



JUSTICIA UNIVERSAL E INMUNIDADES ESTATALES: JUSTICIA O IMPUNIDAD: ¿UNA ENCRUCIJADA DUALISTA PARA EL DERECHO INTERNACIONAL?

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA

SUMARIO:

I. LA DUALIDAD DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD.— II. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL. 2.1 La justicia universal como criterio de reglamentación y atribución de competencias. 2.2 Obligaciones derivadas del principio de justicia universal.— III. COMPETENCIA UNIVERSAL COMO PRINCIPIO CONSUETUDINARIO. 3.1 La competencia universal en los instrumentos de Derecho internacional: competencia universal directa y subsidiaria. 3.2 La competencia universal en la jurisprudencia internacional. 3.3 La competencia universal en los sistemas jurídicos nacionales.— IV. LA INMUNIDAD ESTATAL Y EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL. 4.1 Ausencia de inmunidad como principio general de Derecho internacional penal. 4.2 “*Quieta non movere*”: las sentencias del TIJ en el asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* y del TEDH en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*. A) El asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, desandando el asunto *Pinochet*. B) El asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, desactivando el asunto *Furundzija*. V. Conclusiones: divergencia jurisprudencial en materia de justicia universal: dualismo e incoherencia internacional.

I. LA DUALIDAD DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

El siglo XX concluyó en materia de protección internacional de los derechos humanos con una singular confluencia de acontecimientos propiciada por el color –y calor– de los tiempos históricos que vivía la Europa de fin de siglo: la detención en Londres del ex presidente chileno, Augusto Pinochet, acusado por la jurisdicción española de genocidio, tortura y terrorismo, y la adopción en Roma del Estatuto de la Corte Penal Internacional en cuyo Preámbulo se hace constar que tales crímenes constituyen una

amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad y que en interés de las generaciones presentes y futuras se crea este Tribunal de carácter permanente, independiente y vinculado con el sistema de las Naciones Unidas. Además, ambas decisiones poseen en común una visión integradora de los propósitos y fines que persiguen pues, conscientes de sus propias deficiencias y limitaciones, ordenan su actuación de forma complementaria y, en ningún caso, excluyente. Prueba de tal conclusión, son las afirmaciones del texto del Estatuto de Roma, en vigor desde el 1 de julio de 2002 con cerca de ochenta ratificaciones. Según se declara en su Preámbulo, los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y a tal fin, *hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales con el propósito de poner fin a la impunidad de sus autores*. Por esta razón, *la jurisdicción de la Corte Penal Internacional establecida en virtud del mencionado Estatuto, será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*¹.

Se consagra así un nuevo principio general de Derecho internacional, la complementariedad², que constituye un punto de inflexión entre el desdo-

1. El instrumento de ratificación por parte del Reino de España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado el 19 de octubre de 2000 y depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas el 25 de octubre del mismo año, así como el texto del Estatuto, fueron publicados en el *B.O.E. núm. 126* de 27 de mayo de 2002. Confirmando la necesidad de poner fin a la impunidad de los perpetradores de los crímenes internacionales, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su Resolución 1900 (XXXII-O/02) sobre la "Promoción de la Corte Penal Internacional", aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2002, afirma "que los Estados tienen la obligación primordial de juzgar tales crímenes —las violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos— a fin de prevenir su repetición y que es necesario que existan organismos en el ámbito internacional de carácter complementario para garantizar la acción de la justicia". El énfasis es añadido. El texto de la Resolución puede consultarse en la siguiente dirección de internet: http://www.oas.org/XXXIIGA/espanol/documentos/docs_esp/AGdoc4143_02.doc

2. El principio de complementariedad obedece al principio de concurrencia de jurisdicciones, nacionales e internacionales, declarado en los Estatutos de los Tribunales internacionales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda. No implica subordinación de jurisdicciones competentes y no puede confundirse con los principios consensualistas y relativistas que determinan la competencia de la Corte Penal Internacional, pues entre Estados no obligados por el Estatuto de Roma esta concurrencia se mantiene entre sus jurisdicciones nacionales en los ámbitos cubiertos por el principio de justicia universal. Sobre este particular, nuestro Tribunal Constitucional declaraba que la jurisdicción española para juzgar determinados delitos cometidos en el extranjero por extranjeros no sólo encuentra su razón de ser en el

blamiento funcional de los órganos estatales y la internacionalización de los mecanismos para prevenir, enjuiciar y sancionar el incumplimiento del derecho internacional penal y humanitario, superándose así el principio de subsidiaridad imperante en el derecho internacional de los derechos humanos directamente vinculado a la responsabilidad estatal frente a la individual³. No se trata, en este caso, de agotar los recursos internos efectivos para acceder al

artículo 23.4 de la LOPJ, sino que “también lo es que el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalidad de la competencia jurisdiccional de los Estados y de 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, de Estados competentes, respecto de las actuaciones indicadas” (STC 102/2000, 10 de abril de 2000, F.J. 4). Sobre el alcance del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma véase entre otros: J. PUEYO LOSA: “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional” en *Cooperación Jurídica Internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 5, Madrid 2001, pp.149-158; I. LIROLA DELGADO y M. M. MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona, 2001, pp.156-168; C. Escobar Hernández: “Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El Caso Pinochet*, M. García Aran y Diego López Garrido (coords), Tirant lo Blanch (ed.), Valencia 2000, pp.257-263; A. J. RODRÍGUEZ CARRIÓN: “Aspectos procesales más relevantes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales”, en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2000, nº 4, pp.169-175; J. ALCAIDE FERNÁNDEZ: “La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempos de «ingeniería jurisdiccional»?”, en *La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000, pp.383-433; F. JIMÉNEZ GARCÍA: “La Corte Penal Internacional” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, C. Fernández de Casadevante Román (coord.), Madrid, 2000, pp.335-337.

3. A tal efecto, el TEDH ha declarado que “La Cour a conscience du caractère subsidiaire de son rôle et doit se montrer prudente avant d’assumer celui d’une juridiction de première instance appelée à connaître des faits, lorsque les circonstances d’une affaire donnée ne le lui commandent pas. Dans l’hypothèse où il y a eu une procédure interne, il n’entre pas dans les attributions de la Cour de substituer sa propre vision des faits à celle des cours et tribunaux nationaux, auxquels il appartient en principe de peser les données recueillies par eux. Même si la Cour n’est pas liée par les constatations de fait de celles-ci, elle doit posséder des données convaincantes pour pouvoir s’en écarter. Lorsque [ces allégations] ont donné lieu à des poursuites pénales devant les juridictions internes, il ne faut pas perdre de vue que la responsabilité pénale se distingue de la responsabilité internationale au titre de la Convention. La compétence de la Cour se borne à déterminer la seconde. La responsabilité au regard de la Convention découle des dispositions de celle-ci, qui doivent être interprétées et appliquées conformément aux objectifs de l’instrument et à la lumière des principes du droit international. Il ne faut pas confondre responsabilité d’un Etat à raison des actes de ses organes, agents ou employés et questions de droit interne concernant la responsabilité pénale individuelle, dont l’appréciation relève des juridictions internes. Il n’entre pas dans les attributions de la Cour de rendre des verdicts de culpabilité ou d’innocence au sens du droit pénal”. Vid. asunto *Tanli c. Turquía*, sentencia de 10 de abril de 2001, pars. 110-111.

control internacional o entender internacionalizado el conflicto, sino de garantizar, en virtud de la gravedad y la naturaleza internacional del crimen, la efectividad del derecho de las víctimas al proceso debido y que el autor del mismo no quede impune ante la imposibilidad real, ficticia, fraudulenta o dilatoria de actuación de las jurisdicciones nacionales (art.17 del Estatuto) o ante la incompetencia material, temporal o personal de la Corte Penal Internacional⁴. La complementariedad del Estatuto opera, pues, en un doble sentido cuyo eje de apoyo es el fin de la impunidad.

En el primer caso, la complementariedad se asegura mediante el reconocimiento de la *jurisdicción inherente* de la Corte para decidir, en caso de conflicto, sobre su propia competencia (“competencia sobre la competencia”), dotándole de una *jurisdicción —que no competencia— preferente* a la de los órganos judiciales de los Estados partes, especialmente significativa en materia de investigación donde en aras a la efectividad de la persecución se refuerza la naturaleza normativa del Estatuto frente al consentimiento *ad hoc* de los Estados implicados⁵, y de una *independencia consustancial a su función judicial respecto al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*⁶. En el segundo caso, el alcance de la complementariedad viene determinado por el hecho de que el Estatuto prescinde de efectuar una prelación entre títulos competenciales que otorgarían jurisdicción a los órganos judiciales de los Estados y opta por la referencia a los *Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre los crímenes en cuestión*, lo que supone una remisión al Derecho internacional sobre la materia, esto es, a las normas y estándares

4. Como es sabido, la Corte sólo tiene, por el momento, competencia respecto al crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (art.5), cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto respecto del Estado o Estados que determinan el ejercicio de su competencia (arts.11 y 12).

5. Vid. arts. 18 y 57.3 d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sobre esta cuestión véase Simon N.M. YOUNG: “Surrendering the accused to the International Criminal Court”, *BYIL* 2000, pp. 317-356. en particular, pp.320-324 y 346-349.

6. Conforme al art. 19 del Estatuto, la Corte se cerciorará de su competencia, bien de oficio o bien a instancia del acusado o persona contra la que se haya dictado orden de detención o comparecencia, de un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o un Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con los criterios de ejercicio de competencia. No se reconoce legitimidad al Consejo de Seguridad para impugnar la competencia de la Corte, aunque sí para activar su competencia, conforme a lo dispuesto en el art. 13, o para suspender la investigación o enjuiciamiento conforme al art. 16. Por su parte, el art. 119 dispone que las controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte serán dirimidas por ella, mientras que las restantes se resolverán mediante negociaciones o mediante la intervención de la Asamblea de Estados Partes o de la Corte internacional de Justicia.

internacionales reconocidas sobre derechos humanos⁷. Así pues, en virtud del criterio teleológico y de buena fe, no se puede obviar la *dualidad* del principio de complementariedad puesto que la indisponibilidad o incapacidad de los tribunales internos con competencia preferente —que no exclusiva, esto es, los del Estado territorial o los del Estado de la nacionalidad activa—, afirman la jurisdicción de la Corte, pero la incompetencia de ésta confirma la competencia de los tribunales nacionales competentes. Se impone, así pues, la complementariedad respecto a la jurisdicción internacional y la concurrencia entre las jurisdicciones nacionales⁸.

En tal sentido, se ha afirmado que los parámetros normativos sobre los que debe basarse tanto la represión nacional como la internacional deben ser los mismos, o dicho de otra forma, el Estatuto obliga a los Estados a adecuar plenamente sus derechos penales internos a sus disposiciones⁹. Por todo ello, resulta razonable asumir que la progresiva internacionalización de la justicia penal internacional podría gradualmente extenderse desde la periferia nacional hacia una estructura universal más integrada, pues si la comunidad internacional supera la actual fragmentación y multiplicidad de jurisdicciones a favor de un sistema coherente de justicia “a great burden falls on the shoulders of influential states to set a fitting moral example”¹⁰. Mientras esto

7. Cfr. en este sentido, el art. 21 del Estatuto referente al Derecho aplicable.

8. Cfr. el Prólogo de Mary Robinson al documento titulado “The Princeton Principles on Universal Jurisdiction”, *ut. infra*, p.15.

9. Cfr. L. CONDORELLI: “La Cour pénale internationale: un pas de géant (pourvu qu’il soit accompli...)”, *RGDIP* 1999-1, pp. 22.23. Véase también, A. PIGRAU SOLÉ: “Elementos de Derecho Internacional Penal”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, p.138.

10. Cfr. P. AKHAVAN: “Beyond Impunity: can international criminal justice prevent future atrocities?”, *AJIL* 2001-1, pp.30. Previamente este autor hace constar que, “international criminal justice also cannot enjoy long-term credibility if it becomes an instrument of hegemony for powerful states. Understandably, in a slightly primitive inter-national order built on the anarchy of power and state sovereignty, the early glimmerings of international criminal justice manifest themselves in selective ad hoc accountability”. El profesor Pueyo Losa califica este proceso como “tercera vía”, inspirada en la prudencia que demanda la realidad de una sociedad internacional que sigue siendo básicamente interestatal y en la creación de la Corte Penal Internacional con competencia no exclusiva para conocer de los crímenes internacionales de más grave transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto (vid. *loc.cit.* p.145). Esta evolución es descrita por Ph. Allot afirmando que “la sociedad internacional no es tanto una sociedad como un proceso de socialización. Cada aspecto de la sociedad internacional se encuentra en cambio: la realidad social, las teorías, las constituciones, los subsistemas, las sociedades subordinadas, la identidad y la personalidad de los seres humanos que en ella participan. La realización de la sociedad internacional, como la de cualquier sociedad, es una realización en la conciencia y a través de la conciencia. La opción a favor de una reconstitución de la sociedad internacional es una opción a favor de un cambio revolucionario de la humanidad que



ocurre, la jurisdicción universal debe ser utilizada de forma prudente de manera tal que se minimicen las posibles consecuencias negativas de su ejercicio, pero que al mismo tiempo se le permita alcanzar plenamente sus propósitos¹¹, pues como ha señalado la profesora Orihuela Calatayud, “si la competencia atribuida a la Corte no tiene carácter obligatorio ni alcance universal y si las jurisdicciones nacionales van a seguir ejerciendo un papel estelar en la represión de estas infracciones, debemos considerar que todos estos delitos (los recogidos en el Estatuto de Roma) están sometidos al principio de jurisdicción universal. De lo contrario estaríamos restringiendo en exceso las posibilidades de actuación contra los presuntos culpables de la comisión de uno de estos crímenes e incluso, en ocasiones, legitimando su impunidad”¹².

No obstante, el futuro de la Corte Penal Internacional, que ya ha empezado a escribirse a través de importantes decisiones judiciales nacionales e internacionales, deja abiertas muchas incógnitas y expectativas, pues al igual que ocurriera con la Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas respecto al siglo XX, la Corte Penal Internacional se erige en la institución internacional que en el siglo XXI persigue conciliar los parámetros relativistas de Westfalia con los fundamentos comunitaristas del denominado derecho cosmopolita¹³. En realidad, el innovador proceso inaugurado por el Estatuto de Roma tiene que hacer frente a las ancilares estructuras del sistema internacional y a una sociedad de Estados que, en una materia como la responsabilidad internacional, verdadera joya de la corona del ordenamiento internacional, se ha despojado del concepto de crimen internacional —al estimar que sólo los gobernantes, nunca los Estados, incurrir en responsabilidad criminal— y sigue eludiendo la instauración de

se crea a sí misma” (cfr. Ph. ALLOT, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford, Clarendon Press, p.251).

11. En este sentido, cfr. M. Ch. BASSIOUNI: “Universal jurisdiction for international crimes: historical perspective and contemporary practice”, *VJIL* 2001-1, p. 82.

12. E. ORIHUELA CALATAYUD: “Aplicación del Derecho internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales” en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*. Colección Escuela Diplomática, nº 4, Madrid 2000, p.252. Vld. también *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, K. Ambos (coord.), cd. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 33-36 y 300-309.

13. Sobre esta distinción, véase J. HEBERMAS: *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política*, Paidós (ed.), Barcelona 1999, en concreto, la parte dedicada a “Los derechos humanos a nivel global y en el ámbito interno de los Estados. La idea kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años”, pp. 147-188. Véase también, S. MUÑOZ MACHADO: *La Regulación de la Red: Poder y Derecho en Internet*, Taurus (ed.), Madrid, 2000., pp.63-106.



mecanismos institucionalizados de arreglo de controversias –en particular, procedimientos jurisdiccionales obligatorios– sobre las violaciones graves de las obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general¹⁴. La preservación y la perseverancia sobre el carácter facultativo de la jurisdicción internacional y la ausencia de efectividad del principio de justicia universal garantizan espacios de impunidad que cuestionan la coherencia, legitimidad y facticidad del ordenamiento internacional como sistema jurídico de la comunidad internacional¹⁵ y proveen la consabida tensión entre la persecución de los «crímenes contra la humanidad» y la impunidad de los «crímenes para la humanidad», más si tenemos en cuenta que el Estatuto de la Corte Penal Internacional nace con importantes ausencias personales y con un enemigo manifiestamente declarado, los Estados Unidos de Norteamérica que, para eludir las consecuencias derivadas de la buena fe en sus relaciones contractuales con otros Estados y Organizaciones internacionales, el 6 de mayo de 2002 han procedido a la eliminación de los efectos jurídicos de su firma al Estatuto comunicando al Secretario General de las Naciones Unidas su intención de no constituirse en parte del mencionado tratado y han forzado la adopción de la antiestatutaria Resolución 1422 (2002) del Consejo de Seguridad¹⁶. Como se ha resaltado, si un Estado

14. Vid. los comentarios sobre las disposiciones relativas a la solución de controversias y al Capítulo III referente a las “Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho internacional general” del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Informe de 2001 presentado por la CDI a la Asamblea General, *Doc. A/56/10*, pp.16 y 299-316.

15. Como indicara B.V.A. Röling, “the foremost, essential function of criminal prosecutions [is] to restore confidence in the rule of law. The legal order is the positive inner relation of the people to the recognised values of the community, which relation is disturbed by the commission of crimes. If crimes are not punished, the confidence in the validity of the values of the community is undermined and shaken”, “Criminal responsibility for violations of the laws of war”, *RBDI*, 1976-1, p.22. Vid. también A. CASSESE: “On the current trends towards criminal prosecution and punishment of Breaches of International humanitarian law”, *EJIL* 1998-1, pp.2-17.

16. Cfr. la “retirada de firma” en <http://www.un.org/law/licc/gares/garesfra.htm>. A pesar de que desde la retirada de la firma los EE.UU. tienen la condición de tercer Estado en el Estatuto de Roma y de que rige el principio estatutario de complementariedad, han forzado la adopción (unánime) por parte del Consejo de Seguridad de la Resolución 1422 (2002), de 12 de julio, **que garantiza de antemano y con carácter precontencioso espacios de impunidad contrarios al objetivo esencial del Estatuto y al tenor literal de su artículo 16**. Conforme a este resolución se pide a la Corte Penal Internacional que, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de

meramente decide asumir la responsabilidad por los crímenes de sus agentes pero no dispone de mecanismos para asegurar su responsabilidad internacional, entonces dicha cláusula –la de la responsabilidad individual– simplemente provee un medio para que los Estados soberanos puedan eludir (defraudar) toda responsabilidad¹⁷.

Seguridad adopte una decisión en contrario. Resolución que de forma automática se renovará por periodos sucesivos de 12 meses salvo disposición en contrario. No obstante, la última palabra la tiene la propia Corte en virtud del artículo 19 del Estatuto. Véase también los “*EU Guiding Principles concerning Arrangements between a State Party to the Rome Statute of International Criminal Court and the United States Regarding the Conditions to Surrender of Persons to the Court*” adoptados el 30 de Septiembre de 2002 por el Consejo de la UE, documento que se articula sobre el régimen jurídico del art. 98 del Estatuto, *Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales*, 12134/02 (*Presse* 279). No obstante, estos principios resultan contrarios a la regla “*pacta sunt servanda*” y al principio de buena fe del artículo 26 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, en la medida en que habilitan la celebración de tratados posteriores a la ratificación por los Estados miembros de la UE y a la entrada en vigor del Estatuto de la CPI cuya finalidad es la frustración del objeto y fin del mencionado Estatuto.

