio Público sostuvo su oposición mediante el recurso de reforma y luego con un recurso de apelación, y tras varias vicisitudes la causa se revisó por el Tribunal Supremo en recurso de casación, con el objeto de determinar si la jurisdicción española era competente para pronunciarse respecto de los hechos antes señalados en base al principio de jurisdicción universal. Tras ser acogido parcialmente dicho recurso, y en consecuencia ser limitada la competencia de los tribunales españoles sólo a las hipótesis en que estaban involucradas víctimas españolas, el 25 de febrero de 2003, los actores deciden recurrir finalmente ante el Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo, con el objeto de revisar esta situación y asegurar el conocimiento de todos los hechos alegados en un comienzo. La sentencia de este tribunal se dictó el 26 de septiembre del año 2005, acogiendo el recurso y declarando la falta de validez de la decisión anterior.

---

<sup>245</sup> Sentencia Tribunal Constitucional (España), Rol: 237/2005, con fecha 26 de septiembre de 2005. [en línea] <[http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-09-26-STC-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-competencia.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-09-26-STC-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-competencia.htm)>

#### 4.3.2 Decisión del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal (fallo de mayoría)

La mayoría de los jueces integrantes del Tribunal Supremo<sup>246</sup>, en la sentencia de 25 de febrero de 2003, viene en acoger parcialmente el recurso de casación interpuesto por Rigoberta Menchú y otros por infracción de la ley y preceptos constitucionales, lo que significó, en definitiva, una restricción de ámbito de competencia material de los tribunales españoles respecto a la causa, y de la procedencia general del principio de jurisdicción universal.

En base a una serie de argumentos derivados de la costumbre, los tratados, las leyes y la jurisprudencia de los tribunales nacionales, estos jueces razonan en torno a la procedencia del principio de jurisdicción universal, acogéndola con una serie de limitaciones. A grandes rasgos, entienden que los tribunales nacionales, y en concreto la Audiencia Nacional española, tiene competencia para conocer del crimen de genocidio perpetrado más allá de sus fronteras, en base a este criterio competencial denominado jurisdicción universal, pero siempre que existan víctimas españolas o esté involucrado un interés especial del país en los hechos.

---

<sup>246</sup> Según se consigna al final de la propia sentencia, los jueces partidarios de esta decisión son: Luis Román Puerta, Enrique Bacigalupo Zapater, Joaquín Delgado García, José Antonio Martín Pallín, Carlos Granados Pérez, Cándido Conde-Pumpido Tourón, José Antonio Marañón Chavarri, Joaquín Giménez García, Andrés Martínez Arrieta, Juan Saavedra Ruiz, Julián Sánchez Melgar, Perfecto Andrés Ibáñez, José Ramón Soriano Soriano, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, y José Manuel Maza Martín.

La línea argumental de esta decisión, la expondremos citando las consideraciones del mismo tribunal, separándolas en razón de las materias para efectos de un mejor entendimiento.

Así las cosas, el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo recae en la negativa a aceptar la conculcación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, del art 24.1 y 24.2 de la carta fundamental. Sus argumentos son los siguientes:

“SEGUNDO.- (...) Varios recurrentes denuncian la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual, según entienden, ha dado lugar a la indefensión prohibida por el artículo 24.2 de la Constitución. La representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras sostiene que tal infracción se ha producido al estimar la Audiencia Nacional el recurso del Ministerio Fiscal atendiendo a consideraciones o argumentaciones no planteadas por el recurrente. También sostiene que al rechazar la competencia de la jurisdicción española se niega el derecho a la tutela judicial.

(...)En lo que se refiere a la tutela judicial efectiva, lo que tal derecho fundamental comporta, en su complejo contenido, es el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a obtener una resolución



fundada -motivación- que dé respuesta a la pretensión que se plantea y el derecho a que, una vez pronunciada sentencia, se obtenga la plena efectividad de sus pronunciamientos (Cfr. Sentencias del TC 32/1982; 26/1983, de 13 de abril; 90/1983, de 7 de noviembre; 89/1985, de 19 de julio; 93/1990 de 23 de mayo; 96/1991, de 9 de mayo; 7/1992, de 30 de marzo, entre otras).

(...) Ello no supone, sin embargo, el derecho a obtener una resolución favorable a la pretensión deducida ante el órgano jurisdiccional, pues es habitual que los Tribunales hayan de resolver entre pretensiones contrarias entre sí.

El Auto impugnado contiene una argumentación que puede no ser compartida pero que, solo en base a esa razón, no puede ser tachada de inexistente o arbitraria. Su corrección interna puede ser discutida a través de los motivos por infracción de ley, pero la aceptación de criterios sobre el fondo que conducen al archivo del procedimiento penal no supone una denegación prohibida de la tutela judicial, pues a la pretensión de los denunciados sobre la actuación de los Tribunales en orden a la

persecución y enjuiciamiento de unos determinados hechos, se ha respondido motivadamente que tal actuación no procede”<sup>247</sup>.

Luego, frente a la alegación de los recurrentes sobre la exclusión del principio de subsidiariedad acogido por el tribunal de la instancia, en base a una errónea interpretación de lo dispuesto en el Convenio para la represión y sanción del genocidio, según la cual la intervención de una jurisdicción nacional en materia de persecución del genocidio cometido en país extranjero solamente estaría justificada en defecto de las jurisdicciones inicialmente competentes según el Convenio, es decir, los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o una corte penal internacional, el Tribunal Supremo expone lo siguiente:

“SEXTO.- El Convenio no establece la jurisdicción universal, pero tampoco la excluye. Tampoco excluye otros criterios. Si se reconoce la posibilidad de que intervenga más de una jurisdicción nacional, al ser varios los criterios de atribución jurisdiccional, habrá de aceptarse algún criterio de prioridad, orientado a resolver los supuestos de concurrencia efectiva y real de jurisdicciones activas, de manera que ha considerarse natural que la actuación de los Tribunales del lugar de comisión excluya, en principio, la de los Tribunales de otro Estado.

---

<sup>247</sup> Sentencia Tribunal Supremo (España), Sala de lo Penal, Rol: 803/2001, con fecha 25 de febrero de 2003 (Voto de mayoría) [en línea] <[http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-STS-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-falta-competencia-\(Anulada\).htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-STS-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-falta-competencia-(Anulada).htm)>

Desde la perspectiva del derecho vigente en Guatemala, no apreciamos la existencia de un impedimento u obstáculo legislativo para la persecución de los hechos denunciados. Los recurrentes lo deducen de la interpretación que hacen de la legislación guatemalteca que consideran aplicable al caso.

En cualquier caso, el criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en la Convención para la represión y sanción del genocidio, resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano.

En primer lugar, en este caso, de un Estado soberano con el que España mantiene relaciones diplomáticas normalizadas. Una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado. El artículo 97 de la Constitución española dispone que el Gobierno dirige la

política exterior, y no puede ignorarse la repercusión que en ese ámbito puede provocar una tal declaración”<sup>248</sup>.

Ahora bien, quizá la parte más interesante del fallo de la mayoría está relacionada a su valoración de la procedencia y el alcance del principio de jurisdicción universal sobre el (presunto) crimen de genocidio. Para estos efectos, el Tribunal Supremo construye el siguiente argumento:

“SEPTIMO.- Los recurrentes sostienen que los hechos denunciados son constitutivos de un delito de genocidio. Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique perjuicio alguno respecto al fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico.

El Convenio para la represión y sanción del genocidio, de 9 de diciembre de 1948, al que se adhirió España el 13 de septiembre de 1968, fue publicado en el BOE de 8 de febrero de 1969. En este Convenio, las partes contratantes confirman que el genocidio es un delito de derecho internacional que se comprometen a prevenir y a sancionar. Esta

---

<sup>248</sup> <sup>248</sup> Sentencia Tribunal Supremo (España), Sala de lo Penal, Rol: 803/2001, con fecha 25 de febrero de 2003 (Voto de mayoría) [en línea]  
<[http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-ST5-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-falta-competencia-\(Anulada\).htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-ST5-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-falta-competencia-(Anulada).htm)>

disposición, aunque supone la concreción normativa del sentimiento internacional acerca del delito de genocidio, no puede interpretarse en el sentido pretendido por los recurrentes, según los cuales significa la consagración de la jurisdicción universal. Tal entendimiento sería contradictorio con lo establecido posteriormente en el artículo 6, que dispone que será competente para el enjuiciamiento la jurisdicción del territorio o una corte penal internacional.

