

Jan-Michael Simon*

Jurisdicción Universal

La Perspectiva del Derecho Internacional Público

La función del Derecho internacional Público en lo que se refiere a la competencia penal de un Estado sobre hechos ilícitos internacionales contra personas se plantea en diferentes sentidos. Desde una perspectiva “humana” importa la construcción del hombre como persona que efectivamente cumple con las demandas de lo que llamaríamos “la sociedad mundial”. Desde el prisma del Derecho se trata de establecer las reglas que rigen en el Derecho internacional Público vigente en esta materia. En otras palabras, mientras que la primera perspectiva diferencia entre lo bueno y lo malo, la última se constituye en la diferencia entre lo legal y lo ilegal. Si bien vamos a referirnos también a la primera, la base que adoptamos para nuestra exposición es la segunda. Para ello comenzamos esta exposición diferenciando entre los dos términos semánticos que forman el título de esta aportación: (A) Jurisdicción, (B) universal.

A. “Jurisdicción” en el Derecho Internacional Público

I. Dimensión intraestatal

El término “jurisdicción” ciertamente deja espacio de interpretación.¹ En lo que se refiere al concepto de Estado, de acuerdo con lo expresado por la Corte Perma-

* Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional.

Ponencia presentada en el “Encuentro Interdisciplinario sobre Jurisdicción Universal” celebrados del 1 al 5 de Octubre del 2001 en las Ciudades de México (Universidad Iberoamericana) y de Guatemala (Universidad Rafael Landívar) organizado por la Fundación Rigoberta Menchú Tum con el patrocinio de la Fundación Konrad Adenauer (manuscrito revisado por el autor el 07.12.01).

¹ Cf. RANDALL, Keneth (1988), *Universal Jurisdiction under International Law*, en *Texas Law Review*, Volumen 66 [=66 *Texas Law Review*], 785 (786).

nente de Justicia Internacional en 1933, “[...] la jurisdicción es una de las formas más obvias del ejercicio del poder soberano”.² A efecto de concretizar esta explicación podemos citar el caso “Cristina” del año 1938 en el House of Lords. En este caso, referente a un barco español que se encontraba en Cardiff/Gran Bretaña requisado por el gobierno de España, el Lord McMillan señaló: “[e]s un atributo esencial de la soberanía de todos los Estados independientes y soberanos, el tener jurisdicción sobre todas las personas y cosas que se encuentren dentro de sus límites territoriales y sobre todos los casos, civiles y penales que surjan dentro de estos límites”.³ Por tanto, en este sentido, la expresión “jurisdicción del Estado” no describe nada más que el ejercicio exclusivo del poder soberano de un Estado sobre su territorio.⁴

II. Dimensión interestatal

En lo referente a las relaciones entre Estados, las consecuencias de estos razonamientos son obvias: el Estado que extiende su poder hacia un territorio bajo el poder soberano de otro, potencialmente entra en conflicto con este último. De este modo, como lo ha expresado el profesor Frederick Mann (1907-1991)⁵ en una de las mejores exposiciones sobre el tema, el principio de territorialidad que fue citado en el caso “Cristina” expresa la idea de la universalidad y mutualidad-reciprocidad:⁶ “lo que un Estado pueda o no pueda hacer, cualquier otro Estado podrá o no podrá hacerlo, y la afirmación de que el Estado A tiene el poder de realizar un acto parti-

² Caso Status Legal del Este de Groenlandia — PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE [=P.C.I.J.] Series A/B, No. 53 (1933), “Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)”, Judgement, 5 April 1933, 48. Cf. de forma general OXMAN, Daniel (1997), *Jurisdiction of States*, en Bernhardt, Rudolf, *Encyclopedia of Public International Law* [=E.P.I.L.], Vol. III, Amsterdam *et al.*: Elsevier, 55 *et seq.*

³ HOUSE OF LORDS [=H.L.] (1938), “Compania Naviera Vascongado v. S.S. Cristina and All Persons claiming an Interest therein”, Judgement, 12 March 1938 en I All England Law Reports 1938 [= (1938) I All E.R.], 719 (725).

⁴ Sobre las confusiones terminológicas de los términos “soberanía” y “jurisdicción” en el Derecho internacional Público cf. BROWNIE, Ian (1998), *Principles of Public International Law*, Oxford: Clarendon (5a ed.), 105 *et seq.*

⁵ Sobre el trabajo de Frederick Mann cf. TOMUSCHAT, Christian (1992), *Frederick Alexander Mann als Völkerrechtler*, en Pietzker, Jost *et al.*, in memoriam Frederick Alexander Mann – Reden, gehalten am 8. Februar 1992 bei der Gedenkfeier der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Bonn: Bouvier, 30 *et seq.*

⁶ MANN, Frederick (1964), *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, en 111 (1964-I) *Recueil de Cours* [=R.d.C.], Leyde: Sijthoff, 1 (30), [=] *id.* (1973) *Studies in International Law*, Oxford: Clarendon, 22. Para una revisión de sus razonamientos cf. *id.* (1985), *The Doctrine of Jurisdiction revisited after Twenty Years*, en 186 (1984-III) R.d.C., The Hague *et al.*: Martinus Nijhoff, 1 *et seq.*, [=] *id.* (1990), *Further Studies in International Law*, Oxford: Clarendon, 1 *et seq.* Últimamente sobre el tema de la jurisdicción de Estados cf. RIGAUX, François (1999), *La Compétence Extraterritoriale des Etats (dix-neuvième Commission)*, en 68-I *Annuaire de l’Institut de Droit International* (sesion de Berlin 1998: travaux préparatoires), 371 *et seq.*

cular que afecte al Estado B, conlleva que el Estado B pueda realizar un acto similar y así afectar al Estado A”.⁷