17. Cfr. F. MÉGRET: “Epilogue to an endless debate: the International Criminal Court’s third party jurisdiction and the looming revolution of International Law”, *EJIL*, 2001-2, p.267. Vid. también, I. TALLGREN: “The sensibility and sense of the international criminal law”, *EJIL* 2002-3, p.594; T. MERON: “Is International Law moving towards criminalization?”, *EJIL* 1998-1, pp.18-31. Respecto a la supresión del artículo 19 referente a la noción de crimen internacional atribuible al Estado, A. PELLET afirmaba que el mantenimiento de la noción de crimen de Estado es una “necesidad conceptual” en orden a explicar la “transparencia” del Estado que comete el crimen, esto es, para poder entender que cuando el Estado comete un crimen, detrás de él existen personas naturales que son individualmente responsables de la comisión, en sus distintos grados de autoría, del mismo. Sólo cuando el Estado es criminal, se puede depurar la responsabilidad de las personas que actúan en nombre del Estado (cfr. A. PELLET: “Can a State commit a Crime? Definitely, yes!”, *EJIL* 1999-2, p.432). Por su parte, el TIJ, cuya competencia material y personal no se ha visto modificada por la instauración de los Tribunales penales internacionales, en su sentencia de 11 de julio de 1996 sobre las excepciones preliminares presentadas en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio*, precisaba que la responsabilidad directa de un Estado en materia de genocidio por la actuación de sus órganos no resultaba excluida del artículo IX de la Convención y que esta disposición no se limitaba a la posible responsabilidad del Estado deducida de la comisión por omisión de este crimen como pretendía la defensa yugoslava (cfr. *CIJ Recueil* 1996, par.32), mientras que el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia indicaba en el asunto *Furundzija* que “En l’état actuel du droit international humanitaire en vigueur, peut être engagée non seulement la responsabilité pénale individuelle peut être engagée mais également celle de l’État, si ses agents se livrent à des actes de torture ou s’il n’e les en empêche pas la perpétration de ces actes ou n’en punit pas les auteurs. Si la torture prend la forme d’une pratique courante d’agents de l’État, elle constitue une violation grave et à une large échelle d’une obligation internationale d’une importance essentielle pour la sauvegarde de l’être humain et, par conséquent, un acte illicite particulièrement grave qui engage la responsabilité de l’Etat” (Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *IT-95-17/1*, par.142). Sobre las consecuencias del “crimen internacional” post-codificación, resulta de especial interés las reflexiones del profesor Gutiérrez Espada en « El punto final (¿ ?)



La dialéctica anteriormente apuntada, responsabilidad internacional estatal y responsabilidad penal individual, encuentra en la materia de las inmunidades del Estado extranjero, inextricablemente vinculada a la misma, un estimulante incidente de Derecho internacional que nos permite comprender cuál es la vigencia efectiva del derecho internacional humanitario, pues los resultados de esta operación crearán, clarificarán o cambiarán las expectativas acerca de las normas internacionales y la justicia internacional. Por el momento, las primeras impresiones internacionales han sido ofrecidas por dos polémicas decisiones jurisdiccionales que preservan los rasgos míticos de “atemporalidad” del concepto de humanidad¹⁸ mediante la adopción de un dualismo y una divisibilidad incompatibles con la naturaleza universal e imperativa del Derecho internacional humanitario declarada de forma taxativa e inequívoca por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en particular, en las decisivas sentencias sobre los asuntos *Furundzija* y *Kupreskic*¹⁹. Estas controvertidas decisiones, que fomentan la aritmética consuetudinaria (*diuturnitas*) frente a la geometría inherente a las exigencias de humanidad²⁰, se refieren a la sentencia de 14 de febrero de 2002 dictada por el Tribunal internacional de Justicia sobre el asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* y a la dictada en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, resuelto el 21 de noviembre de 2001 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

de un largo debate: los “crímenes internacionales”, *REDI 2001* 1-2, pp. 11-48, en particular, pp. 41-44.

18. Según la conocida expresión de R.J. DUPUY en *La Communauté Internationale entre le Mythe et l'Histoire*, Paris, 1986, pp.159-177. Véase también al respecto, J. A. CARRILLO SALCEDO: “La Cour pénale internationale: l’humanité trouve une place dans le droit international”, *RGDIP*, 1999-1, p.25 .

19. Cfr. asunto *Fiscal c. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1, par.153 y ss.; asunto *Fiscal c. Kupreskic y cómplices*, IT-95-16 “*Vallée de la Lasva*”, sentencia de 14 de enero de 2000, par. 520, confirmadas en la sentencia de 22 de febrero de 2001 sobre el asunto *Kunarac, Kovac et Vukovic* IT-96-23 et IT-96-23/1 “*Foca*”, pars. 465 y ss. (las sentencias pueden consultarse en <http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>).

20. Conforme al par.527 de la sentencia dictada en el asunto *Kupreskic*, “il s’agit toutefois d’un domaine dans lequel l’*opinio iuris sive necessitatis* peut jouer un rôle plus important que l’*usus*, en raison de la clause Martens susmentionnée. *La manière dont les États et les juridictions ont appliqué cette clause montre clairement que les principes du droit international humanitaire peuvent, par processus coutumier, naître de la pression des exigences de l’humanité ou de celles de la conscience publique, même lorsque la pratique des États est rare ou contradictoire. L’autre élément, l’opinio necessitatis, qui se cristallise sous l’effet des impératifs de l’humanité ou de la conscience publique, pourrait bien se révéler être l’élément décisif annonciateur de l’émergence d’une règle ou d’un principe général du droit humanitaire* ».



II. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

1. *La justicia universal como criterio de reglamentación y atribución de competencias*

El principio de justicia universal constituye uno de los elementos estructurales sobre los que se articula la sociedad internacional de “comunidad de intereses” en que determinados fines, propios de la comunidad internacional como grupo humano universal, son objeto de tutela por las normas de Derecho internacional²¹. Aporta, además, una dimensión instrumental a los conceptos sustantivos —constitucionales— referentes al *ius cogens*, a las obligaciones *erga omnes* y a los crímenes internacionales. No se trata de una idea nueva²², lo que sucede es que no ha dejado de ser eso, una idea, una formulación jurídica constreñida y coartada por el espíritu *de lege ferenda* que, salvo puntuales excepciones, ha resultado extraña a toda facticidad. No en vano, el profesor Pueyo Losa ha descrito esta situación argumentando que los Estados, más allá de sus proclamaciones retóricas y aun de los compromisos jurídicos asumidos, han venido contraviniendo de forma bastante generalizada y permanente sus obligaciones internacionales en este ámbito por el siempre presente temor a “invadir” espacios de soberanía (ajenos) que ha desvirtuado (cuando no contravenido) en la práctica cualesquiera concepciones teóricas sobre los límites que se habrían impuesto al Estado soberano por la vía del reconocimiento y protección de los derechos humanos en el orden internacional²³.

21. Véase al respecto, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y P. Andrés SAÉNZ DE SANTA MARÍA: *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2002, pp.82-85; Ch. TOMUSCHAT: “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law”, *RCADI* 1999, t.281, The Hays, Martinus Nijhoff Pub., 2002, pp.80-90; J.A. CARRILLO SALCEDO: “El Derecho Internacional ante un nuevo siglo”, *Studia Juridica*, 48, Universidade de Coimbra 1999-2000, pp.255-274; F. MARIÑO MENÉNDEZ: “Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho internacional”, en *CEBDI* vol.III, 1999, pp.333-346.

22. Véase al respecto las propuestas de Francisco de Vitoria y de Hugo Grocio examinadas por Marc HENZELIN en *Le Principe de L'Universalité en Droit Penal International. Droit et Obligation pour les États de Poursuivre et Juger selon le Principe de l'Universalité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp.88-100.

23. Cfr. J. PUEYO LOSA: *loc.cit.* p. 144.



Este principio se refiere a dos cuestiones básicas de carácter complementario: la reglamentación del principio estructural encarnado en el Derecho internacional de los derechos humanos en su máxima expresión, la prohibición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (*justicia universal*) y 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 estructural así como el conjunto de obligaciones emanado de él (*jurisdicción universal*)²⁴. No se trata, por lo tanto, exclusivamente de un título de atribución de competencia 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, sin olvidar la incidencia que, sobre la estructura jurídica del sistema internacional, provoca la consolidación de la responsabilidad internacional del individuo²⁵.

Por otra parte, la concreción de este principio responde a dos criterios. En primer lugar, al bien jurídico internacional protegido, la paz y seguridad

24. Como indicara el profesor Carrillo Salcedo, “el ordenamiento internacional ha dejado de ser, así, un Derecho delimitador de competencias entre Estados soberanos, exclusivamente formal y de procedimiento, para convertirse en un Derecho de reglamentación definidor de los comportamientos estatales en orden a la satisfacción de intereses generales de la Comunidad internacional en su conjunto o, lo que es lo mismo, en función de la promoción y realización del bien común universal”, *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*, Madrid, 1984, pp.192-193. Sobre la dimensión funcional del Derecho internacional, véase J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *op.cit.* pp.432-436; O. CASANAVAS y LA ROSA: “Unidad y Pluralidad en Derecho Internacional Público”, en *CEBDI* vol.II, 1998, pp.198-2000; A. REMIRO BROTONS y R. M. RIQUELME CORTADO, E. ORIHUELA CALATAYUD, J. DíEZ-HOCHLEITNER, L. PÉREZ-PRAT DURBÁN: *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, pp.76-84; Ch. TOMUSCHAT: “International Law...”, *loc.cit.* pp.195-196; J-M. SIMON: “Jurisdicción universal. La perspectiva del Derecho internacional público”, *REEI* núm.4, 2002, pp.1-5; F. MANN: “The doctrine of jurisdiction in International Law”, *RCADI* 1964-I, pp.1-162.

25. Véase al respecto el importante trabajo de la profesora V. ABELLÁN HONRUBIA: “La responsabilité internationale de l’individu”, *RCADI*, 1999, t. 280, pp.135-428. Según la profesora, tres elementos constituyen el fundamento jurídico de la norma que atribuye responsabilidad internacional al individuo: la protección de un bien cuya salvaguarda es esencial para la comunidad internacional, sea el Estado o el ser humano genéricamente considerado, la vinculación de este protección con una función general propia del derecho internacional, y el interés jurídico de los Estados y de la Comunidad internacional. Cfr. *ibid.* p. 202.

de la humanidad, y en segundo lugar, a la estructuración jurídico-formal que se hace del mismo con la finalidad de erradicar la comisión del crimen que se persigue. Respecto al primero, el principio de justicia universal exclusivamente se predica de los denominados crímenes contra la humanidad (“*hostes humani generis*”), en particular, del crimen de genocidio, de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y crímenes contra la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado²⁶, a los que habría que añadir los crímenes de terrorismo y los relacionados con la delincuencia organizada transnacional²⁷. Con este principio, además, se incide sobre la autonomía del Derecho internacional, pues como se indica en el comentario de la CDI al artículo 1.2 del proyecto de *Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, la calificación internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el Derecho nacional, es el resultado de la autonomía del Derecho internacional en la tipificación penal de las categorías de comportamientos que constituyen crímenes contra la humanidad así como la supremacía del derecho penal internacional sobre el derecho nacional reconocida en el Estatuto y en la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg²⁸.

En cuanto al segundo de los criterios, el principio de justicia universal obedece a la estructura jurídico-normativa de la que le han dotado los Estados miembros de la comunidad internacional cuyo objetivo esencial es la prevención, la sanción nacional y la cooperación internacional contra la impunidad

26. Cfr. arts. 6-8 del Estatuto de la CPI. El 9 de diciembre de 1994, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó por consenso la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (A/RES/49/59), cuyos artículos 9 a 16 se refieren a las distintas obligaciones relativas a la prevención, sanción y enjuiciamiento, incluyendo la jurisdicción universal y la obligación relativa al principio *aut dedere aut judicare*. Dicha Convención entró en vigor el 15 de enero de 1999, fue ratificada por España el 13 de enero de 1998 y publicada en *B.O.E. núm. 124*, de 25 de mayo de 1999. Sobre esta Convención, vid. S. URIOS MOLINER: “La Convención sobre seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado”, *ADI-1999*, pp.547 y ss., en particular, pp. 577-595.

27. Sobre el proceso de adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos complementarios adoptados en Palermo en el 2000, vid. <http://www.odccp.org/palermo/convmain.html>. El texto de la Convención y de los protocolos está recogido en *Derecho Internacional. Tratados y otros Documentos*, edición preparada por A. Remiro Brotons, C. Izquierdo Sans, C. D. Esposito Mascici, S. Torrecuadrada García-Lozano, Madrid, 2001. En estrecha relación con esta Convención, vid. el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000 (*B.O.E. núm. 27*, 31 de enero de 2002).

28. Cfr. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (1996) presentado a la Asamblea General, A/51/10*, pp.18-19.

de los autores de estos crímenes y el resarcimiento de las víctimas²⁹. Esta estructura aparece enunciada en la generalidad de los tratados internacionales relativos a la prevención y sanción de los crímenes anteriormente mencionados que, en virtud del número de ratificaciones alcanzado, presentan un carácter universal o cuasiuniversal, así como en la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, resolución que ha sido calificada como “*convención universal*” sobre la represión del terrorismo que, además, goza de la primacía y obligatoriedad *erga omnes* que le otorgan los artículos 2.6, 25 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas³⁰. Resolución que ha generado, a su vez, una serie de medidas ejecutivas dirigidas contra una relación de personas que integraban el Gobierno talibán de Afganistán, desde

29. En este sentido no está de más recordar que el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos. Asimismo, dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptadas un día antes a que se dictara la sentencia del TIJ sobre la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, declaraban, haciendo referencia expresa al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que la “*comunidad internacional debería concebir formas para eliminar los obstáculos y afrontar los problemas que se oponen a la plena realización de todos los derechos humanos y de prevenir que se sigan conculcando los derechos humanos como consecuencia de esos obstáculos y problemas en todo el mundo*” y “*que es un propósito de las Naciones Unidas y una tarea de todos los Estados Miembros, en cooperación con la Organización, desarrollar y estimular el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y mantener una actitud vigilante respecto de las violaciones de los derechos humanos, dondequiera que se produzcan*”. Vid. las Resoluciones de 13 de febrero de 2002 sobre el “Respeto de los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas para la cooperación internacional en la promoción y aliento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y en la solución de los problemas internacionales de carácter humanitario” (A/RES/56/12) y sobre el “Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, imparcialidad y objetividad” (A/RES/56/153).

30. Cfr. en este sentido, L. CONDORELLI: “Les attentats du 11 septembre et leurs suites. Où va le Droit international”, *RGDIP* 2001-4, pp.834-835. Véase al respecto los informes de los Estados miembros presentados en cumplimiento del párrafo 6 de la resolución 1373 (2001), entre los que se incluye el de la Unión Europea (<http://www.un.org/spanish/docs/comites/1373/1373reportsEng.htm>). La resolución fue publicada en el *B.O.E. núm.281*, de 23 de noviembre de 2001, mientras que la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 fue publicada en el *B.O.E. núm. 123*, de 23 de mayo de 2002. El Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997 está publicado en el *B.O.E. núm.140* de 12 de junio de 2001.

el Presidente hasta el Ministro de Asuntos Exteriores, en detrimento de cualquier inmunidad incompatible con los actos de terrorismo internacional³¹.

De forma sistemática, esta estructura aparece expuesta en el Informe final de la Comisión de Derechos Humanos relativo a los "*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*"³², y constituye la vertebración de la Sentencia de 14 de marzo de 2001 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)* que, en materia de persecución de la impunidad mediante la nulidad absoluta y general de las leyes de amnistía, de establecimiento del derecho a la verdad y a las garantías judiciales en un Estado de derecho y de reparación a las víctimas³³, constituye una aportación

31. Vid. al respecto el Acuerdo de ejecución de la Resolución 1267 (1999) y concordantes del Consejo de Seguridad de conformidad con los principios de la Resolución 1373 (2001), así como el Reglamento CE 467/2001 del Consejo, adoptado por el Consejo de Ministros español el 30 noviembre de 2001 (*B.O.E. núm. 19* de 22 de enero de 2002).

32. Informe presentado el 18 de enero de 2000 por el Relator Especial Cherif Bassiouni, Doc. A/CN.4/2000/62. El mencionado experto independiente efectúa una versión revisada de los principios y directrices básicos elaborados por Theo van Boven relativos al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales (E/CN.4/SUB.2/1993/8), que posteriormente tomó la forma de un proyecto de principios y directrices básicos (E/CN.4/1997/104, ANEXO). En dicha revisión se le encomendó que tuviera en cuenta las observaciones formuladas por los Estados y por agentes no estatales y la labor de Louis Joinet, Relator Especial de la Subcomisión sobre la impunidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1997/20 y E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) Según el Principio I.1 del Informe de Bassiouni, "Todo Estado tiene la obligación de respetar y hacer respetar las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entre otras, a) las contenidas en los tratados en los que el Estado sea parte; b) las recogidas en el derecho internacional consuetudinario; o) las incorporadas a su derecho interno". En cuanto documentos base de este Informe se encuentra la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder" adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985. En el ámbito del Consejo Económico y Social, véase asimismo la Resolución 1989/57 de 24 de mayo de 1989 sobre la "Aplicación de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder" y la Resolución 1990/22 de 24 de mayo de 1990 relativa las "Víctimas de delitos y del abuso de poder". La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos está preparando para finales del año 2002 la celebración de un reunión consultiva sobre esta materia (vid. E/CN.4/2002/70).

33. Vid. *Barrios Altos, (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, Corte I.D.H. Serie C n° 75. Sobre el mismo caso véase la Sentencia sobre interpretación de la sentencia de fondo de 3 de septiembre de 2001 en la que se confirma el carácter general de la nulidad de las leyes de amnistía impugnadas (Corte I.D.H. Serie C n° 83) y la Sentencia de 30 de noviembre de 2001 sobre reparaciones (Corte I.D.H. Serie C n°



más de esta institución internacional al desarrollo y configuración de lo que ella misma ha denominado la evolución dinámica del “*corpus juris* del Derecho internacional de los derechos humanos”³⁴.

2. *Obligaciones derivadas del principio de justicia universal*

A tal efecto existen cinco categorías de obligaciones asumidas por los Estados en materia de persecución de los crímenes de Derecho internacional³⁵. En primer lugar y de conformidad con los Principios II.3 a) y VII.12.a), X.25.i) del Informe indicado, la de adoptar en su ordenamiento interno todas las medidas jurídicas y administrativas necesarias para prevenir las violaciones, entre las que cabe incluir: las medidas de difusión y promoción de tales derechos, en particular, mediante elaboración de programas o planes de formación para el personal que ha de aplicar la ley; la creación de mecanismos de intervención preventiva, de control y seguimiento del cumplimiento de los mismos así como de vigilancia de la resolución de conflictos; y, por último, la difusión, por medio de mecanismos oficiales y privados, de todos los recursos disponibles contra las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario³⁶. En

87). Estas sentencias confirman la innovadora línea jurisprudencial iniciada con los asuntos *Velásquez c. Honduras* (Corte I.D.H. Serie C, n° 4, 1988) y *Godínez c. Honduras* (Corte I.D.H. Serie C, n° 5, 1989). El texto de las sentencias puede consultarse en <http://www.corteidh.or.cr>.