Esta determinación de la jurisdicción no tendría sentido si se entendiera que el artículo I ya había consagrado el compromiso de las partes contratantes de proceder a su persecución y sanción sea cual fuere el lugar de comisión. Además, el artículo VIII, antes transcrito, no autoriza a cada Estado a instituir su jurisdicción bajo aquel principio de universalidad, sino que contempla otra forma distinta de reaccionar ante la comisión de este delito fuera de su territorio, estableciendo expresamente el recurso a los órganos competentes de la ONU con la finalidad de que adopten las medidas pertinentes en cada caso.

OCTAVO.- Sin embargo, como ya hemos indicado, aunque el Convenio no establece expresamente la jurisdicción universal, tampoco la prohíbe. No sería correcto interpretar sus disposiciones de modo que impidieran la

persecución internacional de este delito con arreglo a otros criterios o principios distintos del territorial.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que derogó a la anterior ley de 1870, en su artículo 23.4 establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española, como delito de genocidio, entre otros.

Sin perjuicio de las diferencias apreciables entre unos y otros delitos, no se establece particularidad alguna respecto al régimen de su persecución extraterritorial. Una previsión tan general como la contenida en este precepto suscita ciertos interrogantes.

En el ámbito del funcionamiento de los Tribunales nacionales españoles, este artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia.

Desde otra perspectiva, de mayor amplitud, se debe analizar, especialmente, si el principio de jurisdicción universal puede ser aplicado sin tener en consideración otros principios del derecho internacional público. Como principio, y con carácter general, la previsión de la ley española ha de hacerse compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, tal como es entendido por los Estados.

La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que le corresponden a aquella, que en muchos aspectos viene delimitada por la de otros Estados.

Cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de jurisdicción universal y otros principios de derecho internacional público.

A este respecto, es preciso tener en cuenta que en la doctrina del derecho penal internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte de un Tratado. En tales casos se admite que el principio tiene una justificación indudable. Por el contrario, cuando solo ha sido reconocido

en el derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional. En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede -como ha quedado dicho- contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales. Ambas limitaciones han sido expresamente aceptadas por los Tribunales alemanes

NOVENO.- Como antes indicábamos, hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción. Sin duda existe un consenso internacional respecto a la necesidad de perseguir esta clase de hechos, pero los acuerdos entre Estados no han establecido la jurisdicción ilimitada de cualquiera de ellos sobre hechos ocurridos en el territorio de otro Estado, habiendo recurrido, por el contrario, a otras soluciones.

La cuestión se plantea en ocasiones con especiales particularidades, pues no puede descartarse que, en determinadas circunstancias, se hayan cometido crímenes de derecho internacional con el consentimiento o,



incluso la participación directiva, de las autoridades del Estado, lo que podría impedir su efectiva persecución. En estos supuestos, los crímenes se cometen en el marco de lo que en la doctrina moderna se ha identificado como estructuras o maquinarias de poder organizadas, que, situadas extramuros del Estado de Derecho, presentan características propias muy específicas, que repercuten especialmente sobre las reglas de la autoría y la participación.

En estas ocasiones, la especial gravedad de los hechos, unida a la ausencia de normas internacionales expresas, o a la inexistencia de una organización internacional de los Estados, podría explicar la actuación individual de cualquiera de ellos orientada a la protección de los bienes jurídicos afectados.

(...) Por otra parte, no cabe duda alguna que el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 2.7 Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones solo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional, y en especial por las Naciones Unidas como su órgano representativo, de forma que una tal decisión no debería ser adoptada unilateralmente por un Estado o por los

jueces de un Estado, apreciando por sí la necesidad o conveniencia de la intervención.

(...) En los tratados internacionales suscritos en orden a la persecución de delitos que afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogándose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución.

DÉCIMO.- (...) Por otro lado, una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de jurisdicción universal modulando su extensión con arreglo a criterios de

racionalidad y con respeto al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal. Se une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes.

Esta conexión deberá apreciarse en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él, pues solo así se justifica dicha atribución jurisdiccional. En este sentido, la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados, no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes, en los que tal conexión no se aprecie.

UNDÉCIMO.- En aplicación de lo expuesto, respecto al delito de genocidio, la jurisdicción de los Tribunales españoles, sobre la base del principio de justicia universal, no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la represión y sanción del genocidio, ni de las de ningún otro convenio o tratado suscrito por España.

(...) Por otra parte, no consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición. El ejercicio de la jurisdicción respecto de los hechos denunciados no podría basarse en estos datos. No se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes. Aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico”<sup>249</sup>.

En base a todo lo expuesto, entonces, el voto de mayoría está por aceptar la competencia para investigar y juzgar de los tribunales españoles en base a la jurisdicción universal sólo respecto de dos casos: el asesinato de los sacerdotes españoles y del asalto a la Embajada Española en Guatemala, cuyas víctimas sean de nacionalidad española. En razón de ello, se acoge parcialmente el recurso de casación.

---

<sup>249</sup> <sup>249</sup> Sentencia Tribunal Supremo (España), Sala de lo Penal, Rol: 803/2001, con fecha 25 de febrero de 2003 (Voto de mayoría) [en línea]  
<[http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-ST5-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-falta-competencia-\(Anulada\).htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-ST5-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-falta-competencia-(Anulada).htm)>

#### 4.3.3 Voto particular de magistrados del Tribunal Supremo

Como ya habíamos adelantado, el pronunciamiento del Tribunal Supremo tiene un interesante voto de minoría, formulado por los magistrados Joaquín Delgado García, José Antonio Martín Pallín, Cándido Conde-Pumpido Tourón, José Antonio Marañón Chavarri, Joaquín Giménez García, Andrés Martínez Arrieta y Perfecto Andrés Ibáñez. Su importancia radica, sobre todo, en la respuesta que se da a cada uno de los argumentos expuestos por el fallo de la mayoría, postulando una visión muy coherente y fundamentada en torno a una jurisdicción universal amplia en su aplicación.

Dada la claridad de su análisis, a continuación citaremos los considerandos más relevantes del voto de minoría, principalmente los que razonan en torno a los siguientes puntos: la exclusión del principio de subsidiariedad, al no estar contemplado en el derecho interno español ni en los tratados internacionales vigentes en la materia; la interpretación *contra legem* que realiza el voto de mayoría, específicamente contra el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al exigir requisitos adicionales al presupuesto de la jurisdicción universal no previstos expresamente en la norma; y la forma en que estos magistrados intentan compatibilizar la procedencia de la jurisdicción universal y la completa desconexión o ajenidad a la causa a la justicia española, de manera

de auto restringir su jurisdicción y evitar llegar a constituirse en un tribunal penal internacional.

“PRIMERO: Discrepamos, sin embargo, de la resolución dictada por estimar que mantiene una doctrina excesivamente restrictiva en la aplicación del relevante principio de justicia universal, doctrina que no respeta lo establecido por el Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de Genocidio en el art.23.4 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Genocidio constituye un crimen universalmente reconocido y unánimemente condenado por la Comunidad Internacional. Sus autores son enemigos comunes de toda la humanidad pues atentan contra nuestros valores más profundos y, al negar el derecho a la existencia de un grupo humano, cometen la más grave violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal para evitar la impunidad en un caso de Genocidio étnico implica actuar en representación de la Comunidad Internacional.

Los rigurosos límites establecidos por la resolución mayoritaria para la aplicación de la jurisdicción universal en materia de Genocidio son, a nuestro entender, incompatibles con el tratamiento de este grave crimen contra la humanidad en nuestra legislación interna y en el derecho internacional.