1. *Operatividad del término*

Pese a que con estos razonamientos hemos determinado la base de la “jurisdicción del Estado” y hemos señalado su potencial de conflictividad, tenemos que preguntarnos sobre la operatividad de este término en las relaciones entre los Estados. En primer lugar hay que señalar que la “jurisdicción del Estado” se encuentra exclusivamente determinada por el Derecho internacional Público. Esto fue señalado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1924⁸ y principalmente en 1927 en el caso “Lotus”,⁹ y es una consecuencia lógica del principio de la igualdad soberana de los Estados.¹⁰ En este sentido la Corte en el caso “Lotus” opinó que “[e]l Derecho internacional Público regula las relaciones entre Estados independientes. [...] Por consiguiente, las normas jurídicas que obligan a los Estados se basan en la propia voluntad de éstos. No puede presumirse entonces restricciones en la independencia de los Estados. A falta de una regla permisiva en contra, la restricción que el Derecho internacional [Público] impone a los Estados en el sentido de que no pueden ejercer su poder de cualquier forma en el territorio de otro Estado está por encima de todo”.¹¹ Sin embargo, cabe aclarar que si bien el Derecho internacional Público regula el ejercicio del poder estatal entre Estados, dicho complejo normativo está “[I]ejos de crear una prohibición general [en el sentido] de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la [competencia] de sus tri-

⁷ MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 30.

⁸ Caso Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos, P.C.I.J. Series B, No. 4 (1924), “Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco on 8 november 1921”, Advisory opinion, 7 February 1923, 6 (24).

⁹ P.C.I.J. Series A, No. 10 (1927), “S.S. Lotus (France v. Turkey)”, Judgement, 7 September 1927, 2 (19 *et seq.*).

¹⁰ Este principio fundamental fue consagrado después de la Segunda Guerra Mundial en el Art. 2 párr. 1 Carta de las Naciones Unidas, y concretizado en 1970 por la Asamblea General (General Assembly) [=G.A.] de las Naciones Unidas (United Nations) [=U.N.] en su Resolución [=Res.] 2625 (XXV) del 24 de octubre “Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional sobre las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre los Estados de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas”, reproducida en 24 (1970) *Yearbook of the United Nations*, New York: United Nations, 789 *et seq.* Sobre este principio ampliamente *cf.* TOMUSCHAT, Christian (2001), *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century – General Course on Public International Law*, en 281 (1999) R.d.C., The Hague *et al.*: Martinus Nijhoff, 161 *et seq.*, como también *id.* (1994), *Obligations arising for States without or against their Will*, en 241 (1993-IV) R.d.C., Dordrecht *et al.*: Martinus Nijhoff, 194 (292 *et seq.*). En el área latinoamericana *cf.* ARBUET VIGNALI, Heber (1995), *Principio de la Igualdad Soberana de los Estados*, en Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho Internacional Público*, Vol. II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 104 *et seq.*

¹¹ P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 18.

bunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio. [El Derecho internacional Público,] a este respecto deja [más bien] un margen ancho de discrecionalidad, que sólo se ve limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas”, según lo ha manifestado la Corte en el caso “Lotus”.¹²

No obstante, estos razonamientos pueden llevar a confusión, razón por la cual conviene puntualizar que lo anteriormente dicho no trata el problema del ejercicio del poder soberano *ratione territorium*,¹³ sino del poder estatal *ratione materiae* que incluye el actuar fuera de los límites territoriales.¹⁴ Es decir, como principio general, cada Estado es libre de regular las materias en el ejercicio de su poder legislativo y judicial del modo que considere más conveniente, inclusive aquéllas fuera de su territorio, mientras no sobrepase los límites del Derecho internacional Público. Así, no solamente se repitió el principio que ya se había formulado en 1924, sino que también se estableció una presunción a favor del libre ejercicio del poder legislativo y judicial de cada Estado en relación con los demás.

Consecuentemente, se puede afirmar lo siguiente: el término “jurisdicción del Estado” opera para legitimar el ejercicio del poder estatal de un Estado frente a los demás en el marco del Derecho internacional Público;¹⁵ fundamentalmente, porque es este complejo normativo que bajo el principio de la igualdad soberana de los Estados que regula el ejercicio del poder estatal entre ellos y, en consecuencia, también el que la delimita.¹⁶ Y es en este marco operativo que el concepto de jurisdicción del Estado se refiere a actos de un Estado que no caen exclusivamente dentro de su poder.¹⁷ Sobre esta base utilizaremos la “jurisdicción del Estado” como concepto normativo del Derecho internacional Público que regula el derecho de un Estado para llevar a cabo cierto tipo de actos que puedan interferir en la soberanía de terceros.¹⁸ Para fijar esta situación de conflictividad y, aunque los términos generalmente son aplicados casi indistintamente,¹⁹ utilizaremos el término “competencia” para referirnos a la potestad del Estado legitimada por el concepto de jurisdicción de actuar, en el marco de la definición dada anteriormente.²⁰

¹² *Ibid.*, 19 *et seq.*

¹³ Cf. en nuestro contexto ampliamente HENZELIN, Marc (2000), *Le Principe de l'Universalité en Droit Pénal International – Droit et Obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le Principe de l'Universalité*, Bâle *et al.*: Helbing & Lichtenhahn, 126 *et seq.*

¹⁴ VERDROSS, Alfred/SIMMA, Bruno (1984), *Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis*, Berlin: Duncker & Humblot (3a ed.), 761 *et seq.*

¹⁵ Por cuestiones a las cuales nos vamos a referir más tarde, no usaremos el término “legítimar” como *e.g.* TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 195.