34. Cfr. par.115 de la Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Corte I.D.H Serie A n° 16.

35. En su informe, el Relator señala que en proyectos anteriores se habían utilizado expresiones como “violaciones flagrantes de los derechos humanos” y “violaciones del *jus cogens*”, pero que sin embargo varios gobiernos y organizaciones opinaron que esas expresiones no eran bastantes precisas y en consecuencia, se optó por referirse a ciertos hechos como “crímenes de derecho internacional”, vid. A/CN.4/2000/62 p. 5. Sobre este conjunto de obligaciones véase, V. ABELLÁN HONRUBIA: *loc.cit.*, pp.243-272.

36. Estas obligaciones se derivan de las siguientes disposiciones convencionales: arts. 47, 48, 127, y 144 de los respectivos cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario y arts. 83 y 25 de sus Protocolos Adicionales de 1977; arts. 2 y 7 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1966; arts. 2, 10 y 11 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984; art. 4 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, de 1973; art. 4 de la Convención internacional contra la toma de rehenes de Nueva York de 1979; art. 15 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997; art. 18

segundo lugar, la obligación de incorporar las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario en su derecho interno (Principio I.2 a)) y la de imponer sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones (Principio X.25, f), en particular, penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales actos³⁷. En tercer lugar, la obligación de investigación de las violaciones y de garantizar a las víctimas la efectividad del derecho de acceso a la justicia³⁸. Conforme al Principio III. 4, se indica que

del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999; art. 9 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000; los apartados 1 a) y 2 b) de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad; art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000. En el ámbito europeo destaca la labor preventiva que al respecto desempeña el Comité para la prevención de la tortura así como los distintos procedimientos de "monitoring" instaurados en el seno del Consejo de Europa. En esta dirección preventiva se está trabajando en el seno de las Naciones Unidas con el *Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas* adoptado por la Comisión de Derechos Humanos el 22 de abril de 2002 (E/CN.4/RES/2002/33) y aprobado por el ECOSOC el 24 de julio de 2002 (Pres Release ECOSOC/6026). Sobre la actuación del Comité europeo para la prevención de la tortura y los mecanismos de "monitoring" dentro del Consejo de Europa, vid. J. RUILOBA ALVARIÑO, *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 noviembre de 1987. Su Aplicación en España*. Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2002 y J. GONZÁLEZ VEGA: "La protección de las minorías y el Consejo de Europa", en *Las Minorías en una Sociedad Democrática y Pluricultural*, I. GARCÍA RODRÍGUEZ (ed.); Universidad Alcalá de Henares Publicaciones, Madrid 2001, pp.128-135.

37. Al respecto, art. 5 del Convenio para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948; arts. 49, 50, 129, 146. de los respectivos Convenios de Ginebra de 1949 y arts. 80 y 84 del Primer Protocolo Adicional; art. 4 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1966; art. 4 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968; art. 4 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984; art. 2 del Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad en la aviación civil de Montreal de 1971; art. 5 del Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad marítima de Roma de 1988; art. 4 de la Convención sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid de 1973; art. 2 de la Convención internacional contra la toma de rehenes de Nueva York de 1979; arts. 4 y 5 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidas con bombas; arts. 4 y 5 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999; art.3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000; apartados 1 b) y 2 e) de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad.

38. El art. 8 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad precisa que, sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal, cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos, sea cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus



“las violaciones de normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que son crímenes de derecho internacional conllevarán el deber de enjuiciar a los autores a quienes se impute esas violaciones y de cooperar con los Estados y los órganos judiciales internacionales competentes y prestarles asistencia en la investigación y el enjuiciamiento de esas violaciones”.

A tal efecto, los Estados deben reconocer en su ordenamiento interno un título suficiente de competencia para garantizar tal derecho, bien en virtud de los intereses directamente afectados del Estado (principios de territorialidad, de personalidad activa o pasiva y de protección) o bien en razón de la naturaleza internacional del crimen (competencia universal del Estado de aprehensión o jurisdicción universal funcional). Como elemento de conexión que facilita la efectividad del objetivo perseguido, el fin de la impunidad, se erige el principio de cooperación materializado en la máxima *aut dedere aut judicare*. En este sentido, el párrafo 5 del anterior principio indica que “los Estados incorporarán en su derecho interno las disposiciones apropiadas que establezcan la competencia universal sobre los crímenes de derecho internacional y normas apropiadas que faciliten la extradición o entrega de los delincuentes a otros Estados o a órganos judiciales internacionales, la asistencia judicial y otros forma de cooperación en la administración de la justicia internacional, incluida la asistencia y protección de víctimas y testigos”. En todo caso, se destaca que el derecho a interponer un recurso adecuado, efectivo y rápido contra una violación de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario comprende todos los

autores. En el marco convencional destacan: el art. 6 del Convenio para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948; arts. 49, 50, 129, 146, de los respectivos Convenios de Ginebra de 1949; art. 6 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1966; art. 5 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984; art. 5 del Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad en la aviación civil de Montreal de 1971 y art. 3 de su protocolo de 1988; art. 6 del Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad marítima de Roma de 1988 y art. 3 de su Protocolo sobre plataformas situadas en la plataforma continental; art. 5 de la Convención sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid de 1973; art. 5 de la Convención internacional contra la toma de rehenes de Nueva York de 1979; art. 6 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidas con bombas; art. 7 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999; art.4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000; apartado 2 e) de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad.

procedimientos internacionales disponibles en que pueda personarse un individuo y será sin perjuicio de cualesquier otros recursos nacionales³⁹.

En cuarto lugar, la obligación de reparación del daño ocasionado a las víctimas. Respecto a las formas de reparación, el Principio X enumeran las siguientes⁴⁰: a) la restitución íntegra que comprende la restitución del *statu quo* anterior a la violación mediante el restablecimiento de la libertad, los derechos, la situación social, la vida familiar y la ciudadanía de las víctimas; el retorno a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades; b) la indemnización de todo perjuicio evaluable económicamente que fuera consecuencia de una violación, esto es, el daño físico o mental, incluido el dolor, el sufrimiento y la angustia; la pérdida de

39. Por su parte, el Informe Joinet sobre la impunidad efectúa un reparto de competencias entre las jurisdicciones nacionales, extranjeras e internacionales en el siguiente sentido. En primer lugar, se reconoce que la competencia territorial de los tribunales nacionales debe ser, en principio, la regla y que la competencia concurrente de un tribunal penal internacional puede ser retenida cuando los tribunales nacionales no presenten garantías suficientes de independencia e imparcialidad o estén en la imposibilidad material de funcionar (Principio 19). En segundo lugar, reconoce la competencia de los tribunales extranjeros en virtud de una cláusula convencional o en virtud de una disposición de la ley interna estableciendo una regla de competencia extraterritorial para los crímenes graves según el derecho internacional (Principio 20). Finalmente, se establecen como medidas destinadas a reforzar la eficacia del principio de competencia universal su incorporación en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos apropiados y la obligación de los Estados parte en tomar las medidas legislativas o cualesquiera otras de derecho interno que permitan hacer efectiva la aplicación de la cláusula convencional de competencia universal (Principio 21) y el reconocimiento de que cualquier Estado, al margen de tratado, puede adoptar las medidas en derecho interno necesarias para establecer su competencia extraterritorial sobre los crímenes graves según el derecho internacional cometidos fuera de su territorio y que, por razón de su naturaleza, afectan no solamente al derecho penal interno, sino también al orden represivo internacional al que la noción de fronteras es extraña (Principio 22). *Vid.* el informe sobre la *Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos. La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (civiles y políticos)*, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.

40. Si bien el Informe se refiere a la responsabilidad penal del individuo, su esquema no difiere del mantenido en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado. El Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (A/CN.4L.602/Rev.1, de 26 de julio de 2001) establece en sus arts. 30 y 31, dentro de los principios generales sobre las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito, la obligación de cesación y no repetición, incluyendo la de ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen, y la obligación de reparación íntegramente el perjuicio, tanto material como moral. Por su parte, los arts. 34 a 39 se refieren a las formas de reparación: restitución, indemnización, satisfacción y pago de intereses. Respecto al alcance de la obligación de no repetición véase el asunto *LaGrand* resuelto por el Tribunal Internacional de Justicia el 27 de junio de 2001 (<http://www.icj-cij.org>).



oportunidades, incluidas la educación; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; el daño a la reputación o a la dignidad; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicinas y servicios médicos, psicológicos y sociales; c) la rehabilitación que deberá incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales; y d) la satisfacción y garantía de no repetición.

En cuanto a esta categoría de obligaciones resulta especialmente ilustrativa la Convención de Naciones Unidas contra la tortura de 1984 cuyo artículo 14 establece que todo Estado parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a una indemnización⁴¹. En el mismo sentido, el artículo 75 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se refiere a los principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o sus causahabientes por parte del condenado en virtud de una decisión de la Corte o, cuando proceda, por parte del Fondo fiduciario

41. Además esta obligación aparece recogida en el art. 7 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966; en el art. 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; en el art. 25 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000; en el art. 6 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención contra la delincuencia organizada transnacional; art.9 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000. Igualmente la obligación de reparación e indemnización de las víctimas la encontramos en los puntos 8 a 17 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder adoptada por la AG en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985; en el art. 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 diciembre de 1992, artículo que es desarrollado en el artículo 24 del Proyecto de Convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4.Sub.2/1998/WG.1/CRP/2/Rev.2). Además en el marco de las Naciones Unidas existe un Fondo de contribuciones voluntarias de las Naciones Unidas para las víctimas de la tortura. El mencionado fondo fue establecido por la Asamblea General en su resolución 36/151 del 16 de diciembre de 1981. El Fondo recibe contribuciones voluntarias de Gobiernos, de organizaciones no gubernamentales y de particulares con el fin de distribuir las a organizaciones no gubernamentales que proporcionen asistencia humanitaria a víctimas de la tortura y sus familiares. Véase el informe del Secretario General sobre los fondos disponibles presentado el 18 de enero de 2001 (E/CN.4/2001/59).

previsto en el artículo 79 del Estatuto⁴². Los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda no prevén, sin embargo, la posibilidad de que los respectivos Tribunales acuerden el pago de indemnizaciones a las víctimas. Por esta razón, se presentó el 13 de octubre de 2000 Carta dirigida al Secretario General por el Presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sr. Claude Jorda, indicando que debe señalarse a la atención del Consejo de Seguridad la modificación del Estatuto con objeto de facultarlo para ordenar que se hagan pagos en concepto de indemnización a las víctimas de los delitos cometidos por personas a las que el Tribunal declare culpables. Para el presidente del Tribunal, parece en efecto que el Derecho internacional reconoce un derecho de indemnización de las víctimas, aunque lo que respecta al mecanismo para su ejercicio la ley está mucho menos adelantada. Asimismo concluye que si bien sería posible modificar el Estatuto y el Reglamento del Tribunal, a efectos de procedimiento, financiación y consideraciones de justicia distributiva, no resulta lo más conveniente por lo que propone la creación de una comisión internacional de reclamaciones⁴³.

Finalmente, se establece una última obligación de carácter complementario a las anteriores, aunque no por ello pierda su propia autonomía. Se trata de la obligación de cooperación entre los Estados en la realización de cada una de las anteriores obligaciones, desde las actuaciones de prevención e investigación hasta las de enjuiciamiento, sanción y reparación, en virtud de los correspondientes acuerdos de asistencia y cooperación judicial, sin olvidar que en materia de extradición resulta ampliamente admitido que en el supuesto de que no exista tratado de extradición entre los Estados implicados se considerará el convenio o convención reguladora del delito en cuestión como base jurídica suficiente para la referida extradición⁴⁴. Dentro del marco

42. El art. 75 es desarrollado por las Reglas 94 y 95 del texto definitivo del Proyecto de Reglas de Procedimiento y Prueba (Vid. PCNICC/2000/INF/3/Add.1).

43. Vid. Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/2000/1063.

44. Al respecto hay que recordar los "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad" enunciados en la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1973, en particular los siguientes: los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad; los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la búsqueda, detención y enjuiciamiento de las personas contra las que existan pruebas *prima facie* de haber cometido tales crímenes, y, en caso de ser declarados culpables, de su castigo; los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de las personas acusadas de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad y no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído

institucional de la Organización de las Naciones Unidas se ha de destacar las obligaciones de cooperación impuestas por las respectivas resoluciones del Consejo de seguridad creadoras de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda⁴⁵ y por la reciente Resolución 1373 (2001) sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo⁴⁶. Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional dedica la Parte IX a la cooperación internacional y la asistencia judicial de los Estados y organizaciones internacionales con la Corte, estableciéndose en su artículo 88 que “los Estados partes se asegurarán de que en el derecho interno

con respecto a la búsqueda, la detención, la extradición y el castigo de las personas declaradas culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Tal objetivo también es declarado en las Resoluciones 13 de febrero de 2002 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el “Respeto de los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas para lograr la cooperación internacional en la promoción y el aliento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y en la solución de los problemas internacionales de carácter humanitario” (A/RES/56/152) y el “Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, imparcialidad y objetividad” (A/RES/56/153). En el marco convencional, se pueden mencionar los arts. 6 a 9 del Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; arts. 6 a 8 y 11 del Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal 1971; arts. 6 a 15 del Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de Roma de 1988; arts. 4 a 11 de la Convención internacional contra la toma de rehenes Nueva York 1979; arts 8-10 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, Nueva York 1997; arts. 8-12 Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999; art. 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Palermo, 2000; art. 5 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000. Los Convenios sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad civil y la seguridad marítima, toma de rehenes y los relativos al terrorismo, estipulan que en el caso de inexistencia de tratado de extradición el Estado requerido “podrá discrecionalmente” o “podrá, a su elección” considerar las referidos convenios como la base jurídica necesaria para la extradición.

45. Estas obligaciones de cooperación se refieren a la investigación y enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario, y en particular la asistencia judicial relativa a la identificación y localización de personas; las deposiciones de testigos y la presentación de pruebas; tramitación de documentos; detención de personas; y entrega o traslado de los acusados para ponerlos a disposición del Tribunal Internacional (*vid.* art. 29 del Estatuto del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia y el artículo 28 del Tribunal para Ruanda).

46. La Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad decide en su apartado 2 f) que los Estados se proporcionen recíprocamente el máximo nivel de asistencia en lo que se refiere a las investigaciones o los procedimientos penales relacionados con la financiación de los actos de terrorismo o el apoyo prestado a éstos, inclusive por lo que respecta a la asistencia para la obtención de las pruebas que posean y que sean necesarias en esos procedimientos.



existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”.

III. COMPETENCIA UNIVERSAL COMO PRINCIPIO CONSUECUDINARIO

La competencia universal obedece a unos parámetros diferentes del resto de los títulos competenciales que establecen una relación directa entre la comisión del crimen y el Estado que reivindica la competencia para enjuiciar a los presuntos autores. Los caracteres de exclusividad y plenitud de la soberanía de los Estados, incluido el derecho de protección diplomática, justifican la preeminencia y naturalidad de los principios de territorialidad y personalidad que no sólo se configuran como derechos del Estado, sino también como obligaciones o deberes exigidos por el Derecho internacional a los Estados en cuanto garantes de su cumplimiento en los ámbitos donde ejercen jurisdicción o control efectivo, tal y como se declara en las primeras disposiciones de los convenios regionales sobre protección internacional de los derechos humanos⁴⁷. Motivos de oportunidad procesal también justifican la razonabilidad de estos títulos de atribución de competencia, puesto que facilitan la investigación y el enjuiciamiento de los casos, en particular, la identificación y localización de personas; las declaraciones de testigos y la presentación de pruebas; la tramitación de documentos; la detención de personas; y la entrega o traslado de los acusados para ponerlos a disposición del correspondiente tribunal.

Por el contrario, el principio de competencia universal responde, como indicara nuestro Tribunal Constitucional, a la universalidad de la competencia jurisdiccional de los Estados y de 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, de Estados competentes sobre las materias afectadas por ese interés cuya protección corresponde a la comunidad interna-

47. La jurisprudencia del TEDH relativa al control efectivo de los Estados conforme al artículo 1 del Convenio ha sufrido también cierta involución con la decisión de 12 de diciembre de 2001 que no admitió tal principio declarando la inadmisibilidad de la demanda presentada en el *asunto Bankovi y otros contra Bélgica y otros 16 Estados contratantes* referente a las víctimas de los bombardeos de la OTAN sobre Yugoslavia con motivo de la crisis de 1999 sobre el asunto de Kosovo.



cional en su conjunto⁴⁸. Mediante el ejercicio de la competencia universal, a diferencia del de la competencia extraterritorial, en particular, del llamado principio real o de protección, “no se trata por tanto de una mera extensión de la propia competencia para proteger a los propios nacionales o los propios intereses, sino del ejercicio de la soberanía propia, en cierta forma como delegación de un grado de soberanía supranacional admitido en torno a determinados bienes jurídicos o como órgano de la comunidad internacional que es el primer titular de los mismos”⁴⁹.

1. *La competencia universal en los instrumentos de Derecho internacional: competencia universal directa y subsidiaria*

El reconocimiento internacional de la competencia universal aparece en diversos instrumentos internacionales. En primer lugar, la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1973 sobre “*Los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*” declara en su punto primero que,

“los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas *prima facie* de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”⁵⁰.

48. Vid. STC 102/2000, 10 de abril de 2000, F.J. 4.

49. M. GARCÍA ARÁN: “El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial español”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El Caso Pinochet*, op. cit. pp.66-67; J. BARQUIN SANZ: “Universalidad de jurisdicción por delitos de carácter internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, p.29.

50. Véase también la Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2000/24, de 18 agosto de 2000, relativa al “Papel de la competencia universal o extraterritorial en las medidas de prevención de la impunidad” (E/CN.4/SUB.2/RES/2000/24), asumida por la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2001/70, de 25 de abril de 2001, sobre “Impunidad” (E/CN.4/RES/2001/70). En la resolución 2000/24 se recuerda que el principio de jurisdicción universal contra los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra ha sido reconocido en el derecho y prácticas internacionales y se pide a todos los gobiernos que cooperen entre sí, incluso cuando no existan tratados al respecto, en particular para facilitar el cometido de las autoridades judiciales ante las actuaciones iniciadas por víctimas ya en el

En el mismo orden, el artículo 8 del Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la CDI en 1996, establece que sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional (*competente, habría que añadir*⁵¹), cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes tipificados “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores”. Por su parte, la Resolución 1366 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la función del Consejo de Seguridad en la prevención de conflictos armados, subraya “la importancia de crear conciencia y garantizar el respeto del derecho internacional humanitario, recalcando la responsabilidad fundamental de los Estados miembros de *prevenir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, y de poner fin a la impunidad respecto de esos crímenes, reconociendo la función de los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Rwanda de desalentar la comisión de esos crímenes en el futuro y, de esa forma, contribuir a prevenir los conflictos armados*”⁵². Finalmente, las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, dictada esta última en el marco del Capítulo VII de la Carta, instan a todos los Estados a que colaboren con urgencia para someter a la acción de justicia a los autores y patrocinadores de los ataques terroristas, lo que ha llevado a algún autor a estimar que estas resoluciones estarían cristalizando, al menos en materia de terrorismo, “una norma de Derecho internacional general que obligaría a todo Estado con posibilidad de hacerlo a perseguir, procesar o extraditar, sin inmunidad de jurisdicción que valga incluso por la cualidad de órgano de un Estado del culpable, a las personas autores de ciertos crímenes internacionales”⁵³.