SEGUNDO.- De lo afirmado en los fundamentos jurídicos uno al sexto de la resolución mayoritaria debe deducirse que esta Sala, en su conjunto, estima improcedente la aplicación del principio de subsidiariedad realizada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que constituye el único fundamento expuesto por la resolución impugnada para revocar el Auto dictado por el Instructor.

En primer lugar este principio no aparece recogido en nuestro ordenamiento positivo interno como limitación a la competencia de la Jurisdicción española en materia de delitos de Genocidio, que se establece con carácter general en el art.23.4 a) de la LOPJ. Este precepto se fundamenta en el principio de justicia universal, en sentido propio, y en consecuencia la única limitación que establece es la de “cosa juzgada”, acogida en la letra c) del apartado segundo del artículo (“que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero.”), pero no la subsidiariedad.

En segundo lugar, el Convenio de Nueva York de 1948 para la prevención y sanción del genocidio, tampoco se refiere en absoluto al principio de subsidiariedad pues en el mismo únicamente se establece una jurisdicción obligatoria para el enjuiciamiento de estos delitos, que es la jurisdicción territorial (art.6). Al no preverse expresamente otras jurisdicciones, salvo la

Corte Penal Internacional, tampoco se establecen reglas de prioridad entre ellas.

TERCERO.- El Convenio de 1948 impone la obligación de ejercicio de su propia competencia a la Jurisdicción de un determinado territorio sobre los actos de Genocidio ocurridos en el mismo, pero no excluye que otros Estados puedan establecer de modo concurrente su jurisdicción extraterritorial sobre este delito, como crimen de derecho internacional, a través de su legislación interna. En definitiva, el Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de genocidio, pero tampoco la impide.

En los supuestos en los que los actos de Genocidio se han realizado al amparo de las estructuras de poder del Estado en el que se cometen, la jurisdicción territorial se encuentra generalmente imposibilitada para actuar, por lo que la jurisdicción extraterritorial constituye el único modo de evitar la impunidad.

Es por ello por lo que buen número de países han asumido el compromiso pactado en el art.1º del Convenio de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, y han hecho uso de la facultad que se deriva del mismo, estableciendo para ello en su legislación interna el principio de jurisdicción universal por el que sus Tribunales pueden enjuiciar estos crímenes.



(...) Esta jurisdicción universal sobre los delitos de genocidio como crímenes de derecho internacional no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, es decir garantizar que el Genocidio será en cualquier caso sancionado.

CUARTO.- Ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de justicia universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de genocidio cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal.

La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de justicia universal.

Ahora bien, este criterio no faculta para excluir la aplicación de lo prevenido en el art.23.4 a) de la LOPJ estableciendo como exigencia para admitir una querrela por Genocidio extraterritorial la acreditación plena de la inactividad o inefectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial. Este requisito vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal del genocidio, pues se trata de una acreditación prácticamente

imposible, y determinaría la exigencia de una valoración extremadamente delicada en este prematuro momento procesal.

Para la admisión de la querrela resulta exigible, en esta materia, lo mismo que se exige en relación con los hechos supuestamente constitutivos del delito de Genocidio. La aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad “*de facto*”.

Pues bien, en el caso actual, la documentación aportada por la querrela y valorada por el Instructor es manifiestamente significativa en el sentido de que transcurridos largos años desde que ocurrieron los hechos, por unas u otras razones, la jurisdicción territorial de Guatemala no ha podido ejercerse de un modo efectivo en relación con el Genocidio sobre la población maya objeto de la querrela.

En consecuencia el motivo de casación por infracción de ley que impugnaba el fundamento de la resolución impugnada, la aplicación del principio de subsidiariedad, debió ser estimado. Dada la naturaleza y efectos del recurso de casación esta estimación debió determinar, sin más

trámites, la anulación del auto dictado en apelación por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmando el auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, que admitió a trámite la querrela, en sus propios términos, sin perjuicio de lo que pudiese resultar de la instrucción de la causa.

SEXTO.- (...) Existe consenso doctrinal en que esta norma acoge el principio de justicia universal, en el sentido de que la jurisdicción española viene atribuida exclusivamente en consideración a la naturaleza del delito, sin tener en cuenta donde fue cometido, ni la nacionalidad de la víctima o la del autor.

La resolución mayoritaria considera que la generalidad de la norma suscita interrogantes, y sugiere la conveniencia de establecer criterios correctores a través de otros principios de derecho internacional, para evitar la apertura generalizada de procedimientos por estos delitos cualquiera que fuese el lugar de comisión. Entre estos criterios se encuentra la exigencia de algún nexo o vínculo de conexión con un interés nacional, criterio al que más adelante nos referiremos.

Pero la argumentación posterior de la propuesta no se limita a establecer criterios correctores sino que sigue una posición doctrinal manifiestamente antagónica a la acogida por el Legislador en el art.23.4 de la LOPJ, con lo

cual se llega a una conclusión que modifica drásticamente dicha norma legal.

En efecto, en el fundamento jurídico undécimo, donde se concretan los criterios de atribución jurisdiccional sobre el delito de Genocidio, se prescinde de lo que establece el citado art.23.4, efectuando una interpretación, a nuestro entender, “*contra legem*”.

El citado precepto dispone con claridad que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como delito de genocidio, entre otros.

En cambio en el fundamento undécimo de la resolución mayoritaria se descarta el ejercicio de la jurisdicción española en relación con el Genocidio denunciado porque ninguna de las víctimas es de nacionalidad española y ninguno de los culpables se encuentra en territorio español. Estima la sentencia mayoritaria que estos son los criterios de atribución de la jurisdicción española en estos casos. Pero lo cierto es que se trata de unos criterios que no aparecen en absoluto en el precepto legal.

SÉPTIMO.- La necesidad de que las víctimas del Genocidio sean españolas como requisito para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por delito de Genocidio resulta manifiestamente antagónica con lo dispuesto en el art.23.4, pues es unánimemente reconocido que este precepto no se

funda en absoluto en el principio de personalidad pasiva. Lo relevante es la naturaleza del Genocidio, como delito contra la comunidad internacional (así lo califica el Código Penal de 1995 en el título XXIV de la parte especial), y no la nacionalidad de las víctimas. Por otra parte se trata de una exigencia que deja prácticamente sin contenido la persecución del Genocidio como delito extraterritorial.

El tipo penal del Genocidio, descrito en el art.607 del Código Penal de 1995 , sólo se perfecciona cuando cualquiera de las conductas tipificadas se realizan respecto de uno de los miembros del grupo étnico que se pretende destruir, total o parcialmente. No es posible calificar como delito de Genocidio conductas que afecten exclusivamente a víctimas de nacionalidad española, si son ajenas al grupo.

La afectación de víctimas o intereses españoles, en el ámbito de un supuesto Genocidio, puede actuar sin embargo como nexo de conexión con un interés nacional, que refuerce las razones que justifican que la Jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto. Pero, en todo caso, la jurisdicción se ejerce, conforme al art.23,4 a) de la LOPJ, en aplicación del principio de justicia universal, abarcando por tanto la actuación genocida en sentido propio.

Por ello, cuando se afirma que la jurisdicción española únicamente sería competente para el conocimiento de un delito de Genocidio si el Genocidio

se realizase contra españoles, se está aplicando un principio de interés nacional que no tiene nada que ver con la consideración de delito contra la comunidad internacional que nuestra propia legislación interna atribuye al Genocidio

OCTAVO.- La necesaria presencia de los responsables del delito en el territorio español es el otro criterio de atribución de Jurisdicción a los Tribunales españoles que reconoce la resolución mayoritaria, para el supuesto de que las víctimas del Genocidio no sean ciudadanos españoles. Esta restricción la deduce la resolución mayoritaria del análisis de una serie de Convenios Internacionales, ajenos al supuesto del Genocidio, pero que considera que actúan como límite de lo prevenido en el art 23.4 de la LOPJ dada la referencia a los Convenios que se contiene en el último apartado de dicho precepto.

