

JURISDICCIÓN UNIVERSAL PENAL

Douglass CASSEL

Mi tema —la jurisdicción universal penal— es un bebé bonito, pero que se encuentra en situación precaria, hasta en riesgo de ser víctima de un aborto.

La jurisdicción universal penal es la potestad de un Estado de procesar penalmente un delito que no tiene nada que ver con ese Estado. Un delito cometido fuera de su territorio, en el que ni imputado ni víctima es nacional del Estado, y no hay otro vínculo especial del Estado con el crimen, tal como lo sería un atentado terrorista que busca cambiar la política del Estado.¹

Se justifica, pues, la jurisdicción universal penal, no por un interés particular del Estado, sino por el interés común e igual de todo Estado de reprimir graves delitos internacionales que atentan contra los valores universales y el orden público internacional.

¿Cuáles delitos merecen esa calificación? El listado siempre crece, pero a estas alturas podemos decir que incluye la piratería,² el comercio de

¹ Se puede diferenciar entre la jurisdicción universal “pura”, que se ejerce independientemente de la presencia del imputado en el territorio del Estado fiscal, y la que se ejerce solamente en caso de su presencia. Para efectos de este trabajo, se incluyen las dos en el concepto de la jurisdicción universal. Además de jurisdicción penal, hay jurisdicción universal “civil”, a lo menos —hasta la fecha— en los Estados Unidos de América. Sin embargo, este trabajo se limita a la jurisdicción universal penal. Véase International Court of Justice, *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, General List No. 121, Judgment of 14 February 2002, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal (en adelante “*Higgins et al.*”), párrafos 41, 42, 44, 45 (jurisdicción universal “pura”) y 48 (jurisdicción universal “civil”).

² Véase International Court of Justice, *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, General List No. 121, Judgment of 14 February 2002, Separate Opinion of President Guillaume (en adelante “*Guillaume*”), párrafo 5; *Higgins et al.*, párrafo 61; Randall, Kenneth, “Universal Jurisdiction under International Law”, 66 *Texas Law Review* 785, 1988, pp. 791-999 (en adelante “*Randall*”).

esclavos,³ el genocidio,⁴ los graves crímenes de guerra,⁵ determinados crímenes de lesa humanidad,⁶ la tortura,⁷ y diversos actos de terrorismo internacional.⁸ La mayoría de ellos se reconocen expresamente en tratados multilaterales por ser crímenes sujetos a la jurisdicción universal. Entre tales pactos, más recientemente, los hay en contra del financiamiento y del bombardeo terrorista internacional.⁹

El desarrollo histórico de la jurisdicción universal penal —la concepción del bebé— ha tenido cuatro grandes impulsos:

- 1) *El alta mar.* La piratería y el comercio de esclavos se cometían más que todo en alta mar, fuera de cualquier territorio nacional.¹⁰ Si se limita la jurisdicción penal, por ejemplo, a los Estados en donde aterrizan o donde compran o venden esclavos, muchos piratas y comerciantes ilícitos podrían evadir la justicia. De allí la razón de ser de la jurisdicción universal penal: crímenes atroces que de otro modo tienden a caer en la impunidad.
- 2) *Las atrocidades del régimen nazi y de la Segunda Guerra Mundial.* De estos acontecimientos el concepto de los crímenes de lesa humanidad nacido en Núremberg en 1945,¹¹ el convenio contra el genocidio de 1948,¹² y los convenios de Ginebra de 1949.

³ Véase *Randall*, pp. 799 y 800; en contra, *Guillaume*, párrafo 5.

⁴ Véase la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Perú por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia núm. 712/2003, 5 de mayo de 2003, 42 *International Legal Materials* (“ILM”) 1206, 1212 (2003); sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso guatemalteco por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia núm. 327/2003, 25 de febrero de 2003, 42 ILM 712, 722 (2003); y los autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer los delitos de genocidio y terrorismo, del 4 noviembre de 1998, en el caso de la dictadura argentina, y del 5 de noviembre de 1998 en el caso de la dictadura chilena, ambos accesibles en www.derechos.org/nizkor.

⁵ Véase *Guillaume*, párrafo 17.

⁶ Higgins *et al.*, párrafos 62-65.

⁷ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984; entró en vigor el 26 de junio de 1987, artículo 5.2, accesible en www.unhchr.ch.

⁸ Véase *Guillaume*, párrafos 7 y 8; Higgins *et al.*, párrafos 35-37.

⁹ *Ibidem*, párrafo 8.