En el marco convencional podemos ‘distinguir entre “competencia universal directa” y “competencia universal subsidiaria”, siendo esta última la

ámbito del principio de la *competencia universal* reconocida en el derecho internacional, ya con arreglo al ordenamiento jurídico interno que establece una *competencia extraterritorial*, en particular por la nacionalidad de la víctima o del autor del delito. El énfasis es añadido.

51. A tal efecto, resulta ejemplar el artículo 5 de la Convención sobre la represión y el castigo del apartheid que dispone que las personas acusadas de este crimen podrán ser juzgadas por los tribunales competentes de los Estados o “*por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción*”.

52. S/RES/1366, 30 de agosto de 2001.

53. Vid. C. GUTIÉRREZ ESPADA: “¿No cesaréis de citarnos leyes viendo que ceñimos espada? (A propósito del 11 de septiembre)”, *ADI* 2001, pp.26-30, en particular, p.28.



que impera en el Derecho internacional⁵⁴. Según la primera, los Estados están obligados directamente por esta competencia. En tal sentido, los artículos 49, 50 126 y 146 de los Convenios de Ginebra de 1949 establecen una competencia universal obligatoria *self-executing*, no condicionada a ningún otro título de atribución de competencia, ni el territorial ni el personal. A tal efecto declaran que

“Cada una de las Partes contratantes *tendrá la obligación* de buscar a las personas acusadas de haber cometido o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas a otra Parte contratante interesada en la persecución siempre que esta última haya formulado contra ella cargos suficientes”.

Este mismo carácter, aunque no expresado en términos tan conminatorios, resulta también asumido por el artículo 5 de la Convención sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid de 1973 que reconoce la jurisdicción de los tribunales competentes de cualquier Estado parte en la Convención para el enjuiciamiento de las personas acusadas de tal crimen⁵⁵.

La competencia universal subsidiaria se refiere a aquellas cláusulas convencionales que autorizan, bien de forma expresa, bien de forma implícita mediante la no exclusión de ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional⁵⁶, el establecimiento en el ordenamiento

54. Vid. en este sentido, B. STERN: “La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en exYugoslavie et au Rwanda”, *GYIL* 1997, vol. 40, pp.283-287. Esta autora distingue a su vez entre cláusulas convencionales de competencia universal obligatoria “*non self-executing*” (Convención sobre el apartheid y contra la tortura) y cláusulas convencionales de competencia universal obligatoria “*self-executing*” (Convenciones de Ginebra de 1949). En el mismo sentido, J. PUEYO LOSA, *loc.cit.* 193-201. Marc Henzelin distingue entre universalidad unilateral, delegada y absoluta, *op. cit.*

55. Asimismo, el artículo 105 de la Convención sobre el derecho del mar de 1982 autoriza que todo Estado pueda apresar, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata y sus tribunales podrán decidir las penas que deban imponerse.

56. Por su parte la profesora E. Orihuela Calatayud diferencia dentro de la jurisdicción universal convencional entre la obligatoria, la facultativa y la implícita. Esta última se refiere a aquellas disposiciones convencionales que se remiten a la jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno. Los negociadores, según la referida autora, en estos convenios implícitamente asumieron la legitimidad de actuaciones más allá de lo previsto en sus disposiciones. Además, posiblemente las



interno de la competencia universal, existiendo al respecto dos variantes en atención a que el presunto culpable se encuentre o no en el territorio de la jurisdicción del Estado del foro. No obstante, el verdadero alcance de esta obligación sólo resulta plenamente comprensible puesto en conexión con las obligaciones facultativas dimanantes de la regla *aut dedere aut judicare*. Se trata de obligaciones de comportamiento condicionadas por el resultado de la erradicación de la impunidad, en la medida en que el ejercicio de la competencia universal sobre el crimen en cuestión se hace depender de dos factores: en primer lugar, de la existencia de otro Estado con mejor título de jurisdicción o de un tribunal internacional penal que reclamen su competencia y, en segundo lugar, de la existencia y, en su caso, de la idoneidad de un tratado de extradición o entrega que posibilite el enjuiciamiento en el Estado del foro requirente. Según la CDI, la opción que ofrece esta cláusula sólo tiene sentido en la medida en que los tribunales del Estado de detención tienen la competencia necesaria respecto de los crímenes enunciados. Si no existe tal competencia, el Estado de detención se vería obligado a aceptar toda solicitud de extradición que reciba, lo cual sería contrario al carácter facultativo de la obligación —conceder la extradición o juzgar— en virtud del cual el Estado de detención no tiene una obligación absoluta de atender una solicitud de extradición. Es más, en tal situación el presunto delincuente se libraría de todo procesamiento si el Estado de detención no recibiese ninguna solicitud de extradición, lo cual socavaría gravemente la finalidad básica del principio *aut dedere aut judicare*, a saber, garantizar el enjuiciamiento y el castigo efectivos de los delincuentes, al establecer la competencia subsidiaria del Estado de detención⁵⁷.

En cuanto a la vinculación entre el principio de competencia universal y la presencia del presunto autor del crimen en el territorio del Estado que se propone hacer valer su jurisdicción, A. Remiro Brotons ha indicado que “no es correcta si con ello se pretende afirmar que dicha presencia es requisito necesario según el derecho internacional para fundamentar la jurisdicción con base en dicho principio. Casi todos los tratados (...) advierten en párrafos

normas generales del Derecho internacional vendrían a legitimar tales previsiones, e incluso, actuaciones. Legitimación que en tal caso alcanzaría a los Estados que no sean parte en los convenios. Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD: “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, *Curso de Derecho y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2000, pp.196-201.

57. *Vid.* el comentario de la CDI al artículo 8 del Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, A/51/10*, pp.48-49.



aparte que nada en ellos excluye una jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.... La exigencia de la presencia del acusado no tiene que ver con el fundamento jurisdiccional sino con la evacuación del juicio y el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía que muchos ordenamientos (...) no permiten”⁵⁸. Así pues, en todo caso este principio autoriza a los Estados a iniciar la instrucción del caso y el procesamiento de los autores, así como la adopción de medidas encaminadas a asegurar su presencia en el territorio de forma que posibilite el inicio del correspondiente juicio⁵⁹.

En tal sentido, resulta paradigmática la Convención contra la tortura en cuyo artículo 5.3 se establece que *la presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales*, cláusula generalizada en todas las convenciones internacionales cuya remisión al derecho interno, después de enumerar los vínculos territoriales, de nacionalidad y de protección, sólo se entiende en términos de derecho consuetudinario habilitador de competencia universal. Por su parte, el párrafo 2 del mismo artículo indica que “todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición” a ninguno de los Estados previstos en el artículo 5.1 (territorialidad y nacionalidad activa y pasiva). Por su parte, el artículo 7.1 preceptúa que, en los supuestos previstos en el artículo 5, el Estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallado el presunto autor del crimen de tortura, si no procede a su extradición, “someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”. De forma más categórica se pronuncia el Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal en 1971, al igual que su Protocolo de 1988, que en sus respectivos artículos 7 indican que si el Estado no procede a la extradición “someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio”. Por su parte, el artículo 14 de la

58. A. REMIRO BRONTÓNS, *El Caso Pinochet. Los Límites de la Impunidad*, Política Exterior, Biblioteca Nueva, Madrid 1999, pp. 56-57. En el mismo sentido, B. Stern, *loc.cit.*, p. 748; J. PUEYO LOSA: *loc.cit.* pp.196-200.

59. Los juicios en rebeldía o contumacia tampoco están autorizados por los Estatutos de los Tribunales penales internacionales, aunque sí se prevé la posibilidad de la instrucción y la autorización del procesamiento o enjuiciamiento a pesar de que el acusado no esté presente. Véase al respecto, F. JIMÉNEZ GARCÍA: “Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de Julio de 1998”, *Studia Carande* 1999, n.º. 3, pp. 125-130.



Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, situado entre el destinado al establecimiento de jurisdicción y el destinado a la extradición de los presuntos culpables, dispone bajo el título de “Enjuiciamiento de los presuntos culpables” que el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable, “si no concede la extradición, someterá el caso, sin ninguna excepción y sin demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, según el procedimiento establecido en la legislación de ese Estado”. Obligaciones que presuponen el reconocimiento por vía consuetudinaria de la competencia universal de los tribunales nacionales y de la obligación general de su reglamentación en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados de forma tal que haga ilusoria cualquier impunidad fundamentada en la protección de las fronteras estatales dentro de las que se halle el inculcado por esta clase de crímenes contrarios al Derecho internacional⁶⁰.

2. *La competencia universal en la jurisprudencia internacional*

En cuanto a la jurisprudencia internacional, el TPJI indicaba en el asunto *Lotus* que “si bien es verdad que el principio de la territorialidad del derecho penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho penal no es pues, un principio absoluto de derecho internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”⁶¹. Por su parte, el TIJ, respecto al Convenio contra el crimen de genocidio, ha indicado que los principios base de este Convenio son prin-

60. En términos similares, el art. 3 del Convenio de Tokio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves de 1963; arts. 4 a 7 del Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970; arts. 5 a 7 de la Convención sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de Roma de 1988 y de la Convención internacional contra la toma de rehenes Nueva York 1979; arts. 3 a 7 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos; art. 7 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999; art.5 del Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños para la pornografía, cuyo párrafo 5 indica que en caso de no concesión de extradición por razón de la nacionalidad del autor del delito, el “Estado adoptará las medidas que correspondan para someter el caso a sus autoridades a los efectos de su enjuiciamiento”.

61. Cfr. *CPJI, Série A, N° 10, 1927, p.20.*

cipios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados al margen de todo vínculo convencional que fundamentan, además, el carácter universal de la condena del genocidio y de la cooperación necesaria “para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso”⁶². Por todo ello, resulta que “los derechos y obligaciones consagrados por el Convenio son derechos y obligaciones *erga omnes* y que la obligación de cada Estado de prevenir y sancionar el crimen de genocidio no está limitado territorialmente por el Convenio”⁶³. En el asunto de la *Barcelona Traction*, el Tribunal

62. Cfr. *CIJ Recueil 1951*, p.23

63. Cfr. *CIJ Recueil 1996*, p.616. La CDI en sus comentarios al Proyecto sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad indicaba que la ampliación competencial de la Convención de 1948 “se justificaba plenamente en vista de la naturaleza del genocidio, que era un crimen de derecho internacional respecto del cual existía jurisdicción universal según el derecho consuetudinario para los Estados que no eran partes en la Convención”, *loc. cit.*, p. 49. Por su parte, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española en su auto de 5 de noviembre de 1998 indicaba que “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”. Asimismo se concluye que “lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución Española 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 la 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”. Respecto al asunto *Pinochet*, el Tribunal de Primera instancia de Bruselas, en su auto de 8 de diciembre



Internacional de La Haya, en un *obiter dicta* trascendental pero intencionalmente fosilizado y aparcado con otros enseres imperativos en las hangares del Derecho internacional, proclamaba frente al tradicional bilateralismo de la responsabilidad internacional que “habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión [*los derechos derivados de las normas de ius cogens, v.gr. las relativas a la protección de los derechos humanos como las que prohíben el genocidio, la esclavitud, la discriminación racial...*] cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de las obligaciones *erga omnes*”⁶⁴.

Finalmente, el TIJ reconocía implícitamente la competencia universal de los Estados en la sentencia dictada el 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* y de forma expresa en las opiniones disidentes manifestadas por distintos jueces al fallo. La circunspecta sentencia de San Valentín, si bien no se pronunció explícitamente sobre esta cuestión, que simplemente dejó apuntada como futurible *obiter dicta* para otra ocasión, la reconoció implícitamente en distintos pasajes de su sentencia referidos a los tribunales nacionales competentes, en particular, cuando estima que, en materia de competencia, diversos convenios internacionales relativos a la prevención y sanción de determinados crímenes graves imponen a los Estados la obligación de perseguir o extraditar así como la de extender su competencia

de 1998 ante al hecho de que la legislación penal belga sólo reconocía la jurisdicción universal sobre crímenes cometidos en conflictos armados internos e internacionales, argumentaba que la prohibición de los crímenes contra la humanidad forman parte del derecho consuetudinario y del internacional *ius cogens* que se impone imperativamente y *erga omnes* sobre el derecho interno de los Estados por lo que en ausencia de tratado, la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad existe, autorizando a las autoridades judiciales perseguir y castigar a los perpetradores en todas las circunstancias (citado por R. VAN ALEBEEK, “The Pinochet Case. International Human Rights Law on Trial” *BYIL* 2000, p.39).

64. *CIJ Recueil* 1970, p. 32. Esta decisión es recordada y desarrollada por el TPIJ en el asunto *Kupreskic* anteriormente citado, sentencia de 14 de enero de 2000, pars.519-520. El artículo 41 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de indudable valor consuetudinario, dispone que los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general y ninguno de ellos reconocerá como lícita una situación así creada ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación (A/CN.4/L.602/Rev.1). Sobre la práctica derivada de esta disposición (antiguo art.53) vid. C. FERNÁNDEZ DE CASAEVANTE ROMANÍ: “El poder y el Derecho en las Naciones Unidas. La discrecionalidad del Consejo de Seguridad”, en *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona, 1997, pp. 40-68.



jurisdiccional sobre los mismos⁶⁵. Por el contrario, la opinión disidente común firmada por los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, asumiendo los argumentos defendidos por Bélgica⁶⁶, afirma que el principio de competencia universal no sólo es un principio convencional, sino que se trata de una norma consuetudinaria cuyas bases descansarían en la finalidad y razón de ser de los tratados sobre la materia, expresiva de la voluntad de los Estados de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más odiosos, en la generalización de la obligación convencional relativa al principio *aut dedere aut prosequi*, y en el pronunciamiento del TPJI en el asunto *Lotus* acerca de la libertad de los Estados en la determinación de su jurisdicción cuando el Derecho internacional no establece reglas prohibitivas de la misma⁶⁷.

Desde la perspectiva de la responsabilidad penal individual, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia ha sido más taxativo sobre esta cuestión. En su sentencia de 29 de octubre de 1997 sobre el asunto *Blaskic*, la Sala de Apelación del Tribunal indica que “las jurisdicciones nacionales de los Estados están obligadas por el derecho consuetudinario a juzgar o extraditar a los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario”⁶⁸, mientras que en el asunto *Furundzija*, la sentencia rendida el 10 de diciembre de 1998 proclama que

“una de las consecuencias del valor de *jus cogens* reconocido a la prohibición de la tortura por la comunidad internacional implica que todo Estado está facultado a investigar, perseguir y castigar o, en su caso, extraditar a las personas acusadas de tortura, que se hallen en su territorio. En efecto, sería contradictorio, de una parte, restringir, prohibiendo la tortura, el poder absoluto del que normalmente gozan los Estados soberanos de concluir tratados —pues aquellos que fueran contrarios a esta prohibición adolecerían de nulidad absoluta— y, de otra parte, impedir a los Estados perseguir y

65. Cfr. *CIJ Recueil* 2002, par.59. El Tribunal no se pronuncia sobre esta cuestión porque no aparece en el *petitum* definitivo de la República Democrática del Congo, por lo que de hacerlo incurriría en un supuesto de incongruencia *ultra petita*. No obstante, el Tribunal admite que si bien no puede pronunciarse sobre esta cuestión en su parte dispositiva, nada le impide hacerlo, en la medida en que fuera necesario, en la motivación de la sentencia a título de *obiter dicta*. Final y lamentablemente, el Tribunal no estimó necesario ni conveniente hacer ningún tipo de pronunciamiento sobre esta cuestión. Cf. par. 43 de la sentencia

66. Capítulo 3 de la Contra-memoria de Bélgica (<http://www.icj-cij.org>).

67. Cfr. pars. 19 a 65 de la opinión disidente. Véase también la opinión disidente de la Juez C. Van den Wyngaert, pars.40-60.

68. Cfr. par. 29 de la sentencia (<http://www.un.org/icty>)



castigar a aquellos que la practican en el extranjero. El fundamento jurídico de la competencia universal de los Estados en esta materia resulta confirmado y reforzado, conforme a lo mantenido por otras jurisdicciones, por el carácter en esencia universal del crimen de tortura. Estimando que los crímenes internacionales son universalmente condenables cualquiera que sea el lugar en que hayan sido cometido, cada Estado tiene el derecho de perseguir y castigar a los autores de estos crímenes. Como dijo de forma general la Corte Suprema de Israel en al asunto *Eichmann*, al igual que la jurisdicción de los Estados Unidos en el asunto *Demjanjuk*, es el carácter universal de los crímenes en cuestión (es decir, crímenes internacionales) el que confiere a cada Estado el poder de llevar ante la justicia y castigar a aquellos que han tomado parte en su comisión”⁶⁹.

El carácter de *ius cogens* de las normas que previenen y sancionan los crímenes contra la humanidad —que las sitúa en el rango normativo más elevado de la jerarquía internacional— indica previamente esta sentencia, “*tiene como consecuencia más elemental la imposibilidad de derogación por la vía de tratados internacionales, de costumbres locales o especiales o incluso de reglas consuetudinarias generales que no tenga el mismo valor normativo*”⁷⁰.

3. La competencia universal en los sistemas jurídicos nacionales

En cuanto a la práctica de los Estados, la legislación de numerosos Estados ha reconocido el principio de jurisdicción universal para la persecución y enjuiciamiento de los denominados crímenes contra el derecho de gentes⁷¹, sin olvidar que la jurisprudencia sentada en los asuntos *Eichmann*

69. Cfr. *Fiscal c. Furundzija*, IT-95-17/1, par. 156 (<http://www.un.org/icty>)

70. *Ibid.* par.153. En el mismo sentido, asunto *Kupreskic*, loc.cit., par.520.