Basta la lectura del art 23.4, para apreciar que distingue entre dos grupos de delitos a efectos de la aplicación del principio de jurisdicción universal que consagra. En primer lugar los que son de inmediata y directa competencia extraterritorial, por imperativo del propio precepto legal interno (apartados a) a f)) y, en segundo lugar, los que pueden llegar a serlo por aplicación de la firma de algún tratado (apartado g).

Respecto de los primeros el Legislador español asume e incorpora a su ordenamiento interno el principio de jurisdicción universal, en función de la

gravedad de estas infracciones contra bienes jurídicos esenciales de la Comunidad Internacional, acogiendo un principio de “*ius cogens*” que se considera fuera de discusión. Por el contrario el apartado g) abre la norma a lo que pudiese eventualmente resultar de nuevos instrumentos convencionales a los que España decidiese adherirse.

Por otra parte los Tratados establecen ordinariamente unas obligaciones internacionales de ejercicio de la propia jurisdicción en determinados supuestos, que constituyen un mínimo obligatorio y no un máximo. Por ello no puede deducirse de los mismos una prohibición genérica de ejercicio de la jurisdicción universal frente a responsables que no se encuentren en el territorio nacional.

De otro modo en ningún caso podría recurrirse a la solicitud de extradición, que tan eficaces resultados ha proporcionado para limitar la impunidad, y que expresamente preveía para estos supuestos la propia Ley Orgánica de 1870.

En consecuencia la apertura de un procedimiento para la persecución penal de un delito contra la comunidad internacional conforme a lo prevenido en el art.23.4 de la LOPJ no exige necesariamente la presencia de los responsables del delito en España. Esta presencia solo es necesaria para su enjuiciamiento, al no ser conforme al ordenamiento español el enjuiciamiento en rebeldía de estos crímenes.

En definitiva la presencia de los responsables en España no constituye una condición general para el ejercicio de la jurisdicción penal universal, sino un presupuesto de su practicabilidad, que puede alcanzarse mediante la extradición.

UNDÉCIMO.- La regulación del principio de jurisdicción universal establecida por el Legislador español en la LOPJ de 1985, no limita la aplicación de esta jurisdicción mediante la exigencia adicional de algún punto de conexión con un interés nacional. La resolución mayoritaria parece estimar que este criterio del Legislador no es razonable, y acudiendo a argumentaciones fundamentalmente de "*lege ferenda*", corrige lo establecido en el art.23.4 a) exigiendo la concurrencia de este requisito adicional.

La exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama.



Pero únicamente será así si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla. Se trata de una restricción que no aparece expresamente establecida en la ley, pero que puede ser asumida como emanación de los principios del Derecho Penal Internacional, y aplicada como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial.

Ahora bien, este criterio no puede ser aplicado de tal modo que deje sin contenido con carácter general lo dispuesto en el art 23.4 de la LOPJ, es decir que sustituya la norma legal de atribución de la Jurisdicción exclusivamente en consideración a la naturaleza de determinados delitos, por el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en nuestro ordenamiento, o por el principio de defensa, que ya se recoge separadamente en el apartado tercero del citado art.23 de la LOPJ.

En particular en lo que se refiere al denominado núcleo fundamental de los delitos internacionales, como son el genocidio o los crímenes contra la humanidad, la suplantación del principio de jurisdicción universal por el de personalidad pasiva constituye un error manifiesto, pues se trata precisamente de delitos cuya sanción internacional se fundamenta en que

constituyen una agresión contra valores comunes reconocidos como fundamentales para el conjunto de la Comunidad Internacional.

La aplicación del criterio de razonabilidad anteriormente enunciado puede permitir a un Tribunal nacional que tenga atribuida con carácter general competencia extraterritorial en estos supuestos, como sucede en nuestro país con la Audiencia Nacional, denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción en relación con supuestos hechos delictivos sucedidos en países que no tengan vínculo alguno de conexión, en sentido amplio, con España, con los ciudadanos españoles, con sus intereses y sus relaciones. Esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos, y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula.

Pero si interpretamos el nexo de conexión, como se hace en la sentencia mayoritaria, en sentido tan restringido que únicamente alcanza a los casos de víctimas de nacionalidad española, que, para acoger la competencia por genocidio, deben además formar parte de la etnia que es víctima de dicho

delito, suprimimos en la práctica el principio de jurisdicción universal, derogando lo dispuesto en el art.23.4 de la LOPJ. En efecto el criterio de atribución de la jurisdicción en estos casos ya no sería la naturaleza del delito, como previene expresamente el precepto, sino la nacionalidad de la víctima.

Como hemos señalado la afectación de víctimas o intereses españoles, en el ámbito de un supuesto genocidio, puede reforzar, como nexo de conexión, las razones para que la Jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto, pero en todo caso debe hacerlo en aplicación del principio de justicia universal, abarcando el comportamiento genocida en sentido propio.

En consecuencia, no puede utilizarse la exigencia de vínculos de conexión como fórmula de excluir con carácter general la aplicación del art. 23.4 a) de la LOPJ.

DUODÉCIMO.- En cualquier caso, ha de considerarse que si en algún supuesto concurren dichos criterios de conexión es precisamente en el actual.

En primer lugar ha de atenderse a los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con España, que no permiten utilizar la absoluta ajenidad del asunto como criterio razonable de exclusión de la regla general contenida en el art 23.4 de la LOPJ, que atribuye a la jurisdicción española competencia expresa para enjuiciar delitos de genocidio.

Ha de tenerse en cuenta que una regla relevante en estos supuestos es la de la facilidad para el enjuiciamiento, y en el caso actual la comunidad jurídica y lingüística avalan la mayor efectividad de la intervención jurisdiccional, respecto de otros países que no pertenezcan a esta comunidad cultural.

Aunque prescindamos de este criterio de la comunidad cultural, que para algunos resulta polémico, hemos de atender en segundo lugar al hecho incontrovertible de que la querrela se refiere a un número relevante de víctimas de nacionalidad española, que si no son víctimas directas del delito genocida, pues no pertenecían a la etnia maya agredida, si resultaron asaltadas y agraviadas como represalia por su defensa de los indígenas o en el curso de las acciones supuestamente genocidas.

Y, en tercer lugar, ha de tomarse en consideración el asalto a la Embajada española, que no puede constituir un ejemplo más claro de afectación a los

intereses de nuestro país, y constituye un caso manifiesto de conexión, pues se produjo en el ámbito de las acciones genocidas, como supuesta represalia de la protección que se ofrecía a la etnia agredida

DECIMOTERCERO.- Si en un supuesto como el presente no se aprecia la concurrencia del nexo de conexión, entonces la exigencia de este criterio se transforma en mero pretexto para excluir o suprimir la jurisdicción universal en casos de Genocidio en sentido propio, pues difícilmente se volverá a repetir en la historia de la jurisdicción española un supuesto en el que existan tan plurales vínculos de conexión con un delito de Genocidio étnico, incluido el asalto a nuestra Embajada y el asesinato de sacerdotes españoles que trataban de proteger a la etnia amenazada.

El ejercicio de la jurisdicción universal, al desterrar la impunidad por los grandes crímenes contra la humanidad, como lo es el Genocidio, contribuye a la paz y a la humanización de nuestra civilización. Es cierto que no devuelve la vida a las víctimas, ni puede conseguir que todos los responsables sean enjuiciados. Pero puede ayudar a prevenir algunos crímenes y a enjuiciar a algunos de sus responsables. Con ello contribuye a la consecución de un mundo más justo y seguro, y a consolidar el Derecho

Internacional, en lugar de la violencia, como forma habitual de solucionar los conflictos”<sup>250</sup>.

#### 4.3.4 Fallo del Tribunal Constitucional de España

El Tribunal Constitucional conoce de los diversos recursos de amparo interpuestos por los querellantes de esta causa, ante el rechazo de la mayoría del Tribunal Supremo a la competencia de los tribunales españoles sobre los hechos cometidos en Guatemala en base al principio de jurisdicción universal.