¹⁶ MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 30.

¹⁷ *Ibid.*, 9 y 14.

¹⁸ *Ibid.*, 9 *et seq.*

¹⁹ *E.g.* MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 15.

²⁰ En este sentido también el Art. 1 let. a) del borrador de la Convención sobre la jurisdicción respecto a crímenes del HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *Jurisdiction with res-*

2. Marco analítico

Para la determinación de la competencia tomamos como marco analítico el “restatement of the law third on foreign relations” del “American Law Institute”. Hemos querido recoger el “restatement” porque sus clasificaciones metodológicas, si bien provienen del ámbito angloamericano, y aunque preferimos usar el término “competencia” en lugar de “jurisdicción”, tienen mejor capacidad explicativa para nuestros fines.²¹ Según la clasificación del “restatement” se distingue entre tres tipos de competencia: (1) la de prescribir una norma, (2) la de dictar una sentencia y (3) la de hacer cumplir una decisión judicial o legislativa.²² La primera comporta la competencia de un Estado para aplicar su ley a personas y circunstancias particulares.²³ La segunda se define como la competencia de un Estado para someter personas a un proceso ante sus tribunales,²⁴ y la tercera como la competencia de un Estado a hacer obligatoria la sumisión a sus leyes, o a castigar el incumplimiento de sus leyes, ya sea a través de sus tribunales o de actos ejecutivos, administrativos, policiales, u otras acciones no-judiciales.²⁵ No obstante, para nuestros fines, el estudio se debe centrar en el contexto de los dos primeros tipos, quedando fuera del análi-

pect to Crime, en 29 American Journal of International Law [=A.J.I.L.], Supplement, 435 (439, 467 *et seq.*).

²¹ En contra, pero refiriéndose a la competencia de hacer cumplir una decisión judicial o legislativa RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 531 (pero *cf.* también el comentario de Yoram Dinstein, 577 *et seq.*). Escéptico sobre la operatividad de la distinción entre la primera y la segunda clasificación MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 101. Sin embargo hay que ser muy cauto en afirmar que las demás “[...] reglas recurren en su conjunto ampliamente a lo que en general se acepta según otras fuentes importantes” como TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 107, especialmente en el área penal, ya que estas reglas fueron elaboradas en los años ochenta del siglo pasado. Así también hay que advertir, que los tribunales estadounidenses, en cuanto se refieren a las reglas y las interpretan solamente fijan la posición de Estados Unidos en el Derecho internacional Público, pero jamás se puede usar esta práctica para sentar “de modo circular” una regla de Derecho internacional Público — *cf.* MENG, Werner (1989), *Regeln über die Jurisdiktion der Staaten im amerikanischen Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, en 27 Archiv des Völkerrechts, 156 (159), criticando el decisionismo de las reglas y su no-recepción de la práctica de otros Estados. Así, *e.g.* el análisis sobre el carácter no-consuetudinario de un aspecto crucial de las reglas sobre la competencia extraterritorial del Estado bajo el Derecho internacional Público de MASSEY, David (1997), *How the American Law Institute influences Customary Law – The Reasonableness Requirement of the Restatement of Foreign Relations Law*, en 22 Yale Journal of International Law, 419 (428 *et seq.*).

²² AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *Restatement of the Law Third – Foreign Relations of the United States*, Vol. 1, St. Paul: American Law Institute, § 401.

²³ *Ibid.*, §§ 401 (a), 402 *et seq.*

²⁴ *Ibid.*, §§ 401 (b), 421 *et seq.* *Cf.* ampliamente el trabajo de uno de los dos principales “restaters”, HENKIN, Louis (1990), *International Law: Politics, Values and Functions – General Course on Public International Law*, en 216 (1989-IV) R.d.C., 9 (307 *et seq.*).

²⁵ *Ibid.*, §§ 401 (c), 431 *et seq.*

sis el tercero que se refiere en lo esencial al ejercicio del poder ejecutivo.²⁶ De este modo no trataremos casos relacionados con el instituto de extradición que puedan violar el Derecho internacional Público,²⁷ como por ejemplo el secuestro del burócrata nazi de la llamada “solución final a la cuestión judía”, Adolf Eichmann, por agentes del Estado de Israel en Argentina en 1961.²⁸

3. Competencia estatal

Como hemos anticipado, en el caso “Lotus” se fijó como criterio general de jurisdicción el principio de la libertad soberana, según el cual todo Estado puede regular a su discreción su legislación y la ejecución de ésta a través de sus tribunales. En las primeras décadas posteriores a la sentencia “Lotus” muchos autores la criticaron²⁹ por haber abandonado la doctrina sentada por Ulrichus Huber (1636-1694). El jurista holandés había señalado a principios del siglo XVIII como “[...] regla general que la *lex loci* no prevalecerá, si a su aplicación le siguieran grandes problemas”, refiriéndose expresamente a otros (Estados) soberanos.³⁰

²⁶ MENG (1989), *op. cit.* nota 21, 163.