¹⁰ Véase *Randall*, pp. 791-800.

¹¹ Véase “The Nurnberg Trial 1946”, 6 *Federal Rules Decisions* 69, 77-78, 130-131 (1946).

¹² Convención para la Prevención y Sanción del Delito del Genocidio, 9 de diciembre de 1948, entró en vigor el 12 de enero de 1951, visible en www.unhchr.ch.

- 3) *El terrorismo internacional.* Entre 1970 y 2000 se pactaron una docena de tratados globales que autorizan la jurisdicción universal penal sobre varios actos del terrorismo internacional.¹³
- 4) *El movimiento en pro de los derechos humanos, de la segunda mitad del siglo XX.* De allí la Convención contra la Tortura y el caso más conocido de la jurisdicción universal penal: la detención del general Pinochet en Londres a solicitud de la jurisdicción universal española, y las sentencias de la Audiencia Nacional de España¹⁴ y de la Cámara de los Lores de Gran Bretaña¹⁵ confirmando la extradición del general a España para ser procesado por tortura, aun cuando, al fin, evadió la justicia por razones de edad avanzada y falta de capacidad mental.

A pesar de tales impulsos fuertes, asimismo hay factores importantes que frenan el desarrollo —que hasta amenazan con el aborto— de la jurisdicción universal penal. Antes de la Segunda Guerra Mundial, el factor principal fue el concepto de la soberanía nacional absoluta y el principio de la no intervención en asuntos internos de cada Estado. Por lo tanto, prevalecía la jurisdicción penal territorial. La piratería y el comercio de esclavos eran excepciones, más que todo porque se cometían en alta mar, lejos de cualquier territorio nacional.

En el último medio siglo, tanto la soberanía nacional como la no intervención ya no quedan tan absolutas como antes. Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de México en el caso Cavallo, del 2003, establece que los deberes estatales impuestos por el Convenio contra el Genocidio no violan ni el derecho a la autodeterminación ni el principio de la no intervención.¹⁶

Sin embargo, hay factores que siguen impidiendo el crecimiento de la jurisdicción universal penal. ¿Por qué?

En un mundo idóneo no se necesita la jurisdicción universal penal. Cada Estado procesa los delitos de interés nacional, mientras la comuni-

¹³ Véase *Guillaume*, párrafos 7 y 8.

¹⁴ Véase *supra* nota 4.

¹⁵ *Regina v. Bartle, Ex Parte Pinochet*, 38 ILM 581 (1999).

¹⁶ Sentencia de la Suprema Corte de México ante el caso de extradición del oficial de contrainteligencia de la Armada argentina, Ricardo Miguel Cavallo, amparo en revisión 140/2002, 11 de junio de 2003 (en adelante “Cavallo”), considerando décimo segundo, accessible en www.derechos.org/nizkor.

dad internacional, a través de las Naciones Unidas, procesa los delitos de interés internacional.

Pero la realidad no es así. Por lo general los Estados no procesan, o no procesan de manera oportuna y adecuada, a los suyos responsables de atrocidades.¹⁷ Con frecuencia porque se trata de inculpados quienes son presidentes, ministros, generales o coroneles. Además, porque tales casos surgen en situaciones nacionales cuando el Poder Judicial y la fiscalía se encuentran debilitados, intimidados o corrompidos.

En el plano internacional sólo recién existe la Corte Penal Internacional global,¹⁸ pero le falta competencia sobre delitos cometidos antes de su entrada en vigencia, en julio de 2002,¹⁹ y aun después, a menos que el Estado territorial o nacional del inculpado acepte la competencia de la Corte.²⁰ Hasta la fecha sólo la mitad de los Estados han aceptado su competencia.²¹ Quedan fuera Estados tan importantes como Estados Unidos, México, China, Rusia, India e Indonesia, entre otros.

El Estatuto de Roma tiene una válvula de escape para casos de falta de consentimiento estatal, es decir, autoriza al Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas enviar asuntos a la Corte.²² No obstante, ese mecanismo quedará puramente teórico, en tanto permanezcan en la Casa Blanca George Bush y su equipo de fanáticos, quienes han declarado la guerra diplomática en contra de la Corte.

De allí la necesidad de la jurisdicción universal penal, para servir de salvaguarda en los casos para los cuales ni la justicia nacional ni la justicia internacional funcionan de manera eficaz. En tales casos se necesita la participación de Estados ajenos, como agentes del orden público mundial, para evitar la impunidad en graves crímenes internacionales.²³

¹⁷ Véase Cassel, Douglass, “La lucha contra la impunidad ante el sistema interamericano de derechos humanos”, en Méndez, Juan *et al.* (eds.), *Verdad y justicia: homenaje a Emilio Mignone*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, p. 357; *id.*, “Lecciones de las Américas: lineamientos para una respuesta internacional ante la amnistía de atrocidades”, 24 *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 277 (1997).