Los argumentos en que se basan las alegaciones de los recurrentes dicen relación principalmente con la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva del art.24 de la Constitución, en sus distintas vertientes. Asimismo, aducen la violación de del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la Constitución), así como también del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Pese a que se interpusieron tres recursos de amparo, el conocimiento de este asunto finalmente fue acumulado en una misma causa, en la que el Tribunal Constitucional responde a cada una de las alegaciones hechas valer

---

<sup>250</sup> Sentencia Tribunal Supremo (España), Sala de lo Penal, Rol: 803/2001, con fecha 25 de febrero de 2003 (Voto de minoría) [en línea]  
<[http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-STS-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-falta-competencia-\(Anulada\).htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2003-02-25-STS-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-falta-competencia-(Anulada).htm)> <sup>250</sup>

por los demandantes. Pasaremos a revisar los pasajes más importantes de los fundamentos jurídicos de esta sentencia, que, en general, secunda los mismos planteamientos del voto particular de los ministros del Tribunal Supremo, que acabamos de exponer. Éstos son los siguientes:

“1. (...) El núcleo de la controversia suscitada se proyecta sobre la interpretación restrictiva que, si bien en virtud de argumentos diversos, ambos órganos judiciales efectúan sobre el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el criterio de competencia jurisdiccional penal allí establecido, referible al principio de la denominada jurisdicción universal, con la consecuencia de negar, en todo o en parte, la competencia de los Tribunales españoles para la persecución y enjuiciamiento de los hechos objeto de las denuncias que han dado lugar al presente procedimiento, hechos calificados en las citadas denuncias como genocidio, terrorismo y torturas, cometidos en Guatemala a lo largo de los años setenta y ochenta. Las tres demandas de amparo coinciden en denunciar que las resoluciones impugnadas han procedido a una interpretación infundadamente restrictiva y *contra legem* del citado precepto a partir de la exigencia de una serie de requisitos no contemplados en el Ordenamiento jurídico, lo que habría conllevado la vulneración de sus derechos fundamentales.

3. (...) Como ha sido puesto de manifiesto en los antecedentes, el núcleo de la controversia radica en la interpretación, abiertamente restrictiva, que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han efectuado de la regla de atribución de competencia incluida en el art. 23.4 LOPJ, con la consecuencia de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de hechos presuntamente calificados como genocidio, terrorismo y torturas.

(...) En la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4, manifestamos que “el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes”.

Esta consideración relativa al fundamento de la jurisdicción universal permite entrar directamente a ponderar el alcance constitucional, desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, de la resolución del Auto de la Audiencia Nacional, por cuanto el presupuesto teórico de que parte para fundar la ausencia de jurisdicción, el principio de subsidiariedad, parece no



ser *prima facie* coincidente con el principio de concurrencia, que este Tribunal ha considerado preferente.

(...) En todo caso, con carácter previo no puede dejar de resaltarse, y ello tanto en relación con la resolución de la Audiencia Nacional como con la del Tribunal Supremo, que el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación.

4. Como ya ha sido anticipado el Auto de la Audiencia Nacional objeto del recurso, apoyándose en resoluciones anteriores del mismo órgano judicial, parte del Convenio sobre genocidio, y, más concretamente, de su art. VI, para concluir afirmando la vigencia de una relación de subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la territorial.

(...) La Audiencia Nacional parte de la concepción de que el citado precepto, que establece la obligación de los Estados en cuyo territorio se produzcan los hechos de proceder a su persecución, en absoluto conlleva una prohibición para el resto de las Partes firmantes de establecer criterios extraterritoriales de jurisdicción para el genocidio; como elocuentemente pone de manifiesto, citando resoluciones anteriores, tal limitación sería contraria “al espíritu del Convenio, que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de impunidad de un crimen tan grave”. No obstante, acto seguido, concluye que el artículo VI del citado Convenio impone la subsidiariedad de actuación de jurisdicciones distintas a las contempladas en él.

Salvando el hecho de que en la resolución combatida no se entra a explicitar las razones por las que se llega a dicha conclusión, sino que tal relación de subsidiariedad se infiere de la sola mención del criterio de

territorialidad (o del relativo a un tribunal penal internacional), debemos comenzar por afirmar que resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal. Partiendo de este dato, y retomando la cuestión que dejamos pendiente, lo cierto es que, desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio *ne bis in idem*, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido.

De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia

Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica *pro actione*, se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE.

5. Tal como ha sido expuesto con detalle en los antecedentes, el Tribunal Supremo fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en distintos argumentos que los de la Audiencia Nacional, atinentes en particular a los límites de aplicación intrínsecos a la regla de jurisdiccional universal plasmada en el art. 23.4 LOPJ. En primer lugar, la Sentencia combatida hace depender la aplicabilidad del citado precepto de que un convenio internacional del que España sea parte avale tal extensión de la competencia jurisdiccional.

(...) De este modo la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería que, sólo cuando viniera expresamente autorizado en el Derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados, según el cual lo acordado en los tratados internacionales no puede ser incumplido por la legislación interna de cada Estado.

(...) Resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente, no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan, siguiendo, de hecho, el mandato plasmado en el art. I, otras herramientas de persecución del delito. Desde la óptica unilateral de los Estados, y salvando la mención a los Tribunales internacionales, lo que el art. VI del Convenio determina es una obligación de mínimos que los compromete a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio. En tales términos, esto es, una vez asumido que el tantas veces citado Convenio no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio, ningún obstáculo puede suponer el art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados para la asunción por los Tribunales españoles de la jurisdicción sobre los hechos presuntamente cometidos en Guatemala; máxime cuando de la finalidad que inspira el Convenio sobre genocidio se desprendería antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención.

En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición.

6. No estando, a juicio del Tribunal Supremo, reconocida la jurisdicción universal por el Convenio sobre genocidio, sostiene la Sala Segunda de este Alto Tribunal que su asunción unilateral por el Derecho interno debe, entonces, venir limitada por otros principios, en virtud de lo que viene siendo regla en la costumbre internacional. De ello se derivará una restricción del ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, exigiendo para su entrada en juego determinados “vínculos de conexión”, como que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas sean de nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo

con intereses nacionales. El empleo de tales criterios correctores se fundamenta por la Sentencia objeto de análisis en la costumbre internacional, llegando a la conclusión de que, no correspondiéndole a cada Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, el ejercicio de la competencia universal sólo será legítimo cuando exista el citado punto de conexión; el cual, resalta la resolución impugnada, ha de tener una significación equivalente a los criterios que, reconocidos en la Ley nacional o los Tratados, permiten la extensión extraterritorial de la competencia.

En apoyo del presupuesto de partida, a saber, que en la costumbre internacional se ha venido restringiendo el alcance del principio de justicia universal, invoca el Tribunal Supremo determinadas resoluciones jurisprudenciales de Tribunales de terceros Estados o internacionales<sup>251</sup>.

(...) Pues bien, lo primero que hemos de poner de manifiesto es que resulta harto discutible que tal sea la regla en la costumbre internacional, y ello, en particular, por cuanto la selección de referencias jurisprudenciales

---

<sup>251</sup> Para estos efectos, cita en particular varios ejemplos como: las diversas resoluciones del Tribunal Supremo Federal alemán, la decisión de la Corte de Casación belga sobre el caso Sharon, así como la resolución de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de 14 de febrero de 2002 (caso Yerodia), en la que se condenó a Bélgica por la expedición de una orden de arresto internacional dictada contra el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo.

efectuado por el Tribunal Supremo en apoyo de dicha tesis no abona tal conclusión, sino, antes bien, la contraria.

Si a lo acabado de afirmar añadimos que existen multitud de precedentes en Derecho internacional que avalarían la postura contraria a la seguida por el Tribunal Supremo en la materia, el presupuesto en que la Sentencia del dicho Alto Tribunal sostiene su interpretación restrictiva del art. 23.4 LOPJ (la existencia de una limitación generalizada del principio de justicia universal en el Derecho internacional consuetudinario) pierde gran parte de su sustento, teniendo en cuenta, en particular, que la selección de referencias no es exhaustiva y no incluye algunas significativamente contrarias a la orientación que se mantiene.

7. (...) Sin lugar a dudas la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la



competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución.