²⁷ Así expresamente en el caso Lotus: “La primera y principal restricción impuesta por el Derecho internacional [público] sobre un Estado es, al faltar la existencia de una regla permisiva contraria, que él no puede ejercer su poder de cualquier forma en el territorio de otro Estado — P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 18. Cf. también los razonamientos del Juez suizo Max Huber en el caso “Las Islas de Las Palmas (o Miangas)”, reproducido en 22 A.J.I.L., 867 (876). Para una observación amplia sobre la práctica en el Derecho internacional Público y el requisito del consentimiento cf. MANN (1990), *op. cit.* nota 6, 339 *et seq.*

²⁸ Para un análisis cf. SILVING, Helen (1961), *in re Eichmann – a Dilemma of Law and Morality*, en 55 A.J.I.L., 307 *et seq.* Como otros ejemplos de esta práctica podemos citar el secuestro del líder terrorista de la OAS (Organisation armée secrète) en la guerra de Argelia, Antoine Argoud, por agentes del Estado de Francia en Alemania en 1963 — cf. COCATRE-ZILGIEN, André (1965), *L’Affaire Argoud – Considération sur les Arrestations Internationalement Irrégulières*, Paris: Pedone — y el del médico mexicano Humberto Alvarez-Machain a iniciativa de la DEA en Guadalajara en 1990 — sobre este caso y la práctica de los Estados Unidos desde la doctrina “Ker-Frisbie” en el siglo diecinueve cf. KOSMETATOS, Argiro (1999), *U.S.-Mexican Extradition Policy – were the Predictions Right about Alvarez?*, en 22 Fordham International Law Journal, 1064 *et seq.* Ampliamente sobre estos casos RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 551 *et seq.* y en particular el comentario de uno de los dos principales “restaters”, Louis Henkin en 578 *et seq.*

²⁹ Principalmente por LAUTERPACHT, Hersch (1952), en Oppenheim, Lassa, *International Law – a Treatise*, Vol. I, London *et al.*: Longmans, Green & Co. (1a reimpression de la 7a ed.), 298 *et seq.* Otras referencias en MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 35.

³⁰ Cf. HUBER, Ulrichus (1707), *de conflictu legum diversarum in diversis imperiis*, en *id.*, *prælectionum juris civilis* tomi tres, Lipsae, 538 — reproducido y traducido al inglés en el anexo de la publicación de LORENZEN, Ernest (1947), *Selected Articles on the Conflict of Laws*, New Haven: Yale University Press. Para una breve exposición sobre las raíces de la doctrina de la llamada “jurisdicción internacional” más allá del trabajo de Ulrichus Huber cf. MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 27 *et seq.*

a. *La carga de la prueba*

Esta doctrina, que tuvo influencia sobre todo en los Estados del Common Law,³¹ pero también en las principales áreas del Civil Law,³² fue abandonada en el caso “Lotus”, cambiando en caso que el ejercicio del poder legislativo o judicial de un Estado pudiera afectar la soberanía de otro, la carga de la prueba de la supuesta violación de ésta sobre aquél que la alega.³³ De esta forma, la Corte Permanente de Justicia Internacional sentó un principio más procesal que sustantivo.³⁴ Así, habiendo empezado el fenómeno de la “globalización” con las revoluciones en el área del transporte en el siglo XIX,³⁵ esta solución ofrecida por la Corte fue mucho más actual que el viejo “test” de la territorialidad.³⁶

b. *Ejercicio de la competencia*

Pese a estos esfuerzos jurisprudenciales, hasta la fecha no se ha logrado determinar en un Tratado internacional los principios que deberían fijar la competencia de un Estado de forma general.³⁷ En consecuencia, las relaciones entre los Estados

³¹ Cf. MAIER, Harold (2000), *The Utilitarian Role of a Restatement of Conflicts in a Common Law System – how much Judicial Deference is due to the Restaters or “who are these Guys, anyway?”*, en 75 *Indiana Law Journal*, 541 (545 *et seq.*).

³² Cf. MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 28 *et seq.*

³³ En este sentido, pero no expresamente MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 35 *et seq.*

³⁴ Sin embargo, la mayoría de la doctrina angloamericana, bajo la influencia de la recepción de los pensamientos de Ulrich Huber a través de Joseph Story en el siglo diecinueve, mantiene que se había cambiado el contenido material de la regla estricta de territorialidad. De este modo se desarrolló la doctrina de “efectos”, según la cual un Estado puede ejercer su poder soberano sobre conductas llevadas a cabo fuera de su territorio que tengan efectos dentro de él — cf. AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *op. cit.* nota 22, §§ 402 (1) (c), 403 (2) (a), 421 (2) (h-j), como también el comentario de uno de los dos “restaters”, HENKIN (1990), *op. cit.* nota 24, 292 y de MASSEY, *op. cit.* nota 20, 419 (425 *et seq.*).

³⁵ O’ROURKE, Kevin H./WILLIAMSON, Jeffrey G. (2000), *When did Globalization begin?*, en National Bureau of Economic Research [=N.B.E.R.] Working Paper Series, Working Paper No. 7632, 28.

³⁶ No fue por pura casualidad que el caso “Lotus” implicaba una colisión que se produjo en alta mar entre dos barcos, uno francés y otro turco, a raíz de la cual se hundió el buque turco, pereciendo ocho de sus tripulantes. El barco francés prosiguió su ruta y llegó a Constantinopla. Allí las autoridades turcas enjuiciaron al capitán del buque francés por homicidio — cf. P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, *passim*.