¹⁸ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998, entró en vigor el 10. de julio de 2002 (en adelante “Estatuto”), visible en www.un.org/law/icc.

¹⁹ *Estatuto*, artículo 11.

²⁰ *Ibidem*, artículo 12.2.

²¹ Véase el cuadro actualizado de Estados parte accessible en www.iccnow.org.

²² *Estatuto*, artículo 13, b.

²³ Véase Higgins *et al.*, párrafos 51 y 78; en contra, Guillaume, párrafo 15.

Si bien es cierto que el bebé es bonito, también es problemático. Hay dos razones principales: primero, porque una jurisdicción universal penal sin límites es sumamente susceptible a abusos y excesos. Esto por parte de Estados, por ejemplo, cuyos tribunales no son ni independientes ni imparciales, y que no garantizan el debido proceso legal o los elementos mínimos de un juicio justo. Suele ejercerse la jurisdicción universal por parte de Estados poderosos contra Estados débiles —tales como poderes coloniales contra sus ex colonias—, pero no al revés.²⁴ O bien por Estados con motivos políticos para utilizar el proceso penal como arma deslegitimadora de sus adversarios. En el mejor de los casos, el ejercicio de la jurisdicción universal penal puede engendrar tensiones en las relaciones internacionales. Hasta puede llegar a provocar conflictos económicos o, en el peor de los casos, conflictos armados. En otras palabras, existe el riesgo de que la jurisdicción universal penal se utilice demasiado en casos donde no corresponda.

Segundo, que suceda lo contrario —que la jurisdicción universal penal no se utilice lo suficiente en los casos merecidos—. Eso se debe a la reticencia de los Estados de meterse en asuntos ajenos, a menos que tengan un interés particular o especial. Y además por temor a represalias. No es accidente que luego del famoso caso Pinochet, fallado en 1999, se hayan presentado muy pocos casos de la jurisdicción universal penal, y menos aún respecto de personajes importantes.

En los dos países ejemplares de la jurisdicción universal penal —Bélgica y España— ha habido retrocesos enormes. En Bélgica, una ley de jurisdicción universal muy amplia abrió la puerta a procesos penales contra muchos líderes mundiales, desde Fidel Castro a Yasir Arafat,²⁵ y —lo fatal— contra los dos presidentes Bush y sus generales por supuestos crímenes de guerra en los dos guerras en Irak, así como contra el primer ministro Ariel Sharon de Israel.²⁶ Bajo presión política fuerte de Israel y de sus amigos en Washington, Bélgica anuló su ley de jurisdic-

²⁴ Véase *Guillaume*, parágrafo 15.

²⁵ Simons, Marlise, “Human Rights Cases Begin to Flood into Belgian Courts”, *New York Times*, 27 de diciembre de 2001.

²⁶ “Israel Said Seeking US Help to Harm Belgian Economic, Political Interests”, Financial Times Information, *BBC Monitoring International Reports*, 14 de febrero de 2003; “Too Embarrassing”, *The Economist* (U.S. ed.), 19 de abril de 2003; Ford, Peter, “Belgium Makes Justice Less Global”, *Christian Science Monitor*, 24 de junio de 2003.

ción universal hace seis meses. Quedan algunos espacios transitorios para procesos universales, pero son muy reducidos.²⁷

En España pasó algo similar por la vía jurisdiccional. Hace un año, el Tribunal Supremo en el caso guatemalteco, por voto de 8 a 7, desestimó la jurisdicción universal penal, con excepción de casos en los que el sospechoso se encuentra en España.²⁸

Resulta que en los países más avanzados en la materia, la jurisdicción universal penal quedó reducida casi al mínimo obligatorio de los pactos internacionales —la obligación de procesar o de extraditar cuando el sospechoso se encuentra en territorio nacional de un Estado parte—.²⁹ Esto es jurisdicción universal en la teoría, pero no en la práctica. ¿Cuál imputado será tan imprudente como para viajar a otro país donde corre riesgo de ser procesado? Sobre todo a los países fiscales conocidos, como Bélgica y España, sólo llegarán los viajeros inocentes o tontos, o quienes gozan de inmunidad procesal.