8. Junto al de la presencia en territorio nacional del presunto autor introduce la Sentencia impugnada otros dos vínculos de conexión: el de personalidad pasiva, haciendo depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes, que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real, de protección o de defensa. Tales restricciones parecen ser nuevamente obtenidas de la costumbre internacional, apelando, sin mayor concreción, a que “una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales” se han inclinado por reconocer la relevancia de determinados vínculos de conexión.

Pues bien, al respecto debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece

el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha quedado menoscabado en el presente caso porque una interpretación acorde con el *telos* del precepto conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio *pro actione*, y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el art. 24.1 CE. Por tanto la forzada e infundada exégesis a que el Tribunal Supremo somete el precepto supone una restricción ilegítima del citado derecho fundamental, por cuanto vulnera la exigencia de que “los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la *ratio* de la norma con el

fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad” (STC 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3), al constituir una “denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable”

La exégesis manejada por la Sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el Legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ, y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Obviando el hecho, destacado por el Ministerio público en su informe, de que la referencia al mismo en la resolución impugnada es prácticamente nominal, careciendo de un mínimo desarrollo que permita concretar su contenido, lo cierto es que con su inclusión el núm. 4 del art. 23 LOPJ

queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior. Como ya ha sido afirmado, la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la Sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005

Frente a ello la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal, en la medida en que aspira a unir “el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes” (fundamento jurídico décimo) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que, como ya habíamos afirmado, da lugar a una práctica abrogación de facto del art. 23.4 LOPJ. Además el exacerbado rigorismo con que tales criterios son aplicados por el Alto Tribunal redundando en la incompatibilidad de sus pronunciamientos con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, puesto que exige que la conexión con intereses nacionales deba apreciarse en relación directa con el delito que se toma como base para afirmar la atribución de jurisdicción, excluyendo expresamente la posibilidad de interpretaciones más laxas (y, con ello, más acordes con el principio *pro actione*) de dicho criterio, como la de vincular la conexión con intereses nacionales con otros delitos conectados con aquél, o bien, más genéricamente, con el contexto que rodea los mismos.

10. De todo lo anterior se desprende que tanto el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 han vulnerado el derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los demandantes en su vertiente de acceso a la jurisdicción, por lo que procede otorgar el amparo y, en consecuencia, anular las citadas resoluciones y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de la Audiencia Nacional anulado sin que, en aras a preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo proceda entrar a analizar las denuncias de vulneración de otros derechos fundamentales que se efectúan en la demanda”<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> Sentencia Tribunal Constitucional (España), Rol: 237/2005, con fecha 26 de septiembre de 2005. [en línea] <[http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-09-26-STC-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-competencia.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-09-26-STC-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-competencia.htm)>

## CONCLUSIÓN

A lo largo del siglo XX, luego de que la humanidad experimentara las guerras y enfrentamientos más cruentos de la historia, se hicieron cada vez más patentes los esfuerzos por perseguir a los autores directos de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Las innumerables víctimas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, junto con las graves repercusiones políticas y sociales aparejadas a estos ilícitos, hicieron necesaria la promoción de distintos mecanismos tendientes a la atribución de responsabilidad penal a sus autores directos, ya no desde la óptica del Derecho Penal interno, sino más bien a la luz de criterios netamente internacionales.

La naturaleza de los bienes jurídicos violentados con estos crímenes, sumando a la creciente sensibilización mundial en torno a la protección de los derechos humanos, hizo posible la consolidación del denominado Derecho Penal Internacional y el surgimiento de dos mecanismos importantes y complementarios en la lucha contra la impunidad, a saber: la creación de los tribunales penales internacionales y la aplicación del principio de jurisdicción universal por los tribunales nacionales.

Primeramente, y tal como anotamos en el primer capítulo de esta memoria, en el concierto mundial han existido diversos intentos por reprimir

crímenes de derecho internacional a través de tribunales penales internacionales, siendo el último de ellos la denominada Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma, vigente desde julio del año 2002, es un tratado multilateral que viene a culminar este proceso con el establecimiento un tribunal permanente, cuya misión es el enjuiciamiento de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, cometidos en el territorio de los Estados parte o por un nacional de un Estado parte.

Si bien este mecanismo surgió a partir de la imposibilidad práctica de juzgamiento por los tribunales nacionales, y con el afán de concentrar el conocimiento de estos asuntos en un solo organismo técnico, pronto se llegó a la conclusión de que la tarea que se le había encomendado era demasiado grande para que pudiera ejercerla en solitario. En un primer momento, algunos incluso llegaron a pensar que la entrada en funcionamiento de la Corte marcaría el acta de defunción del principio de jurisdicción universal. Sin embargo aún existen fisuras dentro de este sistema que podrían servir a los autores de estas conductas para procurarse impunidad, y es allí donde deben radicar hoy los esfuerzos por legitimar el ejercicio del principio de jurisdicción universal.

Como dejamos de manifiesto en el desarrollo de esta investigación, no son pocos los casos en que los tribunales penales internacionales en general, y



la Corte Penal Internacional en específico, se ven impedidos de pronunciarse por las condiciones impuestas en sus propios estatutos. Las limitaciones geográficas, personales, materiales y sobre todo temporales, impiden abarcar el juzgamiento de todos los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra acaecidos durante el siglo XX y lo que va del siglo XXI.

En el caso concreto de la Corte Penal Internacional, se debe sumar el hecho de que no todos los países del mundo han ratificado el Estatuto de Roma, existiendo importantes ausencias como China, Estados Unidos, y la mayoría de los países del medio oriente, lo que limita en demasía el alcance del sistema de represión internacional que lidera este tribunal<sup>253</sup>.

Asimismo, no podemos obviar la importancia que tiene en este punto el denominado principio de complementariedad que rige como regla para admitir a tramitación un asunto y resolver una eventual concurrencia de jurisdicciones. Tal como su nombre lo indica, la competencia de la Corte será complementaria a la de los Estados nacionales que quieran juzgar efectivamente a los eventuales responsables de los crímenes de su competencia, aún cuando el Estado en cuestión no detente alguno de los títulos de jurisdicción más tradicionales (territorio o personalidad activa o pasiva). En este sentido, la Corte Penal Internacional está llamada a “complementar” y no a suplir las jurisdicciones nacionales, con el objeto final de hacer más eficaz el sistema

---

<sup>253</sup> Esto, sobre todo en consideración a los actuales conflictos políticos armados que se desarrollan en esta parte del orbe.

para la persecución de los crímenes de derecho internacional; en otras palabras viene a darle un plus al modelo preexistente en base a tribunales nacionales, el que se conserva íntegramente.

Por su parte, un juzgamiento incoado por los tribunales nacionales en base a criterios competenciales distintos a la jurisdicción universal tampoco asegura una cobertura total de las hipótesis posibles. Así, por ejemplo, el conocimiento del asunto por los tribunales del lugar de comisión de los hechos (principio de territorialidad), que en principio parece el más adecuado desde el punto de vista operativo (ya que cuenta con la pruebas suficientes, tiene acceso a los individuos y está en conexión directa con los hechos,) muchas veces se ve imposibilitado de conocer efectivamente del crimen pues el mismo Estado ha ordenado o propiciado la comisión de los mismos, o bien, procura no castigar directamente a los culpables con el objeto de favorecer los procesos de reconciliación nacional.

De la misma manera, los tribunales internos del país de nacionalidad de la víctima tampoco suelen desempeñar un papel activo en la persecución de este tipo de ilícitos, pues en la mayoría de los casos carecen de los medios de prueba y de actuación necesarios para proceder al enjuiciamiento.

Por todos estos argumentos, y los demás expuestos a lo largo de esta memoria, debemos concluir que ni la existencia de los tribunales internacionales ni la posibilidad de enjuiciamiento de los tribunales nacionales en base a los criterios competenciales clásicos es suficiente, a pesar de sus múltiples aportes a esta ingente tarea. En consecuencia, es imperativo que los Estados den un paso más allá en la persecución de los crímenes, asumiendo nuevos títulos competenciales y, en particular, el principio de jurisdicción universal en la búsqueda de una justicia razonada y efectiva.