³⁷ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 195 con referencia especial al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional. Sobre la búsqueda para la formulación de un principio general cf. MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 26 *et seq.* Cf. también BROWNLIE (1998), *op. cit.* nota 4, 312 *et seq.* Sin embargo para el ámbito latinoamericano cf. Tratado de Derecho Penal Internacional, suscrito en Montevideo el 23 de enero de 1889, reproducido en HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 638 *et seq.* y la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), en Organización de los Estados Americanos [=O.E.A.], Serie sobre Derecho y Tratados, No. 23 = 86 League of Nations Treaty Series [=L.N.T.S.], 111 *et seq.*, que fue aprobada en la Sexta Conferencia Internacional Panamericana, celebrada en La Habana en 1928 y que, aún su materia principal es el Derecho internacional Privado, contiene normas importantes sobre el Derecho internacional Penal.

padecen de un gran potencial de conflictividad e inseguridad, especialmente cuando pensamos -entre otras- en el área de la protección del derecho a la propiedad privada³⁸ y de leyes contra fideicomisos³⁹ o más aún, en el Derecho de fusiones, donde ni siquiera está implicado un Estado sino una Organización supranacional como es la Unión Europea;⁴⁰ o, todavía más allá del territorio firme de los siglos pasados, en casos que se refieren al espacio⁴¹ y al llamado “cyber-espacio”.⁴²

aa. Poder discrecional

A pesar de esta situación poco satisfactoria, la práctica demuestra que al extender el poder estatal fuera de sus límites territoriales, los Estados siempre se han esforzado en establecer alguna relación de este con su territorio.⁴³ Esta realidad se ve reflejada en el voto de Sir Fitzmaurice en el caso “Barcelona Traction” de 1970, en el cual el Juez de la Corte Internacional de Justicia manifestó: “Es cierto que, bajo las condiciones actuales, el Derecho internacional [Público] no impone reglas duras

³⁸ Como caso paradigmático podemos citar el “Helms-Burton Act” — cf. TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 198 *et seq.*

³⁹ Para una buena reflexión de los años en que el tema empezó a tener una relevancia significativa cf. MEESSEN, Karl (1975), *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts*, Baden-Baden: Nomos y *id.* (1984), *Antitrust Jurisdiction under Customary International Law*, en 78 A.J.I.L., 783 *et seq.*

⁴⁰ Para una perspectiva sobre la fusión de las compañías angloamericanas Boeing y McDonnell Douglas bajo el Derecho de la Unión Europea cf. FIEBIG, André (1998-1999), *The Extraterritorial Application of the European Merger Control Regulation*, en 5 Columbia Journal of European Law, 79 *et seq.*

⁴¹ Sobre los esfuerzos en materia penal en el caso de la estación espacial internacional cf. RATNER, Stacy (1999), *Establishing the Extraterrestrial – Criminal Jurisdiction and the International Space Station*, en 22 Boston College International and Comparative Law Review, 323 *et seq.*

⁴² Como caso ilustrativo podemos mencionar el ensayo de HEAVEN, Catherine (2001), *A Proposal for removing Road Blocks from the Information Superhighway by using an Integrated International Approach to Internet Jurisdiction*, en 10 Minnesota Journal of Global Trade, 373 (401), que invoca el concepto de “patrimonio común de la humanidad” para el acceso al internet. Sobre los serios problemas de Jurisdicción en el “cyber-espacio” entre los Estados Unidos y Francia en el caso “LICRA et al. v. YAHOO! Inc. et al.” cf. RICE, Denis T. (2001), *2001 – a Cyberspace Odyssey through U.S. and E.U. Internet Jurisdiction over E-Commerce*, en PLI’s Fifth Annual Internet Law Institute (en fase de publicación), New York: Practising Law Institute. Para el área del “e-commerce” en general cf. PUURUNEN, Tapio (2000), *The Legislative Jurisdiction of States over Transactions in International Electronic Commerce*, en 18 John Marshall Journal of Computer and Information Law, 689 *et seq.* Sobre la “amenaza” a la “soberanía” del Estado territorial cf. PERRITT, Henry (1998), *The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet’s Role in strengthening National and Global Governance*, en 5 Indiana Journal of Global Legal Studies, 423 *et seq.* y más preciso *id.* (1999-2000): *The Internet is changing the Public International Legal System*, en 88 Kentucky Law Journal, 885 *et seq.*

⁴³ GLORIA, Christian (1999), *Das Staatsgebiet*, en Ipsen, Knut, *Völkerrecht – Ein Studienbuch*, München: Beck, 285. Para la práctica en Alemania cf. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2001), “BVerfG, 2 BvR 1290/99 vom 12.12.2000” (no esta prevista para su publicación en la serie del Tribunal Constitucional), reproducido en 28 Europäische Grundrechtezeitschrift, 76 (81) — también accesible vía <www.b-verfg.de/entscheidungen/frames/2000/12/12> (último acceso: 07.12.01), párr. 38 con referencias.

[...] a Estados que delimitan el espacio de [su competencia] [...] sino que deja a los Estados un margen ancho de discrecionalidad en la materia. No obstante, en aquellos casos que contienen un elemento extranjero, [esto] implica para los Estados una obligación de ejercer [su poder] con moderación y contención, proporcional a la extensión de la [competencia] asumida por sus tribunales, [para] evitar una invasión indebida de la [competencia] más apropiada, o más ejecutable de un otro Estado”.⁴⁴

bb. Elementos de juicio

De conformidad con esta realidad y sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,⁴⁵ se ha afirmado que el Derecho internacional Público requiere un “vínculo auténtico”,⁴⁶ “sustancial y de *bona fide*”,⁴⁷ “legítimo”⁴⁸ o un “contacto signifiante”⁴⁹ entre el Estado y el hecho ocurrido fuera de sus límites territoriales, objeto de la extensión de su poder estatal.⁵⁰ Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos dirigidos a identificar la línea que delimite el ejercicio del poder discrecional en los términos mencionados, sería una sorpresa si ya se hubieran resuelto los problemas de su aplicación en la práctica, es decir, la de dictar una sentencia.⁵¹ Así, el contenido material de las condiciones delimitadoras del margen de discrecionalidad continúa siendo el punto central de controversias.⁵²

Según los análisis de profesor Mann, el problema de la competencia, propiamente definido, implica la búsqueda del Estado (o de los Estados) cuyo contacto

⁴⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE [= I.C.J.] REPORTS 1970, “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)”, Judgment 5 February 1970, 3 (105).