71. Destaca en este sentido la legislación adoptada en cumplimiento de los Convenios de Ginebra de 1949. Dentro de la Commonwealth destacan los “Geneva Conventions Act” de Australia de 1957, enmendado en 1991, de Canadá de 1965, de la India de 1960. Sin referencia explícita a las Convenciones de Ginebra, el Código penal canadiense, enmendado por Bill C-71 de 1987 y el British Law of War on Land de 1958. Con carácter general, la Ley Belga de 16 de junio de 1993; art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española y los arts. 607-814 del Código penal español de 1995; Capítulo 2, § 3 del Código penal sueco; art. 8 del Código penal danés; Capítulo 1 sección 7 del Código penal finlandés en virtud del decreto de aplicación de 1996; el art. 6 del Código penal alemán; el art. 64.1 del Código penal austriaco; el art. 5 del

(Israel, 1961), *Polyukhovich* (Australia, 1991) y *Finta* (Canadá, 1994) ha reconocido efectos retroactivos a la legislación nacional en virtud del Derecho internacional preexistente⁷². En cuanto a la práctica estatal más reciente cobra especial significación, por su transcendencia y repercusión en la práctica internacional, la normativa y posterior jurisprudencia emanada de la práctica española y norteamericana. Respecto a la legislación norteamericana nos estamos refiriendo al «*Alien Tort Claims Act*» (ATCA, 28 U.S.C. § 1350) y al «*Torture Victim Prevention Act*» de 1991 (TVPA, 28 U.S.C. § 1350) de aplicación en el ámbito de las reclamaciones civiles por violaciones sistemáticas del Derecho internacional de los derechos humanos. Conforme al *Aliens Tort Claims Act* de 1789, que forma parte del *Judiciary Act*, se señala que los Tribunales de distrito tendrá competencia originada en toda acción civil de un extranjero por daños cometidos en violación de la ley de las naciones

Código portugués de 1995 modificado por ley de 1998; el art. 19 del Código penal de la República Checa; el art. 689 del Código de procedimiento penal de Francia y los arts. 211 a 213 y 421 del Código penal francés. Asimismo, el art. 2 del Código Penal peruano, el art. 1.7 Código penal boliviano, arts. 1.7 y 8.2 del Código Penal paraguay; art. 16.3 f del Código penal nicaragüense; el art. 7 del Código penal y art. 45 de la Ley de procedimiento penal de Costa Rica; art. 10 del Código penal salvadoreño de 1998; art. 4 del Decreto ley de 1981 de Burundi. Asimismo, el art. 118 de la Constitución de Argentina que en palabras de la sentencia dictada el 6 de marzo de 2001 acerca de la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final argentinas, la "recepción que realiza nuestra Constitución en el art. 118 impone que los tribunales nacionales deban aplicar las normas relativas a la persecución de crímenes contra el derecho de gentes cuando tengan que juzgar un hecho de esa naturaleza. Ello será así tanto si el hecho ocurrió dentro como fuera de nuestro país dado que el art. 118 de la Constitución Nacional extiende la jurisdicción argentina a hechos ocurridos fuera de nuestras fronteras territoriales (jurisdicción universal o extraterritorial) cuando ellos constituyen crímenes contra el derecho de gentes (crímenes contra la humanidad, actos de genocidio, etc.). Entonces, en tanto norma de recepción de los postulados modernos relativos a crímenes contra el derecho de gentes y —en total armonía con tales postulados— de establecimiento de la jurisdicción extraterritorial para dichos crímenes, no cabe sino compartir la opinión de Sagüés cuando califica al art. 118 de nuestra Constitución Nacional como una norma "de avanzada y de insospechada actualidad". Sobre esta legislación vid. el documento de 10 diciembre de 1997 preparado por la Comité internacional de la Cruz Roja acerca de la evolución del principio de jurisdicción universal a la luz de las legislaciones nacionales y de la práctica jurisprudencial de los Estados en relación con los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crimen de genocidio, "State consent regime vs. Universal jurisdiction", en <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/>. Esta legislación puede consultarse también en: <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/WebLAW?OpenView>.

72. El asunto *Eichmann* puede consultarse en *ILR*, 1968, vol.36, pp.5 y 277; el asunto *Polyukhovich* en *CLR*, 1991, vol.172, p.501; el asunto *Regina v. Finta*, en *ILR* 1997, vol.104, p.284. El artículo 15.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de NNUU dispone que "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".



(*Derecho internacional consuetudinario o derecho de gentes*) o de un tratado de los Estados Unidos” con independencia del lugar de la comisión del delito⁷³. Esta normativa adquiere consistencia práctica tras las decisiones adoptadas en los asuntos *Filartiga v. Peña Irala* (630 F.2d 876, 1980) y *Kadic v. Karadzic* (70 F.3d 232, 2d Cir. 1995) que proclaman que, con independencia del lugar de la comisión, la deliberada tortura o los crímenes de guerra o de genocidio —cometidos por actores estatales paraguayos, en el primer caso, o por actores privados en cuanto al dirigente serbio, en el segundo—, constituyen una violación de las normas internacionales universalmente aceptadas de los derechos humanos y que como tal violación del Derecho internacional, una violación del derecho nacional de los Estados Unidos⁷⁴. La consolidada jurisprudencia sentada en torno a esta legislación⁷⁵, se ha visto regenerada mediante la decisión de 14 de septiembre de 2000 de la U.S. Corte de Apelación del Segundo Distrito en el asunto *Wiwa v. Royal Dutch*

73. “He district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”. El texto de esta normativa puede consultarse en <http://liimirror.warwick.ac.uk/uscode/28/1350.html>. Conforme al *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States*, adoptado por el *American Law Institute*, “A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offences recognized by the community of nations as universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps certain acts of terrorism...”, citado por Ch. TOMUSCHAT: “International Law...”, *loc.cit.* p. 201.

74. La admisibilidad de una reclamación fundamentada en esta legislación requiere como presupuestos básicos concreción, universalidad y obligatoriedad de los derechos humanos invocados. Para un mayor análisis de los distintos procedimientos judiciales entablados sobre la base de esta normativa, véase, M. RATNER: “Civil remedies for gross human rights violations” en *Justice & The Generals: U.S. Law -T.V.P.A.- PBS* (http://www.pbs.org/wn...ustice/law_background_torture.html); L. SAUNDERS: “Rich and rare are the gems they war: holding De Beers accountable for trading conflict diamonds”, *Fordham International Law Journal*, 2001-4, pp. 1402 y ss; Richard L. HERZ: “Litigating environmental abuses under the Alien Tort Claims Act: a practical assessment”, *VJIL* 2000, vol.40, pp.545 y ss; F. L. KIRGIS: “Alien Tort Claims Act proceeding against Robert Mugabe”, *ASIL* September, 2000.

75. Además de los asuntos indicados, *Abebe-Jira v. Negewo*, 72 F.3d 844 (11th Cir. 1996) (relativo a actos de tortura a prisioneros etíopes); *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995) (relativo a la tortura y otros abusos cometidos por las fuerzas militares guatemaltecas); *In re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467 (9th Cir. 1994) (relativo a tortura y otros abusos cometidos por el antiguo Presidente de Filipinas); *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 233 U.S. App. D.C. 384, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984) (relativo a un ataque armado libio contra Israel). En el asunto *Romagoza v. García*, una Corte de Distrito Federal de Florida condenaba el 23 de julio de 2002 a Carlos Eugenio Vides Casanova, ex-director de la policía nacional salvadoreña, y a J. Guillermo García, ex-Ministro de Defensa de El Salvador, por su pasividad y aquiescencia ante las matanzas y torturas cometidas durante la guerra civil salvadoreña.



Petroleum (Shell), confirmada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos mediante decisión de 21 de marzo de 2001⁷⁶. En ella se resalta el paso decisivo que ha supuesto la adopción del TVPA en los siguientes términos,

“Whatever may have been the case prior to passage of the TVPA, we believe plaintiffs make a strong argument in contending that the present law, in addition to merely permitting U.S. District Courts to entertain suits alleging violation of the law of nations, expresses a policy favoring receptivity by our courts to such suits. Two changes of statutory wording seem to indicate such an intention. First is the change from addressing the courts’ “jurisdiction” to addressing substantive rights; second is the change from the ATCA’s description of the claim as one for ‘tort... committed in violation of the law of nations...’ to the new Act’s assertion of the substantive right to damages under U.S. law. This evolution of statutory language seems to represent a more direct recognition that the interests of the United States are involved in the eradication of torture committed under color of law in foreign nations”.

Asimismo, se reitera el principio de justicia y competencia universal que fundamenta la legislación norteamericana invocada con los siguientes argumentos:

“One of the difficulties that confront victims of torture under color of a nation’s law is the enormous difficulty of bringing suits to vindicate such abuses. Most likely, the victims cannot sue in the place where the torture occurred. Indeed, in many instances, the victim would be endangered merely by returning to that place. It is not easy to bring such suits in the courts of another nation. Courts are often inhospitable. Such suits are generally time consuming, burdensome, and difficult to administer. In addition, because they assert outrageous conduct on the part of another nation, such suits may

76. Las distintas sentencias sobre el asunto *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum (Shell)*, puede consultarse en www.earthrights.org/shell/pr0202.html. Esta decisión, centrada en los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción personal y a la regla del “*forum non conveniens*”, se refiere a la multinacional petrolera anglo-holandesa Shell, con sede en el Reino Unido, acusada de la muerte del dirigente Ken Saro-Wiwa y otros ocho activistas nigerianos de la tribu ogoni, ejecutados en 1995 por la dictadura militar de aquel país, al entender los demandantes que Shell ayudó al régimen a fabricar las pruebas que se utilizaron en un simulacro de juicio en Port Harcourt.



embarrass the government of the nation in whose courts they are brought. Finally, because characteristically neither the plaintiffs nor the defendants are ostensibly either protected or governed by the domestic law of the forum nation, courts often regard such suits as 'not our business'.

The new formulations of the Torture Victim Protection Act convey the message that torture committed under color of law of a foreign nation in violation of international law is 'our business', as such conduct not only violates the standards of international law but also as a consequence violates our domestic law. In the legislative history of the TVPA, Congress noted that universal condemnation of human rights abuses 'provides scant comfort' to the numerous victims of gross violations if they are without a forum to remedy the wrong. House Report at 3, 1992 U.S.C.C.A.N. at 85. This passage supports plaintiffs' contention that in passing the Torture Victim Prevention Act, Congress has expressed a policy of U.S. law favoring the adjudication of such suits in U.S. courts. If in cases of torture in violation of international law our courts exercise their jurisdiction conferred by the 1789 Act only for as long as it takes to dismiss the case for *forum non conveniens*, we will have done little to enforce the standards of the law of nations"⁷⁷.

Retomando los actos de Estado, en el asunto *Siderman de Blake y otros c. Republica Argentina y la provincia de Tucumán* (US App. DC, 9th Cir, 965 F2D 699-1992), se admitió sobre la base de la justicia universal que el Derecho internacional no reconoce como actos de Estado las violaciones del *ius cogens*, ni les otorga, en consecuencia, los beneficios de las inmunidades de Derecho internacional. No obstante, se aplicó la legislación estadounidense sobre inmunidades de los Estados, subrayando que corresponde al Congreso norteamericano disponer lo contrario⁷⁸. Y tal disposición se ha visto sólo en parte realizada mediante la incorporación de la sección relativa a la "*Jurisdiction for Law suits againsts foreing states for acts of terrorism*" de la "*Antiterrorist and Effective Death Penalti Act*" de 1996 (AEDPA),

77. El 28 de febrero de 2002, la Corte del Distrito de Nueva York, *con una importante remisión al Derecho internacional sobre la materia, incluyendo la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, e incluso el Estatuto de Roma 1998, en particular su art. 7 referente al crimen de lesa humanidad*, admite dar curso a las reclamaciones de los demandantes relativas a la ejecución sumaria, crímenes contra la humanidad, tortura, trato cruel, inhumano o degradante y violación del derecho de reunión y asociación pacífica.

78. "International law does not recognize an act that violates *jus cogens* as a sovereign act. A state's violation of the *jus cogens* norm prohibiting official torture therefore would not be entitled to the immunity afforded by international law."



incluyendo la “*Enmienda Flatow*” de ese mismo año, que supone una modificación de la legislación sobre inmunidades de los Estados y sus agentes diplomáticos (“*Foreign Immunities Sovereign States Act*” de 1976, *FISA*)⁷⁹. Conforme a esta normativa no se podrá invocar la inmunidad estatal cuando se trate de actos relacionados con la tortura, ejecuciones sumarias, sabotaje aéreo y toma de rehenes. No obstante, esta reforma resulta doblemente condicionada por presupuestos nacionales pues, sólo se aplica cuando la víctima es un nacional norteamericano y cuando el Estado infractor ha sido calificado por los Estados Unidos como Estado terrorista, aunque la limitada jurisprudencia sentada en torno a ella supone un importante soporte a la idea de la justicia universal en materia de la violaciones de obligaciones derivadas del *ius cogens*⁸⁰.

Por lo que se refiere a la práctica judicial española, sobre la base del artículo 23.4 LOPJ, los autos de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998 relativos a las “*Jurisdicción española para conocer de los crímenes de genocidio, tortura y terrorismo durante las dictaduras argentina y chilena*”, concluían afirmando que cuando los órganos judiciales españoles aplican el mencionado precepto procesal,

“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 quinientos los españoles muertos o desaparecidos en Argentina, víctimas de la represión denunciada en los autos”.

79. Esta legislación puede consultarse en <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c104;9./temp/~104e0tmE1> y en *ILM* vol. 36, p. 759. Acerca de la “*Enmienda Flatow*”, vid. “*Flatow v. Islamic Republic of Iran*”, *AJIL* 2000-1, pp.117-124 y “*Lawsuit by Hostages against Iran*”, *AJIL* 2002-2, pp.463-468.

80. Véase sobre este particular, J. BRÖHMER: *State Immunity and Violation of Human Rights*, The Hague, 1997; Ch TOMUSCHAT: “International Law...”, *loc.cit.* pp.176-183; M. ERMOLEAVA: “Crimes without punishment. *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*”, 101 F.3d 279 (2d Cir.1996)”, *Southern Illinois University Law Journal*, vol.23, 1999, pp.755 y ss; D. MACKRUSICK: “Human rights vs. sovereign rights: the State sponsored terrorism exception to the foreign sovereign immunities act”, en <http://www.law.wmory.edu/EILR/volumes/win96/mackusick.html>.



Por su parte y mediante sentencia de 24 de marzo de 1999, el Tribunal de la Cámara de los Lores británica, aunque especialmente afecto a consideraciones temporales de tipificación convencional y a las reglas de extradición, resolvía en palabras de Lord Millet que los crímenes prohibidos por el Derecho internacional conllevan una jurisdicción universal según es costumbre internacional siempre que se den dos condiciones: primera, deben ser contrarios a una norma perentoria de derecho internacional, esto es una infracción del *ius cogens*; segunda, deben ser de tal gravedad y ejecutados en tal escala que puedan ser considerados propiamente como un ataque contra el orden jurídico internacional⁸¹.

81. La doctrina jurisprudencial española es mantenida en el auto de 13 de diciembre de 2000 dictado por el pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional por el que se declara el archivo de la denuncia de genocidio, terrorismo y tortura en Guatemala en virtud del "criterio de subsidiaridad", parte integrante del *ius cogens* internacional según la Sala, declarado en el art. 6 del Convenio contra el genocidio y en los artículos 17 y siguientes del Estatuto de Roma. La jurisprudencia anterior puede consultarse en <http://www.derechos.org/nizkor>. El auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el asunto sobre Guatemala (Rollo de Apelación nº. 115/2000) fue recurrido ante el Tribunal Supremo el 28 de mayo de 2002 (vid. *El País* de 29 de mayo de 2002). La decisión del Tribunal Supremo sobre el asunto *Otegi*, auto de 23 de mayo de 2002, dio lugar a un auto de la Audiencia Nacional, de 31 de mayo de 2002, anulando la aplicación extraterritorial de la ley penal española en casos de genocidio y terrorismo. Dicho auto está recurrido y el propio Tribunal Supremo se ha visto obligado a declarar con motivo del auto de confirmación de la decisión sobre *Otegi* que ni esta decisión ni la anterior "ponen en cuestión la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de enaltecimiento o justificación del terrorismo y demás del art. 578 del Código Penal, por lo que carece de incidencia en la materia de persecución universal de delitos como los de terrorismo, genocidio y tortura" (vid. *El País*, de 14 de junio de 2002). Respecto a los crímenes argentinos, destaca el auto del Juzgado Central de instrucción número 5 de la Audiencia Nacional española autorizando la solicitud de extradición de Ricardo Miguel Cavallo y la admisión de dicha extradición por las autoridades judiciales mexicanas en virtud del art. 23.4 de la LOPJ en relación con el criterio de nacionalidad pasiva. El asunto Pinochet generó solicitudes de extradición de Austria, Bélgica, Suiza, Francia y Alemania fundamentadas en una interpretación del art. 6 del Convenio contra el genocidio favorable a la jurisdicción universal. El principio de jurisdicción universal ha tenido otras aplicaciones en el ámbito judicial europeo íntimamente vinculado a las obligaciones dimanantes de los Estatutos de los Tribunales para antigua Yugoslavia y Ruanda. Sobre este particular destacan los asuntos *Djajic* (1997) y *Jorgic* (1998) en Alemania, el asunto *Sarik* (1994) en Dinamarca, el asunto *Munyeshyaka* en Francia (mediante resolución de la Corte de Casación francesa de 1998), los asuntos de la justicia militar suiza (1997, confirmados por la Corte de Casación en 2000 y 2001) y sueca (1999). En contra y reafirmando el principio de territorialidad, la sentencia de 20 de marzo de 2001 de la Corte de Casación de Senegal en el asunto Habré. Sobre estos asuntos véase, M. HENZELIN: *op.cit.*, pp.426-447 y la documentación sobre "Universal Jurisdiction in Europe" en <http://www.redres.org/inptract.html> y la referida en <http://www.icrc.org/ghl/nat.nsf/WebCASE?OpenView&Start=1&Count=30&Expand=18#18>.



La adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional ha supuesto un significativo revulsivo en la práctica legislativa nacional ya existente sobre el reconocimiento de la jurisdicción universal de los Estados respecto a los crímenes contra la humanidad. Destaca por el activismo judicial generado (desde los crímenes rwandeses hasta los crímenes en Palestina e Israel, sin olvidar las actuaciones contra dirigentes del Congo, Chad, Costa de Marfil...), la Ley belga de 16 de junio de 1993 relativa a la represión de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, tal y como fue modificada por la Ley 10 de febrero de 1999 relativa a la represión de violaciones graves de derecho internacional humanitario, con la inclusión del genocidio y los crímenes contra la humanidad de acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de la Corte penal internacional. Conforme al artículo 7 de la Ley belga, las jurisdicciones belgas son competentes para conocer de las infracciones previstas en la presente ley con independencia del lugar en que hayan sido cometidos.