Sin embargo, en el plano de la práctica de los Estados, no todo va mal para la jurisdicción universal. Fue un avance importante para la jurisdicción universal la sentencia de la Suprema Corte de México de junio de 2003 en el caso Cavallo, en la cual la Corte permitió su extradición a España para un proceso fundamentado principalmente en la jurisdicción universal. No obstante, esa sentencia fue un avance de resultado y no de jurisprudencia. La Corte no afirmó —por lo menos expresamente— la jurisdicción universal, sino que resolvió que tanto el tratado de extradición entre México y España como la legislación mexicana sobre extradición, no le permiten a México cuestionar la competencia de un tribunal español que solicita la extradición.³⁰

²⁷ “Belgium Ditches War Crimes Law”, *Agence France Presse*, 2 de agosto de 2003; “Belgium’s Amendment to the Law... Concerning the Punishment of Grave Breaches of Humanitarian Law”, 42 ILM 1258, 1266 (artículo 16, que autoriza la jurisdicción belga sólo si la víctima fue ciudadano o residente belga durante tres años), y 1269 (artículo 29.3, disposición transitoria que permite continuar casos ya comenzados, siempre que al menos un querellante sea ciudadano belga o un imputado haya sido residente belga a la fecha de entrada en vigor de la enmienda) (2003) (enmienda del 7 de agosto de 2003).

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso guatemalteco por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia núm. 327/2003, 25 de febrero de 2003, criterio undécimo, 42 ILM 712, 728 (2003).

²⁹ Véase Higgins *et al.*, parágrafo 44.

³⁰ *Cavallo*, considerando décimo segundo.

Más allá de la práctica de los Estados, en el plano jurídico internacional también hay señales preocupantes. La Corte Internacional de Justicia de La Haya, en el caso República Democrática del Congo contra Bélgica, en el 2002, insistió en la inmunidad de altos oficiales de un país ante la jurisdicción penal de otro país, aun cuando los mismos no gocen de inmunidad por tales delitos ante un tribunal internacional.³¹ En eso tenía razón —para evitar conflictos entre Estados—, aun cuando su criterio fue criticado por Amnistía Internacional y otras organizaciones de derechos humanos.

Pero más cuestionables fueron los criterios excesivamente restrictivos para que Estados en ejercicio de la jurisdicción universal procesen a ex altos oficiales de otro Estado.³² Y ahora un segundo caso, República del Congo contra Francia, está pendiente ante la Corte de La Haya, en el cual el mismo concepto de la jurisdicción universal penal está en juego.³³ En ese caso hay riesgo de una sentencia similar a la del Tribunal Supremo de España.

En el peor de los casos, vistos los pactos internacionales, seguirá la jurisdicción universal penal al menos en casos de la presencia del imputado en el territorio de un Estado parte. Cualquiera que sea el alcance de la jurisdicción universal penal —amplio de acuerdo con los criterios de los siete magistrados disidentes del Tribunal Supremo de España,³⁴ o estrecho de acuerdo con los ocho de la mayoría de ese Tribunal en el caso guatemalteco—, deben imponerse ciertas garantías para evitar abusos o excesos.

De acuerdo con la doctrina, existen varios criterios que deben observarse en el ejercicio de la jurisdicción universal penal. Los siguientes criterios se derivan de varias fuentes, que no están del todo de acuerdo en cada criterio, pero que acuerdan en la necesidad de límites prudentes. Entre otras fuentes se considera aquí el voto razonado de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el caso Congo contra Bélgica en la

³¹ International Court of Justice, *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, General List No. 121, Judgment of 14 February 2002, parágrafo 58.

³² *Ibidem*, parágrafo 60.

³³ International Court of Justice, *Republic of the Congo v. France*, General List No. 129, véase Order of 17 June 2003 (Provisional Meaures), parágrafos 1 y 40.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso guatemalteco por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia núm. 327/2003, 25 de febrero de 2003, voto particular de siete magistrados, 42 ILM 712, 730-739 (2003).