⁴⁵ Cf. I.C.J. REPORTS 1955, “Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), 2nd Phase”, Judgment, 6 April 1955, 4 (23) como también los votos en I.C.J. REPORTS 1958, “Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)”, Judgment, 28 November 1958, 55 (109, 135 *et seq.*, 145, 155) y el caso “Barcelona Traction”, donde la Corte, refiriéndose a la protección diplomática de corporaciones, observó: “[...] Se ha sostenido, que existe entre la corporación y el Estado en cuestión un vínculo auténtico parecido al conocido por otras ramas del Derecho internacional Público” — I.C.J. REPORTS 1970, *op. cit.* nota 44, 42.

⁴⁶ GLORIA (1999), *op. cit.* nota 43, 286.

⁴⁷ BROWNLIE (1998), *op. cit.* nota 4, 313.

⁴⁸ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 196.

⁴⁹ VERDROSS/SIMMA (1984), *op. cit.* nota 14, 778, sin embargo con una traducción literal errónea de “genuine link” en la primera edición — *id.* (1976), 571. Más bien la interpretación correcta con base en los razonamientos de MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 39 que, al parecer, los tomó del profesor alemán Georg Dahm (1904-1963) — *cf.* la actual edición en DAHM, Georg/DELBRÜCK, Jost/WOLFRUM, Rüdiger (1989), *Völkerrecht*, Vol. I/1 (die Grundlagen: die Völkerrechtssubjekte), Berlin/New York: de Gruyter (2a ed.), 321 — se encuentra en MEESSEN (1975), 101 y MEESSEN (1984), 800.

⁵⁰ Cf. MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 26 *et seq.*, con referencia al voto de Sir Fitzmaurice y MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 49 refiriéndose al caso Nottebohm (*supra* nota 45).

⁵¹ En este sentido EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1990), *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, Strasbourg: Council of Europe, 31.

⁵² TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 197.

con los hechos sea tal, que la asignación de la competencia se entienda como justa y razonable.⁵³ Lo relevante, por lo tanto, no es el carácter y alcance inherente a los actos del Estado a que se refiere la pretensión de extender su poder o lo que se atribuye a ellos por parte de sus autores, que son relevantes. Más bien lo que decide sobre la existencia de la competencia del Estado es el contacto legal entre estos actos y el conjunto de los hechos.⁵⁴ Sobre la base de esta especificación del problema, se puede fijar el alcance del margen de discrecionalidad de los Estados en la siguiente regla: un Estado tiene competencia en un asunto, cuando su contacto con un conjunto dado de hechos es tan estrecho, tan sustancial, tan directo e intenso, que su pretensión, respetando lo anterior, está en armonía con el Derecho internacional Público, incluyendo la práctica de los Estados, y los principios de no-intervención y de proporcionalidad.⁵⁵ La principal consecuencia de esta regla es que un interés meramente político, económico, o comercial no hace que éste, en sí mismo, constituya un vínculo auténtico con el Estado.⁵⁶

cc. Intereses estatales

Pese a este enfoque restrictivo, el diseño de la regla puede llevar a confusiones. Como ejemplo podemos tomar los razonamientos del profesor Christian Tomuschat en el Curso general sobre Derecho internacional Público de la Academia de Derecho Internacional de La Haya sobre el caso del “Helms-Burton Act”. El profesor cita este caso para demostrar que los Estados Unidos dan una interpretación extremadamente extensiva a los factores mencionados en el “restatement” que restringen la competencia extraterritorial.⁵⁷ Estos factores señalados por el profesor son aquellos bajo los cuales los Estados Unidos no podrán ejercer su poder sobre una persona o actividad que tenga conexiones con otro Estado cuando el ejercicio de tal

⁵³ MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 44.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 49, BROWNLIE (1998), *op. cit.* nota 4, 313. Sobre los últimos dos principios básicos del Derecho internacional Público *cf.* GREIG, Donald (1994), *Reciprocity, Proportionality, and the Law of Treaties*, en 34 *Virginia Journal of International Law*, 295 *et seq.* como también, en cuanto a la responsabilidad del Estado bajo el Derecho internacional Público, los comentarios al Art. 49 del Código-borrador sobre la responsabilidad del Estado en el tercer informe del relator especial de la International Law Commission [=I.L.C.], reproducido en el documento *Third Report on State responsibility*, en U.N. Documents [=Doc.] A/CN.4/507/Add.3, 18 July 2000, 11 *et seq.* Sobre el principio de no-intervención *cf.* TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 231 *et seq.*

⁵⁶ *Cf.* MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 49.

⁵⁷ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 197 *et seq.* Sobre las reacciones en la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre este tipo de actos extraterritoriales *cf.* la Resolución adoptada contra los votos de Israel y los Estados Unidos con la abstención de todos los Estados miembros de la Unión Europea “Elimination of Coercive Economic Measures as a Means of Political and Economic Compulsion” en U.N. Doc. A/RES/53/10, 3 November 1998, parcialmente reproducido en RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 572 *et seq.*

competencia no es razonable.⁵⁸ Para fundamentar su tesis de que estos factores son demasiado ambiguos⁵⁹ para “domesticar” la expansiva práctica angloamericana,⁶⁰ el profesor cita dos factores.⁶¹ El primero, consiste en que “[...] la existencia de expectativas justificadas debe ser protegida o puede ser violada” y el segundo se refiere a “[...] la *importancia* [del ejercicio del poder soberano en un caso dado] para el sistema internacional político, el de Derecho o económico”.⁶²