Dentro del “*common law*” y bajo la denominación de “*Crimes Against Humanity and War Crimes Act*” e “*International Criminal Court Act*” de 2000 y 2001, se ha de hacer referencia a la normativa de aplicación de las disposiciones del Estatuto de Roma adoptada por Canadá, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Nueva Zelanda y Sudáfrica que proclaman el principio de jurisdicción universal en el sentido de que los crímenes contra la humanidad cometidos en el extranjero se entienden cometidos en su territorio, aunque condicionan la competencia de sus tribunales a la necesidad de la presencia del presunto criminal, salvo en los supuestos en que operen otros criterios (territorialidad, personalidad o residencia habitual). Por su parte, el Proyecto de Ley de introducción del Código penal internacional presentado por el Gobierno Federal alemán proclama en su artículo 1 que la Ley rige para todos los delitos contra el Derecho internacional descritos en ella, incluso cuando el hecho haya sido cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional⁸². En el caso español, mientras se adopta una ley orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional y se aprueba una posible modificación del Código penal, se ha de destacar que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de autorización de la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se proclama que la evolución del derecho internacional penal,

82. Esta normativa puede consultarse en las siguientes direcciones de internet: <http://www.legal.coe.int/criminal/icc/Default.asp?fd=docs&fn=Docs.htm>; <http://www.hrw.org/campaigns/icc/implementation.htm>; http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/instraf_es.html



del que el Estatuto constituye el colofón, “estableció las bases para la efectiva protección de los derechos humanos en el ámbito internacional, *rompiendo con viejos dogmas del Derecho Penal, tales como el principio de territorialidad de la ley penal, basado en la idea de la soberanía nacional, que cede a un nuevo principio de jurisdicción universal*”⁸³.

Por último, en el ámbito de la codificación privada, destaca el documento auspiciado por distintas instituciones de derechos humanos titulado “*Los principios de Princeton sobre la jurisdicción universal*”⁸⁴ en el que se dispone que para los propósitos de estos Principios, la jurisdicción universal es entendida como aquella jurisdicción criminal basada solamente en la naturaleza del crimen, sin consideración alguna del lugar de comisión del crimen, de la nacionalidad del presunto autor o condenado, de la nacionalidad de la víctima, o de cualquier otra conexión con el Estado que ejerce dicha conexión. En cuanto a los crímenes sujetos a esta jurisdicción, el artículo 2 se refiere a la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y la humanidad, el genocidio, y la tortura. Por su parte, el párrafo 3 del artículo 1 señala que cualquier Estado puede invocar la jurisdicción universal como fundamento para solicitar la extradición de cualquier persona acusada o condena de la comisión de graves crímenes de derecho internacional con la condición de que existan indicios de culpabilidad y de que la extradición resulta conforme con las normas de derecho internacional y los estándares de protección de los derechos humanos, en especial las garantías del debido proceso, en el contexto del procedimiento criminal. Por último, se indica que la jurisdicción universal debe ser ejercida de buena fe y de acuerdo con los derechos y obligaciones establecidos por el Derecho internacional.

83. B.O.E. núm.239 de 5 octubre de 2000. También hemos de hacer referencia a la Posición Común del Consejo de la Unión Europea, de 11 de junio de 2001, relativa a la Corte Penal Internacional en la que se asumen los principios del Estatuto de Roma, D.O.C.E. L 155/19 de 12 de junio de 2001.

84. <http://www.princeton.edu/~lapa/principles.html>. Además de la Universidad de Princeton, las siguientes organizaciones auspiciaron este documento: la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Americana para la Comisión internacional de Juristas, el Instituto Neerlandés de Derechos Humanos, y el Urban Morgan Instituto de Derechos Humanos. Asimismo cuenta con el respaldo de M. Robinson, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En esta misma dirección, los 14 principios fundamentales sobre el ejercicio eficaz de la jurisdicción universal proclamados por Amnistía internacional (IOR 53/001/1999, vid. <http://www.igc.org/icc/html/ai199904spanish.html>) y el Proyecto preliminar del Cairo de *Africa Legal Aid* relativo a los principios de jurisdicción universal respecto a las violaciones graves de los derechos humanos: una perspectiva africana (http://www.afla.unimass.nl/en/act/univjurisd/preliminary_principles.htm)



IV. LA INMUNIDAD ESTATAL Y EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

1. *Ausencia de inmunidad como principio general de Derecho internacional penal*

La evolución de las inmunidades estatales se ha caracterizado por su progresiva restricción y por la acentuación de su funcionalidad como consecuencia de la evolución paralela de la protección internacional de los derechos humanos, en particular, del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la denegación de este derecho fundamental no puede ser arbitraria ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental⁸⁵. La distinción en el ámbito civil entre actos de *iure imperii* y actos de *iure gestionis* obedece a la naturaleza privada de la actuación estatal, mientras que en el ámbito penal la improcedencia del cargo oficial en el caso de los crímenes contra el Derecho internacional responde a que su comisión se atribuye a los hombres, no a las entidades estatales abstractas, "pues únicamente pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional castigando a quienes comenten esos crímenes"⁸⁶.

En cuanto a los crímenes contra la humanidad, el Derecho internacional general sí que establece una serie de límites a las inmunidades de jurisdicción de los Estados cuyo no reconocimiento supondría, por parte del órgano jurisdiccional competente, la adopción de una decisión no sólo arbitraria e irrazonable, sino directamente contraria al Derecho internacional y negadora

85. Véase al respecto las sentencias del TEDH en los asuntos *Waite y Kennedy y Beer y Reagan*, ambos contra Alemania, de 18 de febrero de 1999 (*cit. ut infra*) y la sentencia 107/1992 del Tribunal Constitucional español de 1 de julio de 1992. Sobre el tema de las inmunidades en el sistema español que se remite al Derecho internacional general (art. 21.2 LOPJ), vid., L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *Las Inmunidades de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Españoles*, Madrid, 1990; su comentario a la sentencia 107/1992 en *REDI*, 1992, pp.577 y ss. y su artículo "Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España versus tutela judicial efectiva. A propósito de una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional", *Derecho Privado y Constitución*, nº 9, 1996. Vid. también, F.J. QUEL LÓPEZ: *Los Privilegios e Inmunidades de los Agentes Diplomáticos en el Derecho Internacional y en la Práctica Española*, Madrid, 1993; M.A. RUIZ COLOME: "La inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional", *Derecho Privado y Constitución*, nº 2, 1994, pp.369 y ss.; A. G. LÓPEZ MARTÍN: "Las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España", *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 6, 1999, pp.157 y ss.

86. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, sentencia de 1 de octubre de 1946, citada por la CDI en su Informe de 2001 a la Asamblea General, Doc. A/56/10, p.301.



del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De hecho, la CDI en su informe presentado en 1999 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, resaltaba que en materia de inmunidades no debía pasarse por alto la evolución de la práctica y del derecho sobre los derechos humanos que tienen carácter de *ius cogens*⁸⁷, mientras que las observaciones finales del Comité de las Naciones Unidas contra la tortura recomendaba al Reino Unido la reforma de su ley de inmunidades estatales de 1978 para garantizar que sus disposiciones se ajustasen a las obligaciones contenidas en la Convención contra la tortura⁸⁸, sin olvidar la comentada aplicabilidad ejecutiva *erga omnes* de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad sobre el Gobierno talibán en Afganistán. Desde la perspectiva jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideraba en el asunto *Barrios Altos* que,

“... son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁸⁹.

En cuanto al proceso de positivación de esta ausencia e improcedencia de inmunidad, el Principio III de los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*⁹⁰, dispone que “el hecho de que la persona que haya cometido un

87. Doc. A/54/10, pp. 367-369.

88. Doc. A/54/22, 21º período de sesiones, 9 a 20 de noviembre de 1998.

89. Vid. par.41 de la sentencia de 14 de marzo de 2001 sobre el caso *Barrios Altos*, (*Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*), Corte I.D.H. Serie C nº 75. En el mismo sentido se pronunciaba el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Comentario General nº 20 en relación con el art. 7 del Pacto de derechos civiles y políticos (10/03/1992). Sobre esta cuestión resulta de interés el trabajo de W.Burke-White, “Reframing impunity: applying liberal international law theory to an analysis of amnesty legislation”. *HILJ* 2001-2, pp.467-533.

90. Estos principios fueron aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950, aunque previa y genéricamente habían sido confirmados por la Asamblea General en su resolución de 11 de diciembre de 1946. Este documento puede consultarse en “Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad – Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368, 13 abril de 1983. Esta disposición codificaba lo dispuesto en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Tokio y el artículo 4 de la Ley Nº 10 del Consejo Aliado de Control. Véase también



acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho internacional". Según el Tribunal de Nuremberg, "el principio de derecho internacional que en determinadas circunstancias protege al representante de un Estado no puede aplicarse a actos considerados criminales por el derecho internacional". Además continúa el Tribunal, la esencia misma del Estatuto

"es que los individuos tienen deberes internacionales que van más allá de las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado individual. El que violare las leyes de guerra no puede obtener inmunidad por haber actuado en obediencia a la autoridad del Estado si el Estado que autoriza la acción se sale de la competencia que le confiere el derecho internacional"⁹¹.

Aunque con una terminología distinta referente a la responsabilidad estatal, los artículos 51, 52 131 y 148 de los Convenio de Ginebra de 1949 establecen que "ninguna de las Partes contratantes podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por cualquier otra Potencia contratante en virtud de las infracciones graves del derecho humanitario", lo que invalida las inmunidades estatales invocadas respecto a tales infracciones⁹².

sobre este particular, el documento de Amnistía internacional sobre el principio de *Jurisdicción Universal en relación con la jurisdicción de los tribunales belgas para enjuiciar a Ariel Sharon por los crímenes de Sabra y Chatila* (IOR 53/001/2002).

91. Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, Nuremberg, 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946, Cmd.6964, Misc.No. 12 (London: H.M.S.o. 1946), pp. 41-42. Traducción al español extraída del comentario de la CDI al art.7 del Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, 1996 (A/51/10), p.43.

92. Respecto a estas disposiciones, el TPIY en el asunto *Kupreskic* ya citado afirmaba que "Cette disposition ne concerne certes que la responsabilité encourue par les États pour infractions graves commises par leurs agents ou leurs agents *de facto* ou, à tout le moins, pour des infractions graves qui mettent en cause la responsabilité de l'État (par exemple, lorsqu'il omet d'empêcher ou de punir lesdites infractions). Il n'en reste pas moins que ces dispositions reposent sur l'idée que la responsabilité pour infraction grave est absolue et que le recours à des moyens juridiques comme des traités ou des accords dérogeant ne permet en aucun cas de s'en défaire. On ne peut, *a fortiori*, se dégager de cette responsabilité ni, plus généralement, de la responsabilité pénale individuelle à raison de violations graves du droit international humanitaire, en recourant à des arguments comme celui de la réciprocité", cfr. par.517 de la sentencia de 14 de enero de 2000.



Desde el punto de vista convencional, el artículo 4 del Convenio para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948 afirma que las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares. El artículo 3 de la Convención para la represión y castigo del crimen de apartheid de 1973 afirma que se considerarán criminalmente responsables en el plano internacional cualquiera que sea el móvil, los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetrán los actos como en cualquier otro territorio. El artículo 2 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad de 1968 indica que las disposiciones de la presente convención “se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiran para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”, mientras que el artículo 16.3 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General en 1992 dispone que no se admitirán privilegios, inmunidades ni dispensas especiales en los procesos que se entablen, sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas. Por último, el artículo 1 del Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984 integra como presupuesto necesario del tipo criminal de tortura el hecho de que los “dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

Es más, si bien en el ámbito del *Derecho internacional de los derechos humanos* se sigue manteniendo la necesidad de la intervención, directa o indirecta, de una autoridad estatal en la comisión del ilícito, en el *Derecho internacional penal* o *Derecho internacional humanitario* este requisito no es necesario puesto que “el rasgo característico de la ofensa en este contexto se fundamenta en la naturaleza del acto cometido más que en el estatus de la persona que lo comete” que resulta irrelevante o en todo caso supone una circunstancia agravante, pues la posición oficial de la autoridad o agente estatal que interviene supone un uso y abuso ilegítimo de un poder otorgado



para la consecución de un propósito legítimo⁹³. Fundamentado su decisión en el derecho internacional consuetudinario, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia mantiene esta argumentación en los siguientes términos,

“Likewise, the doctrine of “act of State”, by which an individual would be shielded from criminal responsibility for an act he or she committed in the name of or as an agent of a state, *is no defence under international criminal law*. This has been the case since the Second World War, if not before. Articles 1 and 7 of the Statute make it clear that the identity and official status of the perpetrator is irrelevant insofar as it relates to accountability. Neither can obedience to orders be relied upon as a defence playing a mitigating role only at the sentencing stage. In short, there is no privilege under international criminal law which would shield state representatives or agents from the reach of individual criminal responsibility. On the contrary, acting in an official capacity could constitute an aggravating circumstance when it comes to sentencing, because the official illegitimately used and abused a power which was conferred upon him or her for legitimate purposes”⁹⁴.

El Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, que se desvincula de la jurisdicción penal internacional, pues define su ámbito de aplicación en virtud del criterio material de la naturaleza internacional del crimen y del principio de jurisdicción universal de los Estados sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, reitera la improcedencia del cargo oficial en el enjuiciamiento de estos crímenes en su artículo 7. Según el comentario de este artículo,

“sería paradójico permitir a individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el Código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere, particularmente dado que esos crímenes odiosos consternan a la conciencia de la humanidad, violan algunas de las normas más fundamentales del derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales”⁹⁵.

93. Par. 495 de la Sentencia de 22 de febrero de 2001, *Fiscal c. Kunarac, Kovac y Vukovic*, IT-96-23 y IT-96-23/1 (el texto puede consultarse en <http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>).

94. *Ibid.*, par.494.

95. Doc. A/51/10, p.42.



Los Estatutos de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, asumen de nuevo tales premisas y proclaman que el cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea Jefe de Estado o de Gobierno, o de funcionario responsable del gobierno no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena (artículos 7.2 y 6.2 respectivamente), disposiciones que han cobrado especial relevancia con el asunto *Milosevic*, pues el acta de acusación contra el antiguo Presidente de Yugoslavia fue aprobado cuando aún ostentaba la presidencia de este país⁹⁶. Además, la jurisprudencia del Tribunal para la antigua Yugoslavia no sólo ha confirmado tal principio mediante la invocación de su normativa constitutiva y constituyente, sino que además la considera como parte integrante del Derecho internacional general. Sobre la base de este Derecho, en el asunto *Blaskic*, la Sala de Apelación resolvía que la regla general de la inmunidad de los Estados resulta indudablemente establecida en el Derecho internacional sobre la base del principio de igualdad soberana de los Estados (*par in parem non habet imperium*). Sin embargo, continúa indicando, las raras excepciones a la misma suponen una consecuencia particular de esta regla en la medida en que

“nacem de las normas de derecho internacional penal que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio. De conformidad con estas normas, los responsables de estos crímenes no pueden invocar la inmunidad frente a las jurisdicciones nacionales o internacionales, incluso si han cometido estos crímenes en el marco de sus funciones oficiales”⁹⁷.

Finalmente, en el asunto *Furundzija* se proclama que,

“individuals are personally responsible, whatever their official position, even if they are heads of State or government ministers: Article 7(2) of the Statute and article 6(2) of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, hereafter “ICTR” are indisputably declaratory of customary international law”⁹⁸.

96. Cfr. *Fiscal c. Milosevic y otros*, IT-99-37

97. Cf. par.41 de la sentencia (<http://www.un.org/icty/blaskic/appeal/decision-171029JT3.htm>)

98. Vid. Decisión de 10 de diciembre de 1998, *Fiscal c. Furundzija*, IT-95-17/1, par.140, *in fine*. El énfasis es añadido (<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>).



Por último, el Estatuto de la Corte penal internacional, cuya jurisdicción nace bajo la égida del principio de complementariedad respecto a las jurisdicciones nacionales, establece en su artículo 27, ubicado en la Parte III dedicada a los *Principios Generales de Derecho Penal*, dos importantes principios de distinta naturaleza. En primer lugar, un principio de naturaleza material o sustantivo ("*ius puniendi*") en virtud del cual 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". En segundo lugar, una regla de carácter procedimental relativa a las inmunidades estatales entendidas como excepciones procesales al ejercicio de jurisdicción sobre los actos que amparan ("*ius persequendi*"). En este sentido, el párrafo segundo del artículo 27 estipula que 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.

De hecho, la ratificación por numerosos Estados del Estatuto ha requerido la reforma de sus textos constitucionales para salvar la posible contradicción entre esta disposición y las inmunidades reconocidas al Jefe de Estado o de Gobierno⁹⁹ y ha dado lugar a legislación de desarrollo. En tal sentido, el artículo 5.3 de la Ley Belga de 1999, anteriormente citada, dispone que la inmunidad vinculada a la cualidad oficial de una persona no impide la aplicación de la presente ley; mientras que el artículo 6.2 del "*International Crimes and International Criminal Court Act*" 2000 de Nueva Zelanda dispone que las disposiciones integrantes de la Parte III del Estatuto, dentro de la que se incluye el artículo 27, gozan de fuerza obligatoria en Nueva Zelanda.

99. No obstante, como ha puesto de relieve la Comisión de Venecia del Consejo de Europa en su informe de 15 de enero de 2001 sobre las cuestiones constitucionales que suscita la ratificación del Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal internacional, los Estados de tradición monista o con Constituciones que la asumen (Italia, Alemania, Austria, Estonia, Grecia, Hungría, Lituania, Andorra, Polonia, Portugal) no necesitarían efectuar ningún tipo de enmienda constitucional puesto que el principio de la irrelevancia del cargo oficial y la pérdida de la inmunidad cuando se trate de crímenes internacionales resultaría implícitamente reconocido en la medida que las disposiciones constitucionales de estos Estados admiten que los principios generalmente admitidos en derecho internacional forma automáticamente parte integrante de su derecho interno. Cfr. el documento en [http://www.venice.coe.int/2001/CDL-INF\(2001\)001-f.html](http://www.venice.coe.int/2001/CDL-INF(2001)001-f.html)



Desde el punto de vista de la jurisprudencia nacional, en el asunto *Pinochet*, bajo la construcción de inmunidad *ratione personae e inmunidad ratione materiae*, la mayoría de los jueces (Lord Nicholls, Lord Steyn y Lord Hoffmann en la decisión de 1998 y Lord Browne-Wilkinson, Lord Phillips of Worth Matravers, Lord Millet y Lord Hutton en la de 1999) asumieron que en ningún caso puede estimarse como actos oficiales amparados por la inmunidad de jurisdicción, los actos de tortura o toma de rehenes prohibidos por la "ley internacional" con categoría de *ius cogens* cometidos por autoridades estatales en ejercicio¹⁰⁰. El asunto *Gadafi* generó en Francia una jurisprudencia divergente, pues si bien la Corte de Apelación de París reconocía en su sentencia de 20 de noviembre de 2000 que la costumbre internacional no amparaba bajo la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros los crímenes internacionales cometidos por sus representantes, aunque tengan la consideración de Jefe de Estado, la Corte de Casación francesa en su lacónica y sumaria sentencia de 13 de marzo de 2001, admitía sobre la base de "la costumbre internacional y ante la ausencia de disposiciones internacionales" contrarias, la inmunidad del Jefe de Estado de la República Libia frente a las acusaciones de complicidad en el atentado terrorista contra un avión DC10 de la compañía UTA cometido en 1989 cuando sobrevolaba Níger y que ocasionó la muerte de 170 personas¹⁰¹. Finalmente, en el asunto *Bouterse*

100. El resto de los Jueces Lores reconocieron la inmunidad de jurisdicción comprendía, bien por razón del estatus personal de la autoridad, bien en razón de la indivisibilidad material de sus funciones, los actos realizados durante el ejercicio de su cargo o función oficial. Una selección de estas decisiones en castellano puede consultarse en *Materiales de Prácticas de Derecho Internacional Público*, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, P. Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA, Madrid, 2002, pp.434-446. Además de las obras ya citadas, sobre el asunto *Pinochet* véase entre las numerosas publicaciones: M. RUFFERT: "Pinochet follow up; the end of sovereign immunity?", *NILR*, 2001-2, pp.171-195; V. ABELLÁN HONRUBIA: "La responsabilité internationale de l'individu", *loc.cit.*, pp. 223-230; A. BIANCHI: "Immunity versus human rights: the *Pinochet case*", *EJIL* 1999-2, pp. 237-277; M. COSNARD: "Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet", *RGDIP*, 1999-2, pp. 309-324; R. VAN ALBEEK: "The *Pinochet case*: international human rights on trial", *BYIL* 2000, pp.29-70; W. J. ACEVES: "Liberalism and international legal scholarship: the Pinochet case ante the move toward a universal system of transnational law litigation", *HILJ* 2000-1, pp.129-183; H. HOMOZÁBAL MALARÉE: "La inmunidad del Jefe de Estado", en *Crimen Internacional y Jurisdicción universal...*, *op. cit.* pp.163-184.