Corte mundial;³⁵ los llamados Principios de Princeton elaborados por un grupo de expertos reunidos en la Universidad Princeton;³⁶ y la resolución aprobada en febrero de 2004 por el colegio de abogados de los Estados Unidos de América:³⁷

- a) *Debido proceso* en el caso, e independencia e imparcialidad del Tribunal.³⁸
- b) *Fundamento jurídico* —sólo por los delitos internacionales más graves, reconocidos como delitos de jurisdicción universal por los tratados o por el derecho consuetudinario internacional—.³⁹
- c) *Fundamento probatorio* —sólo se ejerce la jurisdicción universal cuando hay indicios y pruebas que justifican de manera razonable la apertura de un proceso penal—.⁴⁰
- d) *Complementariedad* (en términos de la Corte Penal Internacional)⁴¹ o *subsidiariedad* (en términos de la Audiencia Nacional española).⁴² Es decir, debe regirse el principio de la necesidad; sólo se ejerce la jurisdicción universal cuando otra más directa no tiene voluntad o capacidad de ejercerse de manera justa y eficaz. Quedan cuestiones delicadas de prioridad entre el Estado territorial y el Estado de nacionalidad del imputado, pero en todo caso la jurisdicción universal no es primaria, sino que se utiliza sólo en caso de necesidad.⁴³

³⁵ Higgins et al., párrafos 59 y 60.

³⁶ *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, 2001, visible en www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf.

³⁷ Resolution on Universal Jurisdiction, aprobado sin voto disidente por el House of Delegates, American Bar Association, 9 de febrero de 2004, accessible en www.abanet.org.

³⁸ Por ejemplo, Higgins et al., parágrafo 59.

³⁹ Por ejemplo, *ibidem*, párrafos 60-65.

⁴⁰ Resolution of American Bar Association, *supra* nota 37, parágrafo 2 (“facts supporting a reasonable belief that such a crime may have been committed by the suspect”).

⁴¹ *Estatuto*, preámbulo y artículo 17.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso guatemalteco por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia núm. 327/2003, 25 de febrero de 2003, criterio sexto, 42 ILM 712, 722 (2003) (la mayoría de ocho magistrados del Tribunal Supremo rechaza el criterio de la “subsidiariedad” utilizado por la Audiencia Nacional).

⁴³ Por ejemplo, Higgins et al., parágrafo 59; sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Perú por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia núm. 712/2003, 5 de mayo de 2003, criterio sexto, 42 ILM 1206, 1212 (2003) (“principio de necesidad de la intervención judicial”).

- e) *Presencia física* del imputado en territorio del Estado que pretende ejercer la jurisdicción universal no debe ser necesario para efectos de una investigación penal, ni para una orden de captura o solicitud de extradición. Por otro lado, vistas las normas de derechos humanos en materia procesal penal, la presencia del imputado en general debe ser requisito para el juicio penal.⁴⁴
- f) *Inmunidad procesal*. Debe respetarse ante tribunales nacionales (pero no internacionales) para altos oficiales en cargo de un Estado ajeno. Sin embargo, no debe respetarse para delitos graves internacionales cometidos por ex funcionarios de otro Estado.⁴⁵
- g) *Amnistía*. Las amnistías nacionales para los graves delitos internacionales no tienen efecto extraterritorial.⁴⁶ Esto no significa que no se las pueda tomar en cuenta —sin darles efecto dispositivo— en los sistemas que observan el principio de la oportunidad. Es decir, en un caso determinado el fiscal, dentro de su discreción prudencial, podría abstenerse de procesar un delito a menos que haya obligación de procesar o de extraditar de acuerdo con un pacto internacional.

Es posible que todas esas cuestiones sean resueltas —bien o mal— por la sentencia de la Corte mundial en el caso pendiente de Congo contra Francia. Esperamos que no sea abortado el bebé.

Sin embargo, la lección principal de este análisis es que mejor pensemos en otro joven —con mayor posibilidad de eficacia, y menor vulnerabilidad al abuso—, es decir, la Corte Penal Internacional. Debe utilizarse la jurisdicción universal penal ante tribunales nacionales sólo cuando la Corte Penal Internacional esté impedida, por razones jurídicas o prácticas, para administrar la justicia.

⁴⁴ Por ejemplo, *Higgins et al.*, párrafos 53-59; en contra, *Guillaume*, párrafos 12 y 17.

⁴⁵ Por ejemplo, *Higgins et al.*, párrafos 83-85; tal vez en contra, International Court of Justice, *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, General List No. 121, Judgment of 14 February 2002, párrafo 61.

⁴⁶ Véase *Cavallo*, considerando décimo cuarto. Véase, también, el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer los delitos de genocidio y terrorismo del 5 de noviembre de 1998 en el caso de la dictadura chilena, fundamento de derecho octavo, accesible en www.derechos.org/nizkor; *Cassel, op. cit.*, nota 17; Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 14 de marzo de 2001 en el *Caso Barrios Altos* (Perú), serie C, núm. 75, visible en www.oas.org.