Si bien es cierto que durante las últimas décadas se han desplegado varios intentos por enjuiciar efectivamente a los autores a la luz del principio de universalidad, los tribunales nacionales se han encontrado cada vez con mayores dificultades técnicas y políticas para ejercer una auténtica justicia. En España, por ejemplo, se abrió un amplio debate jurisprudencial en torno a este tema, debido a los distintos procedimientos iniciados a partir del caso Pinochet y culminados con el paradigmático caso Scilingo.

Durante la tramitación de estos y otros procedimientos, se pudo observar que además de las dificultades prácticas y probatorias aparejadas al ejercicio de una jurisdicción que en cierta medida se ejerce “a distancia”, uno de los principales obstáculos tuvo relación con el respeto irrestricto al principio de soberanía, que impediría a los tribunales de un Estado pronunciarse sobre

hechos acaecidos en otro, soslayando completamente la naturaleza y las repercusiones de estos crímenes.

Junto con ello, también se pueden apreciar limitaciones impuestas por las mismas legislaciones internas, muchas de las cuales están lejos de tener eco en el Derecho Penal Internacional. Así, podemos mencionar el requisito de que el sospechoso esté en el territorio del Estado que va a conocer al momento de iniciar el proceso penal, el requerimiento o autorización de un órgano administrativo (típicamente la fiscalía), el orden de prelación en cuanto a los criterios competenciales (dejando en última instancia la jurisdicción universal), prevalencia de las inmunidades diplomáticas, entre varias otras.

Frente a todas estas dificultades, y dada la importancia que hasta nuestros días detenta el principio de jurisdicción universal, consideramos que no se puede dejar abandonado su ejercicio a la voluntad de los Estados y a la incertidumbre sobre sus requisitos y limitaciones. Incluso la Secretaría General de las Naciones Unidas, en el año 2014, ha reiterado la importancia de este tema y ha insistido en su esfuerzo por unificar criterios entre sus diversos países miembros.

En este sentido, si bien podríamos aseverar con suficiente certeza que existe un reconocimiento general que justifica la aplicación del principio de

jurisdicción universal, al menos para los crímenes *ius cogens*, la naturaleza fragmentada y asistemática de las normas legales nacionales e internacionales exigen un reconocimiento general y suficientemente legitimado, que emane de la propia comunidad internacional, como titular y responsable de la paz y la justicia internacional.

Como consecuencia de ello, participamos de aquella doctrina que busca revivir la importancia del principio de jurisdicción universal a través de la creación de directrices que puedan transformarse en derecho internacional positivo. De esta manera, se podrán contemplar normas claras y vinculantes que por un lado minimicen las posibilidades de impunidad, y por el otro reduzcan los riesgos de arbitrariedad en su ejercicio.

Esta sería la instancia adecuada para resolver uno de los temas más discutidos a propósito del ejercicio de la jurisdicción universal, cual es, la necesidad de incorporar criterios correctores para concretar el ejercicio de la jurisdicción universal frente a posibles conflictos con tribunales internacionales o entre tribunales nacionales de distintos Estados. Lo mismo ocurre con temáticas relativas a la necesidad (o no) de un nexo relevante entre crimen *ius cogens* y el Estado que iniciará la persecución penal en base a este principio, la inmunidad de jefes de Estado y diplomáticos, reglas especiales de extradición, leyes nacionales de amnistía, entre otras materias.

Creemos que regulando estas materias a nivel internacional, se garantizaría suficientemente la seguridad jurídica, y se establecerían los límites necesarios para evitar un ejercicio indebido, imprudente o inoportuno de esa jurisdicción, cuidando además las normas básicas del debido proceso penal.

Para ello, el primer paso será aunar criterios de la manera más generalizada posible. Ejemplos que se pueden seguir con miras a lograr este objetivo, son los documentos que citamos a lo largo de esta investigación, que en su mayoría fueron elaborados por reconocidos catedráticos y organizaciones internacionales en la historia reciente del Derecho Penal Internacional. Sin ánimo de ser taxativos, podemos mencionar: Los Principios de Princeton sobre jurisdicción universal, los Principios de Bruselas Contra la Impunidad y por la Justicia Internacional, los informes y tomas de posición de las asociaciones de Derecho Internacional, como el *Institut de Droit International*, la *International Law Association*, la *Association Internationale de Droit Penal*, incluso las opiniones de los Estados sintetizadas en las Resoluciones emanadas de la Secretaría General de las Naciones Unidas.

Esta serie de iniciativas han puesto en movimiento un proceso que debe consolidarse pronta y necesariamente en una legislación internacional convencional. Sin embargo, esto sólo será posible en la medida que los Estados reconsideren la importancia de un juzgamiento efectivo contra los

grandes criminales del siglo XX y XXI, en pos de justicia y dignidad para las millones de víctimas que hasta el día de hoy esperan por una respuesta a sus demandas y una reparación (al menos parcial) frente al daño a sus derechos humanos más básicos.

La impunidad que ha beneficiado a tantos de los autores de estos crímenes, por tantos años, hace indispensable la reacción de parte de la comunidad internacional en general, y de cada uno de sus Estados miembros, en el sentido de hacer prevalecer la idea del juzgamiento por sobre cualquier consideración de orden práctico o político. Estamos convencidos de que una sociedad que experimenta genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra sólo puede sanar sus heridas y avanzar hacia una verdadera reconciliación cuando logre superar su pasado a través de la justicia, y una de las herramientas para ello es sin duda el principio de jurisdicción universal.

En la medida que ella sea utilizada por el mayor número de Estados a nivel global, y en ausencia de los demás mecanismos de persecución penal, no sólo se podrá reducir la impunidad mediante el castigo o imposición de una pena, sino que además de puede prevenir o desincentivar la comisión de futuros crímenes, en el entendido de que no habrá refugio seguro en el mundo para ningún criminal de derechos humanos.

Finalmente cabe destacar que esta solución corre de manera paralela a la posibilidad de que cada Estado pueda (o deba) recepcionar en su derecho interno estos criterios para permitir a sus tribunales un ejercicio de la jurisdicción universal. Ya que son los tribunales nacionales quienes detentan una función esencial en la aplicación a este principio, deben contar con una red de instrumentos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, que les permitan iniciar de manera efectiva la lucha contra la impunidad en materia de crímenes de derecho internacional.

Con la incorporación de tales criterios a la ley, se evitaría que los órganos judiciales dieran interpretaciones antojadizas, determinando supuestos de aplicación de la jurisdicción universal muy estrictos o demasiado extensivos. Así, también se resolverían *ex ante* y expresamente no sólo los conflictos entre la jurisdicción nacional y la supranacional, sino también los producidos entre jurisdicciones nacionales, que son los principales vacíos en esta materia a nivel internacional. Sin embargo, como se podrá advertir, este tema requerirá de un estudio particular y profundo acerca de los mecanismos jurídicos necesarios para darle sustento y coherencia con la demás legislación vigente, lo que excede con mucho el marco fijado en esta investigación.