Si bien es cierto que la interpretación del “test” sobre la competencia “razonable” y los factores que la conforman llevada a cabo por los tribunales estadounidenses ha sido expansiva, provocando así reacciones diplomáticas por parte de otros Estados,⁶³ los ejemplos dados por el profesor leídos bajo nuestro enfoque restrictivo pueden dotar de contornos legales más precisos a los factores mencionados que no los proporcionados en el juicio del profesor. En primer lugar, hay que señalar que la diferencia principal entre un test sobre la competencia “razonable” en la práctica estadounidense, y aquel de ponderar los hechos legalmente relevantes que aquí se propone, es que el primero requiere -entre otros- un equilibrio de los intereses políticos, económicos y comerciales del Estado y de los otros intereses involucrados, mientras que el último excluye tales consideraciones.⁶⁴ Por lo tanto, mientras que los ejemplos mencionados se refieren a “expectativas” o “importancias”, en la regla que aquí se propone los factores lo son en el Derecho, es decir jurídicos, y no políticos o económicos.⁶⁵ Se encuentran en los principios de Derecho internacional Público anteriormente mencionados, en los Tratados bilaterales y multilaterales y en el Derecho con-

⁵⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *op. cit.* nota 22, § 403 (1). Se trata de la concreción del “test” sobre la competencia “razonable” (“reasonableness”) de que habla el “restatement”, al cual el EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1990), *op. cit.* nota 51, 31 identifica “como una variante del principio de “oportunidad” o de “conveniencia”; sobre esta variante desde la perspectiva de uno de los dos principales “restaters” *cf.* HENKIN (1990), *op. cit.* nota 24, 293 *et seq.* y crítico MASSEY (1997), *op. cit.* nota 20, *passim*.

⁵⁹ Para ser exacto es todo el concepto el que es “ambiguo” — *cf.* RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 517 *et seq.*, 545.

⁶⁰ (...) según la cual los Estados Unidos pueden ejercer su poder estatal sobre conductas realizadas fuera de su territorio siempre que tengan efectos dentro de él — *cf. supra* nota 34.

⁶¹ Tomados del AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *op. cit.* nota 22, § 403 (2) (d) y (e).

⁶² TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 197.

⁶³ *Cf.* MASSEY (1997), *op. cit.* nota 20, 428 *et seq.* — sin hablar de las reacciones en el caso del “Helms-Burton Act”, sobre todo de la Unión Europea — referencias en RIGAUX, François (1999a), *Le Concept de Territorialité – un Fantasme en Quête de Réalité*, en Yakpo, Emile/Boumedra, Tahar, *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague: Kluwer Law International, 211 (214) y TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 200.

⁶⁴ MANN (1985), *op. cit.* nota 6, 28 *et seq.*

⁶⁵ (...) que sólo llevan a una “solution miracle” como lo ha manifestado el relator del “Institut de Droit Internationale” tras la primera revisión de los comentarios sobre la materia — RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 441.

suetudinario. Y sobre la base de los trabajos del sociólogo y jurista Niklas Luhmann (1927-1998) podemos concluir que es sólo en este sistema, es decir en el sistema del Derecho, que las expectativas pueden tener relevancia y importancia a fin de restringir legalmente el ejercicio del poder estatal fuera de los límites territoriales.⁶⁶

En este contexto hay que advertir a los no-iniciados con la teoría de sistemas de Luhmann que, si bien tomamos los trabajos de un sociólogo, sus razonamientos básicos, inclusive sobre el Derecho, no tienen como fundamento la “realidad” (social) sino que parten de la lógica del constructivismo operativo.⁶⁷ Por lo tanto, la base de nuestros razonamientos no tienen nada que ver con “Sociología del Derecho”⁶⁸ o el mal llamado “Derecho real”,⁶⁹ y mucho menos con una lógica “fuzzy”,⁷⁰ sino con lógica constructivista operativa.

Y sobre esta base se puede afirmar que ninguno de los factores que influyen en el marco del diseño del profesor Tomuschat que ilustra la práctica adoptada por los Estados Unidos tiene que ver con la función del concepto de jurisdicción contenido en la definición que se ha propuesto al principio de nuestra exposición. Sin embargo, hay que admitir que nuestra regla no resuelve definitivamente el problema de las competencias concurrentes entre los Estados porque no se fundamenta sobre una pre-

⁶⁶ LUHMANN, Niklas (1987), *Rechtssoziologie*, Opladen: Westdeutscher Verlag (3a ed.) [=] *id.* (1985), *A Sociological Theory of Law*, London et al.: Routledge & Kegan Paul, como principalmente *id.* (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 124 et seq., 407 et seq., 571 et seq.

⁶⁷ *Id.* (1990), *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 510 et seq., *passim*.

⁶⁸ A la cual TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 63 recurre en sus razonamientos sobre la llamada comunidad internacional: en caso contrario, ¿cuál sería la explicación al título dado por el profesor “Derecho internacional como cianotipo de la vida social” sino la del Derecho internacional Público como Derecho de la sociedad? Así, leemos los razonamientos del profesor alemán bajo este título como expresión de la necesidad de que el Derecho internacional Público entre en dialogo interdisciplinario y así implementar un Proyecto a largo plazo para desarrollar el corolario sociológico del concepto “comunidad internacional” que por cierto solo puede ser la “sociedad mundial” — *cf.* LUHMANN, Niklas (1971), *Die Weltgesellschaft*, en 57 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [A.R.S.P.]*, 1 et seq como la crítica de *id.* (1987), *op. cit.* nota 66, 338 et seq; un análisis de los esfuerzos de Max Huber (1874-1960) y Georges Scelle (1878-1961) se encuentra en la tesis doctoral de DIGGELMANN, Oliver (2000), *Anfänge der Völkerrechtssoziologie – Die Völkerrechtskonzeptionen von Max Huber und Georges Scelle im Vergleich*, Zürich: Schulthess.