101. Para consultar el texto de estas decisiones y un comentario a las mismas, vid. *RGDIP* 2001-2, pp. 475-515. Por su parte, la Audiencia Nacional española en su auto de 4 de marzo de 1999 inadmitió a trámite la querrela y desestimó el recurso presentado contra Fidel Castro, presidente del Consejo de Estado de la República de Cuba, por actos de terrorismo, tortura y genocidio al estimar su inmunidad de jurisdicción conforme al artículo 21.2 de la LOPJ que se remite al derecho internacional general sobre la materia (vid. el texto del auto en *REDI*, 1999-2, pp. 766-



(2000), la Corte de Apelación de Ámsterdam negaba la inmunidad del ex-dictador de Surinam al estimar que en ningún caso podían asimilarse como actos oficiales los crímenes internacionales que se le imputaban¹⁰², mientras que en el caso de la *Prefectura de Voiotia v. República Federal de Alemania*, el Tribunal Supremo griego confirmó la decisión de primera instancia en la que se declinó la inmunidad de jurisdicción del Estado alemán frente a los crímenes cometidos por su ejército durante la II Guerra Mundial en la localidad griega de Distomo. Según la decisión de primera instancia, el reconocimiento de inmunidad supondría un abuso de derecho, pues cuando un Estado contraviene los principios de *jus cogens*, no puede *bona fide* confiar en que los privilegios de la inmunidad le sean reconocidos, puesto que se entiende que ha renunciado a ellos tácitamente. Mantener lo contrario supondría reconocer la colaboración del Tribunal en el mantenimiento de una situación contraria al Derecho internacional y fuertemente condenada por la Comunidad internacional¹⁰³.

En conclusión, el Derecho internacional no puede garantizar las inmunidades en relación con actos que el mismo Derecho internacional condena como actos criminales que atacan los intereses de la comunidad internacional en su conjunto. De lo contrario, se atentaría gravemente contra la unidad, coherencia y legitimidad del Derecho internacional como sistema jurídico, así como contra la noción misma de comunidad internacional, si es que ambos conceptos resultan seriamente defendibles. Más, si tenemos en cuenta que el principal reto del derecho internacional penal en la prevención y represión de la criminalidad es la instauración de un sistema sólido de símbolos e instituciones que den credibilidad a la comunidad internacional¹⁰⁴.

768). Por consideraciones no relacionadas directamente con la inmunidad, la Corte de Casación de Dakar anuló, en virtud del principio de territorialidad, el procedimiento que se seguía en Senegal contra H. Hebré, antiguo Presidente del Chad (vid. M. RUFFERT: *loc.cit.* p.176), mientras que el Tribunal de Apelación de Bruselas anulaba el proceso contra el Primer Ministro israelí, Ariel Sharon, al estimar necesaria la presencia del inculpado en territorio belga, *ut infra*.

102. Véase sobre este caso, M. RUFFERT: *loc.cit.* p. 176.

103. Sobre el contenido y alcance de estas sentencias vid. *Revue Hellénique de Droit International*, 1997, pp.595-602 y 602-608 y los comentarios en el *AJIL* de 1998-3, pp.765-68 y de 2001-1, pp.198-204. Vid. también, R. VAN ALEBEEK: *loc.cit.*, pp. 51-52 y Ch. TOMUSCHAT: "Current issues of responsibility under International Law" en *CÉBDI* 2000, p.566.

104. En un sentido similar, vid. A. BIANCHI: *loc.cit.*, pp.260-262 y 270-276; M. RUFFERT, *loc.cit.*, pp.183-186; I. TALLGREN: *loc.cit.* pp.593-595.



2. “*Quieta non movere*”: las sentencias del T.JJO en el asunto de la Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica) y del TEDM en el asunto *Al-adsani c. Reino Unido*.

No obstante la evolución hasta aquí presentada, ciertas instituciones internacionales han mostrado en sus decisiones cierta inercia, si no manifiesta involución, a la hora de hacer efectivos los mandatos de Derecho internacional sobre el fin de la impunidad. Lo más llamativo de estas decisiones no sólo radica en lo que dicen, sino en lo que dejan de decir, pues en ambos casos el resultado final es la utilización de la teoría de las inmunidades en detrimento del concepto de justicia universal lo que se traduce en la consagración de espacios selectivos de impunidad, amparados en el principio de territorialidad y de nacionalidad activa, y en la consolidación de la indefensión de las víctimas de los crímenes internacionales, sin presentar vías efectivas de solución que compatibilicen, *en tiempo real*, los intereses en conflicto. Se invierte, además, el *dictum* de Derecho internacional declarado en las sentencias *Furundzija* y *Kupreskic* en el sentido de que ahora la normativa de *ius cogens* resulta derogada por disposiciones genéricas de tratados internacionales regionales y reglas consuetudinarias que no sólo no tienen el mismo valor normativo, sino que además no contemplan la disyuntiva que los crímenes internacionales plantean en esta materia.

- A) *El asunto de la Orden de detención de 11 de abril de 2000, desandando el asunto Pinochet*

Sobre la base de un análisis aséptico y apriorístico del derecho consuetudinario sobre inmunidades, en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*¹⁰⁵, el Tribunal internacional de La Haya declaró la

105. Vid. el texto de la sentencia en <http://www.icj-cij.org>. La demanda de la República democrática del Congo contra Bélgica se produce como consecuencia de la orden de detención del entonces Ministro de Asuntos Exteriores del Congo, Abduleya Yerodia Ndombasi, emitida por el Juez de Primera Instancia de Bruselas inculpándole de haber participado con anterioridad a la toma de posesión de su cargo en la comisión de crímenes constitutivos de infracciones graves del derecho humanitario así como de crímenes contra la humanidad como la tortura, la incitación al odio racial y el genocidio. En particular, se alude a los distintos discursos incitando al odio racial contra los residentes tutsis en Kinshasa que produjeron operaciones de “*ratissage*”, de caza del hombre, de escenas de linchamientos, así como la muerte de varios centenares de personas, el internamiento de tutsis, ejecuciones sumarias, detenciones arbitrarias y



inmunidad penal absoluta de los representantes internacionales del Estado en virtud, precisamente, del criterio funcional que inspira las inmunidades en Derecho internacional¹⁰⁶. A diferencia del *asunto Pinochet*, el criterio funcional de las inmunidades soberanas deviene personal y personalista. A tal efecto, declara contrario a Derecho todo acto de autoridad de un Estado extranjero que fundamente su intervención en la distinción entre actos desempeñados en ejercicio de su cargo oficial y actos que en ningún caso pueden considerarse funciones estatales, *bien porque sean de carácter privado*¹⁰⁷, bien porque sean tipificados como *conductas criminales conforme al Derecho internacional*. Para la ensimismada Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia internacional penal existente resulta irrelevante, pues mediante un sedicente dualismo y una interpretación “antisistemática y miope”, que resume en un escueto y único parágrafo¹⁰⁸, desestima las reglas sobre la improcedencia del cargo oficial declaradas en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales, pues no considera que posean un valor jurídico más allá del que le reconocen dichos instrumentos internacionales ante la jurisdicción internacional, desposeyéndoles de la consideración de regla consuetudinaria opo-

procesos injustos (par.67 de la sentencia). El Tribunal, conforme al criterio de la fecha crítica del depósito de la demanda, comienza estimando la oportunidad de su pronunciamiento sobre el asunto al considerar que el objeto de la controversia perdura a pesar de que en esos momentos el destinatario de la orden de detención no detenta la cartera de Exteriores ni posee función alguna en el gobierno congoleño (par.32 de la sentencia, en contra la opinión disidente del Juez Oda). En relación con el tema de las inmunidades, se hace especial referencia al artículo 21.2 de la Convención sobre las Misiones Especiales de 1969 que dispone que “El Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado, *cuando participen en una misión especial del Estado que envía*, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho internacional”. Cfr par.52 de la sentencia, el énfasis es añadido. Este Convención fue publicada en el *B.O.E. núm. 159*, de 4 de julio de 2001.

106. Según el par. 53 de la sentencia las funciones del Ministro de Asuntos Exteriores son: la dirección diplomática de su Gobierno, la representación del mismo en las negociaciones internacionales y reuniones intergubernamentales, la coordinación y dirección de los embajadores y otros agentes diplomáticos. Además estima que sus actos vinculan al gobierno, está dotado de plenos poderes para actuar en nombre del Estado y por el solo hecho del ejercicio de su función el derecho internacional le reconoce cualidad de representación de su Estado y no necesita cartas de acreditación siendo ante él que se acreditan los Encargados de negocio. En virtud de las anteriores funciones debe desplazarse con frecuencia al extranjero y por ello debe estar en condiciones de hacerlo libremente cuando sea necesario, debe permanecer en contacto constante con su gobierno y con las misiones diplomáticas que aquel tiene por todo el mundo y poder comunicarse en todo momento con los representantes de otros Estados

107. Cfr. pars. 54-55.

108. Cfr. par.58



nible a las jurisdicciones nacionales, y desecha de forma insólita la motivación y razonamiento de la jurisprudencia de los Tribunales de Nuremberg y Tokio así como la emanada del Tribunal para la antigua Yugoslavia arguyendo que ninguna de sus decisiones se habían referido al tema de las inmunidades del Ministro de Asuntos exteriores en ejercicio.

En consecuencia, la relación entre el principio de justicia universal y las inmunidades estatales se resuelve otorgando un valor jerárquico superior a la norma consuetudinaria de las inmunidades frente a la norma convencional —según el Tribunal— referente a la justicia universal para la persecución de los crímenes más grave de Derecho internacional, argumentación que se realiza evitando cualquier referencia al significado y alcance de las normas de *ius cogens* que le pusiera en un compromiso. Sobre la distinción entre reglas relativas a la competencia de los tribunales nacionales y reglas reguladoras de las inmunidades de jurisdicción, se declara que, a pesar de la existencia de tratados internacionales tendentes a la prevención y a la represión de determinados crímenes graves que imponen a los Estados la obligación de perseguir o extraditar así como la obligación de ejercer su jurisdicción, esta ampliación de competencia no afecta en nada a las inmunidades resultantes del Derecho internacional consuetudinario y, especialmente, a las inmunidades de los Ministros de asuntos exteriores, pues estas continúan siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso cuando estos tribunales ejercen tal competencia sobre la base de esos tratados¹⁰⁹.

Tal pronunciamiento resulta totalmente infundado en Derecho y no sólo traiciona el espíritu, sino también la letra de los tratados aludidos. La obsesión de la sentencia por eludir cualquier examen sobre la jurisdicción universal, hace olvidar al Tribunal que los mencionados tratados no sólo amplían la competencia de los tribunales nacionales, sino que contienen, como hemos indicado anteriormente, disposiciones que consideran irrelevante el cargo oficial o estiman el cargo oficial como elemento integrante del tipo delictivo. La incomodidad que produce a la alta instancia judicial de las Naciones Unidas su propia argumentación¹¹⁰ le obliga, como hiciera en el asunto de *Timor Oriental* respecto al tercero indispensable, a la elaboración de una construcción dogmática y académica acerca de que la inmunidad de jurisdicción no significa impunidad del autor de crímenes internacionales, pues son conceptos netamente diferentes. Mientras que la inmunidad de jurisdicción reviste un carácter procedimental, la responsabilidad penal afecta al

109. Cfr. par.59.

110. Manifestada en el par.3 de la declaración de Ranjeva.



fondo del derecho, de tal forma que si bien la inmunidad de jurisdicción puede ciertamente obstaculizar la persecución durante cierto tiempo o respecto a determinadas infracciones, no exonera a la persona que se beneficia de ella de toda responsabilidad penal¹¹¹. Argumentación que bien pudiera haberse extraído de los defensores de la defenestración del artículo 19 referido al concepto de crimen internacional y que en manos del Tribunal Internacional de Justicia resulta, como indica el Juez Al-Khasawneh, una salida puramente artificial para huir de la inmoralidad que supone la afirmación de la inmunidad procesal absoluta con independencia de la gravedad del crimen imputado¹¹². Siguiendo su razonamiento, el Tribunal presenta cuatro supuestos en que la regla procesal relativa a la inmunidad no ampara la impunidad contraria a la norma imperativa de Derecho internacional¹¹³, supuestos que podemos agrupar en dos categorías:

a) En primer lugar y asumiendo una construcción similar a la mantenida en el artículo 6 del Convenio contra el crimen de genocidio, reconoce dos principios tradicionales que no resultan *prima facie* objetables. El principio de “*jurisdicción del Estado de la nacionalidad activa*”, es decir, el autor del crimen puede ser enjuiciado por los órganos judiciales del Estado de su nacionalidad de conformidad con las reglas fijadas por su derecho interno, puesto que el Derecho internacional no reconoce ninguna inmunidad de jurisdicción penal en esta hipótesis; y el principio de “*jurisdicción internacional*” en el sentido de que un representante del Estado puede ser objeto de diligencias penales ante alguna de las jurisdicciones penales internacionales cuando estas sean competentes. El problema es que ante la ausencia de jurisdicciones internacionales competentes sobre el caso y el no reconocimiento de los criterios competenciales de *territorialidad* y *nacionalidad pasiva* generalmente admitidos, el enjuiciamiento se hace depender de las reglas de derecho interno del Estado de la nacionalidad activa que hasta ese momento no ha abierto diligencia alguna contra la persona acusada, sino que, por el contrario, ha amparado mediante la promulgación de la Ley n.º 21-99 de amnistía por actos de guerra cometidos durante las guerras civiles de 1993-1994, 1997 y 1998-1999¹¹⁴. La remisión a las reglas de

111. Cfr. par.60

112. Cfr. Par. 5 de la opinión disidente del mencionado juez al fallo.

113. Cfr. par.61

114. Vid. esta documentación en <http://www.icrc.org>. Por otro lado, la República Democrática del Congo ha sido uno de los Estados que ha adoptado legislación de desarrollo del Estatuto de Roma, ratificado por este Estado el 11 de abril de 2002, mediante la Ley n.º 8-98 sobre la definición y la represión del genocidio, crímenes de

derecho interno resulta totalmente improcedente, pues supone ignorar los derechos y obligaciones impuestos por el Derecho internacional sobre la materia que, además, vinculan convencionalmente a la República del Congo, y sobre cuyo cumplimiento y garantía, el Tribunal, cegado por la venda de la inmunidad estatal, no hace ninguna referencia u observación.

2) En segundo lugar, no opera la inmunidad ante los tribunales extranjeros en los supuestos en que el titular de la inmunidad resulte privado de la misma, bien como consecuencia de que el Estado haya levantado la inmunidad de su representante, bien porque éste haya dejado de ejercer dicha función. No obstante y en coherencia con el alcance absoluto mantenido de la inmunidad de jurisdicción, en este último supuesto un *tribunal de un Estado extranjero competente según el Derecho internacional* sólo puede juzgar a un antiguo representante del Estado exclusivamente por actos realizados antes o después del período durante el cual ejerció tales funciones, así como por actos que realizados en ese período lo fueron *a título privado*. El silencio de la Sentencia sobre la calificación al respecto de los crímenes internacionales es absoluto al igual que la impunidad real que tácitamente reconoce.

Finalmente, el Tribunal estima que Bélgica debe, por los medios de su elección, anular la orden de detención y comunicar tal hecho a las autoridades a las que había sido remitida, a pesar de que en ese momento la persona inculpada no ostentara ningún cargo oficial dentro del Gobierno¹¹⁵. En realidad, el Tribunal asume la pretensión de la defensa congoleña que exige la retirada del mandato de arresto argumentando su nulidad absoluta y, por ende, *ab initio*, lo cual podría dejar una puerta abierta: la emisión de una nueva orden de arresto cuya validez no se discutiría al no ostentar el acusado cargo oficial alguno y referirse la acusación a actos anteriores a la toma de posesión de su cargo oficial¹¹⁶.

guerra y crímenes contra la humanidad, que se limita a tipificar estos crímenes sin introducir disposición alguna sobre el tema de las inmunidades.

115. Cfr. par. 76. En contra la opinión disidente común de Higgins, Kooijmans y Buergenthal, y la opinión disidente de C. Van Den Wyngaert, para quienes desde el momento en que el Sr. Yerodia ha dejado de ser Ministro de Asuntos exteriores, la ilicitud de la orden de arresto también ha cesado. Par. 89 y 84 de las opiniones respectivamente.

116. Esta puerta por el momento sigue cerrada, pues si bien la justicia belga sigue manteniendo el principio de justicia universal declarado en su Ley de 1999, a raíz de la sentencia del TIJ en el asunto analizado, el Tribunal de Apelaciones de Bruselas viene exigiendo la presencia del imputado en territorio belga de conformidad con el artículo 12 del Título preliminar del Código de instrucción criminal. Por este motivo, el 16 de abril de 2002, el mencionado Tribunal anuló las ordenes dictadas en el asunto Yerodia y recientemente, el 26 de junio de 2002, la Sala de acusación del Tribunal de



En fin, con esta decisión se invierte en materia de inmunidad el principio de complementariedad del Estatuto de Roma otorgando primacía a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en detrimento de las jurisdicciones nacionales concurrentes, dejando sin resolver los espacios de impunidad que se producen cuando no se ejerza jurisdicción por parte del Estado de la nacionalidad activa o cuando la Corte Penal resulte incompetente. No hubiese estado de más, para hacer realidad las jurisdicciones propuestas en el párrafo 61 de su sentencia, que el Tribunal de La Haya hubiese recordado a los Estados la obligación de adecuar sus legislaciones a los principios de Derecho internacional penal, en particular, al de la improcedencia del cargo oficial y la conveniencia de la pronta ratificación del Estatuto de Roma.