## BIBLIOGRAFÍA

1. AMBOS, K.1999. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad Hoc.
2. AMBOS, K. 2013. *¿Castigo sin soberano? los puniendi y función del derecho penal internacional. Dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional*. Colombia, Universidad Externado de Colombia
3. AMBOS,K. 2000. *La nueva justicia penal internacional*. Fundación Myrna Mack.
4. AMNISTÍA INTERNACIONAL 2014. Información para el comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: 111 período de sesiones del comité de Derechos Humanos (7-15 de julio de 2014) [en línea] Madrid, España. Centro de lenguas de Amnistía Internacional. <[www.amnesty.org/es/stay-informed/library](http://www.amnesty.org/es/stay-informed/library)> [consulta: 1 de junio 2015]
5. AMNESTY INTERNATIONAL 2001. Overcoming obstacles to implementing universal jurisdiction [en línea] Universal jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation, chapter 14 <[www.amnesty.org/es/library/info/IOR53/017/2001/en](http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR53/017/2001/en) > [consulta: 1 de junio 2015]

6. BOLLO, M.D., 2004, Derecho Internacional Penal: Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión, Bilbao, Universidad del País Vasco Servicio Editorial
7. CAMARGO, P. 2004. Manual de Derecho Penal Internacional. Bogotá, Leyer
8. CÁRDENAS, C. 2013. La aplicabilidad del derecho internacional por los tribunales chilenos para interpretar la ley N° 20.357 [en línea]. Revista derecho UCN Vol.2 No. 2 <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200005>> [consulta: 1 de junio 2015]
9. CÁRDENAS, C. 2010. La Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso No. XXXIV: pp. 281 – 304.
10. CASSEL, D., 2005. Jurisdicción Universal Penal. Revista de ciencias penales, N°1. México, editorial Tlalpan.
11. CHERIF, M. 2001. Jurisdicción universal para los crímenes internacionales: perspectivas históricas y prácticas contemporánea [en línea] <[www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/45.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/45.pdf)>
12. CONDE-PUMPIDO, C. 2004. La justicia universal en la jurisprudencia española [en línea] <[dadun.unav.edu/bitstream/10171/14479/1/PD\\_51\\_03.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/14479/1/PD_51_03.pdf)>

13. Corte Penal Internacional y jurisdicciones estatales : el principio de complementariedad. 2012. Por Claudia Cárdenas “et al”. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile y Thomson Reuters.
14. CUENCA, S. y OLÁSULO, H. 2011. Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional: Ponencias de los programas académicos de la “X Edición de 2011 de la competencia Victor Carlos García Moreno” sobre procedimiento ante la Corte Penal Internacional. Valencia, Tirant lo Blanch.
15. ETCHEBERRY, L.A. 2011. Crímenes internacionales y Derechos Humanos: papel de la corte penal internacional. Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
16. FAÚNDEZ, H., 1999. Derecho Internacional, Impunidad y responsabilidad del Estado. Revista Nueva Sociedad N°161.
17. FUENTES, X. 2004. La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional. Revista de Estudios de la Justicia N°4.
18. GALDÁMEZ, L., 2011, El deber de prevenir, juzgar y sancionar violaciones de Derechos Humanos: el caso chileno, Bilbao, Deusto Digital.
19. GARCÍA, M. 2000. El principio de justicia universal. En: Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet. Valencia, Tirant lo Blanch. pp. 63 y ss.

20. GIL, A. 2005. Sentencia de la audiencia nacional en el caso Scilingo. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005 nº07-ri ISSN: 1695-0194. <[www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)> [consulta: 1 de junio 2015]
21. International Law Association, London conference. 2000. Final Report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human right offences. Committee on International Human Rights, Law and Practice. Disponible en: <<http://www.ila-hq.org/>> [consulta: 1 de junio 2015]
22. Institute of International Law, Krakow sesión. 2005. Resolution of universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes. Disponible en: <[www.idi-iiil.org/idiE/.../2005\\_kra\\_03\\_en.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiE/.../2005_kra_03_en.pdf)> [consulta: 1 de junio 2015]
23. JAÉN, M., 2006, Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional, España, Editorial Atelier.
24. JIMENEZ, F. 2002. Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el derecho internacional?. En: Anuario de Derecho Internacional, vol. XVIII, Universidad de Navarra.
25. LATTIMER, M. y SANDS, P. 2003. Justice for crimes against humanity. Oxford, Hart Publishing.
26. LINDEMANN, J. 2004. El significado de la Corte Penal Internacional bajo la especial consideración de la controversia sobre la jurisdicción universal. Revista de Estudios de la Justicia, Nº4. Facultad de Derecho Universidad de Chile

- 27.LLEDÓ, R. 2000. Derecho Internacional Penal. Santiago, Chile, Editorial Congreso.
- 28.NABIL, N. 2011. The international criminal court and national courts: a contentious relationship. England, Ashgate.
- 29.NEUNER, M. 2003. National Legislation Incorporating International Crimes: approaches of civil and common law countries. Berlin, BWV-BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH.
- 30.OGAS, C. y SOTO, A. 2007. Amnistía, indulto, prescripción y delitos universales. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 31.OLÁSULO, H. 2011. Ensayos de derecho penal y procesal internacional: Con inclusión de la lección inaugural como catedrático de derecho penal y procesal internacional de la universidad de Utrecht (Holanda) dictada el 18 de octubre de 2010. Colombia, Biblioteca jurídica Díké.
- 32.OLLÉ SESÉ, M. 2007. Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal. Madrid
- 33.PEREZ-SERRANO, M. 2005. El principio de justicia universal. Especial referencia al caso Scilingo. Trabajo inscrito en el marco del Seminario de Derecho Penal "Superación del pasado a través del Derecho Penal", organizado por el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. [en línea]<<http://www.cienciaspenales.net>> [consulta: 1 de junio 2015]

34. PHILIPPE, X. 2006. The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh [en línea] Selected Articles on International Humanitarian Law Vol.88, Nº 862 <[https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_862\\_philippe.pdf](https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf)> [consulta: 1 de junio 2015]
35. PIGRAU, A. 2009. La jurisdicción universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales. Barcelona, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalidad de Catalunya.
36. Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal. A/56/677 (4 de diciembre de 2001), disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html>>
37. PRIETO, R., 2005, La internacionalización de la jurisdicción penal: de Versalles a Bagdad, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Volumen Nº7 Colección de Estudios de Derecho Internacional.
38. QUESADA, C. 2005. Corte Penal Internacional y la soberanía estatal. Valencia, Tirant lo Blanch.
39. REYES, C. 2007. Teoría General del Derecho Penal Internacional: una aproximación histórico-evolutiva. Maestría en jurisdicción penal internacional. Huelva, Universidad Internacional de Andalucía.

- 40.ROBERTSON, G. 2008. Crímenes contra la humanidad: la lucha por la justicia global. Madrid, Siglo XXI.
- 41.SALINAS,H.,1987,*La responsabilidad internacional del individuo por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, Chile, Revista Estudios sociedad Chilena de derecho Internacional.
- 42.SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 2008. ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario? [en línea] Gónova, Suiza <[www.cicr.org](http://www.cicr.org)> [consulta: 1 de junio 2015]
- 43.SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 2008. Elementos y modalidades para incrementar la eficacia de las sanciones [en línea] Gónova, Suiza <[www.cicr.org](http://www.cicr.org)> [consulta: 1 de junio 2015]
- 44.SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 2013. Justicia Penal Internacional: las instituciones [en línea] Gónova, Suiza <[www.cicr.org](http://www.cicr.org)> [consulta: 1 de junio 2015]
- 45.SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 2014. Principios generales del Derecho Penal Internacional [en línea] Gónova, Suiza <[www.cicr.org](http://www.cicr.org)> [consulta: 1 de junio 2015]
- 46.SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 2014. Técnicas de incorporación de la sanción en la

- legislación penal [en línea] Génova, Suiza <[www.cicr.org](http://www.cicr.org)> [consulta: 1 de junio 2015]
- 47.SLAUGHTER, A.M. 2004, Defining the Limits: Universal jurisdiction and national courts [en línea] Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of serious crimes under international law, chapter 9 <[www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Universal.pdf](http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Universal.pdf)> [consulta: 1 de junio 2015]
- 48.SOSA, J., Jurisdicción universal, Corte Penal Internacional y delitos de lesa humanidad [en línea] <[www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=120&Itemid=65](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=120&Itemid=65)> [consulta: 1 de junio 2015]
- 49.STIGEN, J. 2008. The relationship between the international criminal court and national jurisdictions: The principle of complementarity. Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
- 50.Temas Actuales Del Derecho Penal Internacional: Contribuciones de América Latina, Alemania y España. 2005. Por AMBOS,K. "et al". Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer.
- 51.WERLE, G. 2011. Tratado de Derecho Penal Internacional, 2º edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- 52.YAÑEZ- BARNUEVO, J. 2001. La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro iberoamericano sobre justicia penal internacional. Madrid, Casa de América.



53.ZUNIGA, Y. 2001. Análisis dogmático de los crímenes en el derecho internacional. Revista de Derecho (Valdivia) Vol.12, No.2.p.217-232