Como alternativa más acorde con el Derecho internacional, se presenta el argumento de la defensa belga que mantiene que, en virtud de la naturaleza del crimen cometido, no se puede reconocer inmunidad de jurisdicción alguna¹¹⁷, lo que no impide que la persona del representante del Estado goce de inmunidad de ejecución o inviolabilidad en sus visitas oficiales, pues la inexistencia de inmunidad de jurisdicción no siempre implica la inexistencia de inmunidad de ejecución. Tal construcción sobre la inmunidad personal del representante del Estado en visita oficial no sólo es respetuosa con el principio de igualdad soberana de los Estados, sino que constituye el punto de conexión razonable y proporcional entre las inmunidades de los Estados y el derecho universal a la tutela judicial efectiva de los individuos frente a las más graves violaciones de los derechos humanos y el abuso de poder. La amenaza de un posible arresto y las dificultades e incomodidades que esto supondría para la actividad diplomática del representante defendidas por la Corte Internacional de Justicia¹¹⁸, no resultan convincentes cuando el Gobier-

Apelaciones de Bruselas decidió no admitir a trámite la denuncia contra el Primer Ministro de Israel, Ariel Sharon, por su supuesta responsabilidad en las matanzas de Sabra y Chatila. Simultáneamente se rechazó también las denuncias contra el presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo, y los Ministros de interior y defensa de ese país. Los jueces basaron su decisión en el artículo 12 anteriormente citado e indicaron en la nota informativa emitida que tal decisión no constituye una interpretación restrictiva de la Ley belga de 1993 ni una restricción de la competencia universal querida por el legislador (*ABC*, 26 de junio de 2002). Ambas decisiones han sido recurridas en casación.

117. Cfr. Capítulo 5 de la contra-memoria Belga (<http://www.icj-cij.org>). Por su parte, E. Decaux, refiriéndose al asunto Pinochet, señalaba que es la naturaleza del crimen la que impide toda inmunidad y no el hecho de que el representante del Estado haya dejado el poder "ou que son crime serait privatisée, voire banalisée". E. Decaux, "Les Gouvernants" en *Droit International Penal*, Ascensio, Decaux, Pellet (dir.), Paris, 2000, p.199.

118. Cfr. pars. 70-71

no y la jurisdicción belga han dado garantías de no hacer efectiva la orden de detención ni requerir a ningún Estado la extradición mientras que la mencionada autoridad desempeñe funciones oficiales cubiertas por la inmunidad estatal.

Esta teoría, defendida por distintos sectores doctrinales¹¹⁹ y ampliamente consolidada en el ámbito civil, supondría reconocer la jurisdicción de los tribunales nacionales para autorizar, conforme a su legislación interna, el procesamiento y, en su caso, el juicio en rebeldía o contumacia de un representante oficial salvaguardando, al mismo tiempo, la inmunidad e inviolabilidad del representante del Estado en sus visitas oficiales. Conforme a la opinión del juez de instrucción belga, en aras al principio general de lealtad de acción de la justicia, una inmunidad de ejecución debe ser reconocida a todo representante de un Estado que se encuentre en el territorio belga en visita oficial, pues la recepción de tal personalidad extranjera en cuanto representante oficial del Estado soberano pone en juego, no solo las relaciones entre los individuos sino igualmente las relaciones entre Estados. Conforme a este orden de ideas, existe el compromiso del Estado receptor y de sus diferentes órganos de no tomar ninguna medida coercitiva durante su estancia ni que cualquier invitación realizada al efecto pudiera devenir en una emboscada. En

119. Cfr. S. ZAPPALÀ: "Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The Ghaddafi case before the French Cour de Cassation", *EJIL* 2001-3, pp.595-612; Ch. TOMUSCHAT: "Current issues of responsibility under international law", *loc.cit.* pp. 550-558; de forma más ambigua, Ch. DOMINICE: "Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales", *CEBDI* 1998, vol.II, pp. 37-342; A. WATTS: "The legal position in international law of heads of states, heads of governments and foreign ministers", *RCADI* 1994, t. 247, pp.81-84. Tal posición resulta confirmada por el artículo 21.1 de la Convención sobre misiones especiales de 1969 que se refiere al Ministro de AA.EE. exclusivamente en el supuesto de que participe "en una misión especial del Estado que envía" y dispone que "el Jefe del Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho internacional a los Jefes de Estado en visita oficial." Por último, la Resolución adoptada en la sesión de Vancouver de 26 de agosto de 2001 del Instituto de Derecho Internacional sobre las Inmunidades de jurisdicción y ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en Derecho internacional, mantiene en su artículo 2 la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado y Gobierno ante los tribunales extranjeros por cualquier tipo de infracción con independencia de su gravedad, mientras que en su artículo 11 establece que las disposiciones de la presente Resolución no impedirán el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas ni de aquellas que resulten de los Estatutos de los Tribunales penales internacionales, ni tampoco prejuzgarán las reglas determinantes de la competencia del Tribunal ante el que se invoque la inmunidad, las reglas relativas a la determinación de los crímenes internacionales y las obligaciones de cooperación que sobre estas materias existan entre los Estados. Vid. *RGDIP* 2001-4, pp.1086-1089



la hipótesis contraria, el no respeto de este compromiso podría entrañar la responsabilidad del Estado huésped sobre el plano internacional¹²⁰.

Esta solución presenta, además, dos importantes ventajas tendentes a la depuración de responsabilidades. En primer lugar, se insiste sobre la responsabilidad del Estado de la nacionalidad activa, o en su caso el territorial, pues queda en sus manos el enjuiciamiento del crimen internacional o la responsabilidad y vergüenza de mantener la impunidad de sus autores en contravención del Derecho internacional, con la consiguiente normalización o perturbación de sus relaciones diplomáticas. No hay demasiados impedimentos para mantener que la impunidad amparada por el ordenamiento de un Estado genera responsabilidad estatal. En segundo lugar, posibilita la apertura de la fase relativa a la reparación de las víctimas como parte integrante de la jurisdicción universal. Si bien se respetaría la inviolabilidad e inmunidad de ejecución del representante oficial, los resultados de las investigaciones judiciales emprendidas sobre la comisión del crimen habilitarían la ejecución de la reparación debida a las víctimas sobre bienes del Estado responsable que no estuvieran afectos a una función pública conforme al Derecho internacional sobre la materia, cuestión que nos pone en conexión con el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*.

B) *El asunto Al-Adsani c. Reino Unido, desactivando el asunto Furundzija*

Como vimos en su momento, el principio de justicia universal incluye la competencia de los tribunales nacionales para pronunciarse sobre la reparación de las víctimas del crimen internacional. En particular, el artículo 14 de la Convención contra la tortura dispone que *todo Estado parte* velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En el caso de que la infracción se atribuya a una persona o autoridad que goce de inmunidad se impone necesariamente la teoría de la inmunidad de ejecución restringida que compatibilice el estatus de igualdad jurídica entre Estados soberanos y la naturaleza del crimen cometido. Tal orientación vendría a concluir el ciclo jurídico relativo a las consecuencias de la violación grave de las obligaciones dimanantes de

120. Cfr. par.68 de la sentencia.



normas imperativas de derecho internacional, tal y como además parece apuntar la incipiente jurisprudencia nacional sobre esta cuestión.

No obstante, la sentencia del TEDH en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*¹²¹ ha vuelto a imponer la aritmética consuetudinaria (*diuturnitas*) a la geometría del derecho imperativo en materia de reparación de daños por actos de tortura cometidos en territorio extranjero y amparados por la inmunidad de ejecución¹²². En su decisión de 21 de noviembre de 2001 y por una mayoría muy ajustada, la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, sobre la base de los criterios de finalidad legítima y proporcionalidad de las limitaciones al derecho fundamental a un proceso equitativo declarados en el asunto *Waite y Kennedy c. Alemania* y la jurisprudencia sentada en el asunto *Pinochet y Furunzidja*, llega a la conclusión de que si bien la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens* que ostenta dentro de la jerarquía normativa internacional, convencional o consuetudinaria, el rango más elevado, sin embargo esta posición sólo le sirve para los procesos penales y no para los procesos civiles por daños y perjuicios ocasionados en el extranjero¹²³. El Tribunal entiende plenamente aplicables, sin efectuar matización alguna, la Ley británica sobre inmunidades de 1978 y el Convenio europeo de Basilea de 1972 sobre inmunidades de los Estados y no estimula –sino que, por el contrario, detiene– la tendencia reconocida por la CDI sobre la práctica y la legislación de los Estados acerca de que la inmunidad debería ser rechazada en los casos

121. Vid. el texto de la sentencia en <http://echr.coe.int>. De la misma fecha véase el asunto *McElhinney c. Irlanda*.

122. En el asunto *Al-Adsani c. Kuwait*, el reclamante, que posee la doble nacionalidad anglo-kuwaití, exigía ante los tribunales británicos una indemnización de daños e intereses contra el Cheikh y el Gobierno kuwaití por su responsabilidad en los actos de tortura que había sufrido en Kuwait durante el mes de mayo de 1991 y por las amenazas que contra su vida e integridad se habían producido tras su vuelta al Reino Unido el 17 de mayo de 1991. Si bien Corte de apelación británica resolvió el 24 de enero de 1994 que conforme a los principios de Derecho internacional, por actos de tortura el Estado de Kuwait no podía beneficiarse de la inmunidad que le otorgaba la Ley británica de 1978 sobre inmunidades de Estados extranjeros, la *High Court* en 1995 y la Corte de Apelación en 1996 desestimó tal pretensión al considerar que el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura no invalidaba el principio de inmunidad de ejecución de los Estados por daños personales que no se hubieran producido en el territorio del Estado del foro como establece la legislación británica y porque la admisión de la pretensión del reclamante supondría una avalancha de reclamaciones cuyas pretensiones de fondo resultaría difíciles de probar por un tribunal extranjero. Tras la inadmisión del correspondiente recurso ante la Cámara de los Lores, el reclamante presentó recurso ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos alegando indefensión pues la negativa del gobierno británico de ejercer la protección diplomática le había privado de todo recurso efectivo para obtener una reparación.

123. Par. 61 de la sentencia



de muerte o daños corporales resultantes de actos de un Estado cometidos en desprecio de normas en materia de derechos del hombre que tengan el carácter de *ius cogens*, particularmente la prohibición de la tortura¹²⁴, actos no previstos en la legislación británica ni en el Convenio de Basilea sobre inmunidades del Estado por lo que esta normativa debería haber cedido o, en su caso, haber tenido una aplicación subsidiaria, limitada a la concreción de los bienes objeto de la ejecución indemnizatoria, ante y frente a la normativa internacional reguladora de la prohibición de la tortura y sus consecuencias, en particular la Convención de las Naciones Unidas de 1984 y el derecho internacional general sobre el alcance de las inmunidades respecto a los crímenes internacionales. Sin embargo, para el Tribunal de Derechos Humanos, la incipiente práctica y jurisprudencia destacada por la CDI en su trabajos sobre la ausencia de inmunidad en los supuestos de violación grave de los derechos humanos y los tratados internacionales sobre la materia, no proporcionan una base sólida que permita concluir que los Estados no gozan de inmunidad *ratione personae* en caso de una acción civil por actos de

124. La CDI se refiere, precisamente, a la decisión de 1994 de la Corte de Apelación británica en el asunto *Al-Adsani v. Gobierno de Kuwait* (100 ILR 465, en 471). Además de este asunto, se refiere a los siguientes: Nueva Zelanda, *Controller and Auditor General v. Sir Ronald Davidson* (1996, 2 NZLR 278, en particular en 290, Cooke P.); voto particular discrepante del Magistrado Wald en los Estados Unidos, *Princz v. Federal Republic of Germany* (26 F 3d 116 (DC Cir.1994), en 1176-1185). Asimismo se hace referencia a dos acontecimientos importantes que abonan el argumento de que el Estado no puede invocar la excepción a la inmunidad: la decisión de la Cámara de los Lores de 1999 en el asunto *Pinochet* y la modificación por parte de los Estados Unidos de la Ley de inmunidad soberana de los Estados Extranjeros (FISA), en virtud de la cual la inmunidad no podrá reconocerse en ningún caso "en que se pida indemnización monetaria contra un Estado extranjero por lesiones personales o muerte causadas por un acto de tortura, ejecución extrajudicial, sabotaje de aeronaves, toma de rehenes..." (vid. Apéndice al informe del Grupo de Trabajo del Informe de 1999 de la CDI a la Asamblea General, A/54/10, pp.367-369). Entre los textos jurídicos pertinentes sobre inmunidad en materia civil, el TEDH destaca en la sentencia comentada el asunto *Flatow v. The Islamic Republic of Iran and others* (76 F. Supp.2d 16, 18 (DDC 1999)), en el que la Corte de Distrito de Columbia, en aplicación de la Ley norteamericana anteriormente citada, confirmó que los bienes del Estado extranjero se benefician de la inmunidad de ejecución salvo que, en un asunto afectado por las excepciones a la inmunidad previstas por la Ley, estén destinados a actividades comerciales (cfr. par.24 de la sentencia), pero posteriormente el TEDH no tiene en consideración esta decisión en la resolución final del conflicto entre inmunidad y tortura. La sentencia del TEDH ha tenido ya cierta repercusión en la labor codificadora de la CDI pues la doctrina tradicional sobre la inmunidad del Estado y sus bienes respecto a lesiones y daños se mantiene en el artículo 12 del Informe del Comité Especial sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, sin prever excepción alguna, mientras que en su artículo 3.2 se dispone que los "presentes artículos se entenderán asimismo sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los Jefes de Estado" (Informe adoptado durante las sesiones de 4 a 15 de febrero de 2002, Doc. A/57/22).



tortura, y *menos aún que no gozaran de esa inmunidad en 1996, momento en que se pronunció la Corte de Apelación británica en el presente asunto.*

En contra de esta conclusión, se manifiesta la opinión disidente de los jueces Rozakis y Caflisch a la que se adhieren los jueces Wildhaber, Costa, Cabral, Barreto y Vajic. Según esta opinión, la distinción efectuada entre procedimiento civil y procedimiento penal para determinar el efecto de la prohibición de la tortura no resulta compatible con la finalidad misma de las reglas de *ius cogens*, pues no es la naturaleza del procedimiento, sino el valor de norma imperativa de la regla y su interacción con una regla de rango inferior, las que determinan los efectos del *ius cogens* sobre otra regla de Derecho internacional. En idéntico sentido se manifiesta la opinión disidente del Juez Loucaides para quien, además, resulta una limitación desproporcionada al artículo 6 de la Convención y, por ende, una solución absurda e injusta toda decisión judicial que entrañe la aplicación de una inmunidad general que haga abstracción de los intereses concurrentes en el proceso pertinente, más cuando impide dirimir sobre la responsabilidad por una violación grave de una norma internacional de carácter imperativo como la prohibición de la tortura.

En realidad es ésta la principal crítica a la decisión del TEDH: el carácter *self-restraint* mostrado por la decisión, que en materia indemnizatoria niega la evolución del Derecho internacional humanitario que sí reconoce en materia penal, y la ausencia de soluciones compatibles con la soberanía de los Estados y la protección internacional de los derechos humanos que sí diferencia entre delitos y crímenes internacionales. Resulta consustancial a la teoría imperante de la inmunidad restringida que el alcance de la inmunidad varíe en función de la naturaleza de los derechos lesionados. En este sentido, merece destacarse cómo la decisión del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, a no presentar alternativa alguna a este conflicto, no sólo consagra la indefensión más absoluta de la víctima, sino que constituye el último nexo en la consolidación del daño sufrido. Se trata de una solución que, como indicaba el Juez Loucaides, resulta aberrante e injusta en un Tribunal internacional de derechos humanos, además de contraria a la propia jurisprudencia del TEDH que en materia de inmunidad ha declarado que sería contrario al objeto y fin de la Convención que los Estados contratantes quedasen exonerados de toda responsabilidad respecto de la Convención en el ámbito del reconocimiento de las inmunidades, pues el fin primordial de la Convención es otorgar una protección de derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos, así como garantizar que los recurrentes dispongan



de vías alternativas razonables para proteger eficazmente los derechos garantizados por la Convención, entre otros, el derecho de acceso a los tribunales en consideración al lugar eminente que ocupa el derecho a un proceso equitativo en una sociedad democrática¹²⁵. A tal efecto, la colisión entre el derecho a un proceso equitativo y las inmunidades estatales en casos relativos a violaciones graves de los derechos humanos, debería activar el funcionamiento del **artículo 41** de la Convención europea relativo a la satisfacción equitativa en caso de violación de la Convención que el Derecho interno de la Alta parte contratante sólo permite reparar de forma imperfecta.

V. CONCLUSIONES: DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE JUSTICIA UNIVERSAL E INMUNIDADES: DUALISMO E INCOHERENCIA INTERNACIONAL

El principio de jurisdicción universal respecto a los crímenes internacionales se presenta como un derecho de la humanidad tutelado por el Derecho internacional que legitima la actuación complementaria de las instituciones internacionales y nacionales para la consecución de su objetivo principal: el fin de la impunidad. No obstante, la práctica más reciente nos muestra la imposibilidad de esta convergencia y el mantenimiento de espacios de impunidad cuando intervienen las inmunidades de un Estado extranjero o de sus agentes ante la jurisdicción de un tribunal nacional e, incluso, ante la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Al margen de la dudosa legalidad de la práctica convencional e institucional promovida por los Estados Unidos contra la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, bendecida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la aquiescencia de ciertos Estados, la principal crítica se centra en dos aspectos interaccionados. En primer lugar, las notorias contradicciones existentes entre la ancilar y alambicada jurisprudencia del TJI y del TEDH y la sólida y progresiva jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y de los tribunales nacionales. En segundo

125. Cfr. asuntos *Waite y Kennedy c. Alemania* y *Beer y Reagan c. Alemania*, de 18 de febrero de 1999, pars. 67 y 57, respectivamente. Ambas sentencias hacen referencia a distintas vías a través de las cuales los demandantes pueden obtener una reparación. En un sentido muy similar, merece destacarse la Sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, del Tribunal Constitucional español. *Vid.* el comentario a la misma de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *loc. cit.*



lugar, porque la interacción entre las normas de derechos humanos y las reglas relativas a las inmunidades se concibe de antemano como antagonista e irreconciliable, de forma tal que hay que sacrificar la razón última de uno de los sistemas, la del Derecho internacional de los derechos humanos, para mantener la integridad de la funcionalidad del sistema de las inmunidades de los Estados, para finalmente atentar gravemente contra la unidad y coherencia del sistema internacional así como contra la propia legitimidad del mismo. No se hace una ponderación de derechos involucrados con la finalidad de encontrar alternativas satisfactorias, lo que sitúa a la jurisprudencia internacional en una postura inmovilista e involucionista frente al dinamismo de las jurisdicciones de ciertos Estados y de la propia jurisprudencia internacional penal. En esta materia, el dilema no se refiere, como indicara el Juez Bedjaoui en su declaración en el asunto de la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, al proceso avanzado de mutación del Derecho internacional en que una norma de Derecho internacional es sustituida por otra, sino al de la efectividad o facticidad del Derecho ya existente. No se trata de dar el paso de la legitimidad a la legalidad, sino de la necesidad de que el ejercicio efectivo de la legalidad internacional legitime la credibilidad del sistema consiguiendo por fin que sus normas dejen de ser sombras deambulando por la metafórica caverna de Platón.