⁶⁹ Y en particular, tampoco con un “constructivismo interactivo” — *cf.* BRUNNEE, Jutta/TOOPE, Stephen (2000), *International Law and Constructivism – Elements of an Interactional Theory of International Law*, en 39 *Columbia Journal of Transnational Law*, 19 et seq.

⁷⁰ *Cf.* la teoría de opacidad de KOSKO, Bart (1993), *Fuzzy Thinking – the New Science of Fuzzy Logic*, New York: Hyperion y su recepción por PHILIPPS, Lothar (1993), *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic*, en Haft, Fritjof et al., *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: Müller, 265 et seq. como también por PALIERO, Carlo (2000), *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, en Eser, Albin et al., *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, München: Beck, 75 (90 et seq.).

misa de exclusividad. Es posible que los Estados ponderen los hechos legalmente relevantes de un caso concreto y sin embargo, aún y así, puede resultar una competencia concurrente.⁷¹ Nuestro enfoque, más bien, es un esfuerzo dirigido a de poner de relieve el actual desafortunado estado del Derecho internacional Público, donde la crítica del profesor sobre la “ambigüedad” de los “criterios de ponderación” en el “restatement” -sin que él tuviera otros distintos a los del Derecho internacional Público⁷²- nos sirve como caso ilustrativo para exhortar a la doctrina sobre su deber de encontrar una salida operativa a la imprecisión del término “jurisdicción del Estado”.

Una salida para esta situación la hemos esbozado con nuestra definición y con la regla restrictiva sobre el ejercicio del poder discrecional que lleva tanto a un cierre operativo del concepto de jurisdicción en particular, como del sistema de Derecho en general,⁷³ donde los problemas del ejercicio extraterritorial del poder estatal se resuelven exclusivamente bajo el código binario legal/ilegal.⁷⁴ En consecuencia, todos los factores identificados como “políticos”, es decir que no deciden un problema dado con el código legal/ilegal sino a través del código poder/impotencia,⁷⁵ no resuelven el problema en el marco de nuestro concepto, y por lo tanto no pueden legitimar cierto tipo de actos de un Estado que bajo el Derecho internacional Público implican la soberanía de otros. Pero esto no significa que no exista posibilidad de solución para el problema indicado de la competencia concurrente en un caso determinado. Por lo anteriormente dicho, obviamente no compartimos los razonamientos del movimiento académico que aparece a principios de los años cincuenta en plena guerra fría conocido como “escuela de New Haven”.⁷⁶ Este movimiento, muy influyente, diseña el marco del Derecho internacional Público sobre una filosofía -tanto universal como normativamente- deducible de la Justicia humana,⁷⁷ pa-

⁷¹ Este es el punto central del problema emprendido en los debates del Instituto de Derecho Internacional (principio III) — cf. RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 387 y los comentarios, *passim*.

⁷² Cf. TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 198 *et seq.*

⁷³ Cf. LUHMANN (1993), *op. cit.* nota 66, 38 *et seq.*

⁷⁴ *Ibid.*, 66 *et seq.*, 165 *et seq.*

⁷⁵ *Ibid.*, 407 *et seq.*, como, en particular sobre el sistema político, LUHMANN, Niklas (2000), *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 18 *et seq.*, 88 *et seq.* — o “económicos” con el código pagar/no-pagar — *id.* (1988), *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 224 *et seq.*

⁷⁶ Cf. fundamentalmente el trabajo de McDUGAL, Myres (1954), *International Law, Power, and Policy – a Contemporary Conception*, en 82 (1953-I) R.d.C., Leyde: Sijthoff, 137 *et seq.* Sobre este movimiento cf. ESPÓSITO, Carlos (1999), *Soberanía, Derecho, Política en la Sociedad Internacional – Ensayo sobre la Autonomía Relativa del Derecho internacional*, en 34 Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1 (19 *et seq.*).

⁷⁷ Cf. LASWELL, Harold/McDUGAL, Myres/REISMAN, Michael (1981), *Theories about International Law – Prologue to a Configurative Jurisprudence*, en McDougal, Myres/Reisman, Michael, *International Law and Essays – A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, New York: Foundation Press, 43 *et seq.* [=] *id.* (1968), en 8 Virginia Journal of International Law, 188 *et seq.*

ra legitimar a través de un “proceso de decisiones caracterizado tanto por *expectativas* [énfasis nuestro] de autoridad como por el control efectivo”,⁷⁸ de los intereses de los Estados Unidos en el ámbito internacional.⁷⁹

Contrariando este enfoque, lo que proponemos es legitimar la pretensión de un Estado a extender su poder estatal fuera de sus límites territoriales en un caso determinado, basándonos en la función básica del Derecho internacional Público, es decir: estabilizar contra-fácticamente expectativas normativas sobre la base de la mutualidad-reciprocidad⁸⁰ a través de los procedimientos establecidos en el Derecho para llegar a una decisión sobre la diferencia legal/ilegal.⁸¹ Esto, al contrario de lo que hace la esotérica legalista del movimiento “New Haven”, no tiene nada que ver con “expectativas de autoridad”, sino que a falta del sometimiento a un tercero que tiene la competencia de decidir sobre un problema determinado, con el principal factor en la comunicación legal entre los Estados,⁸² el principio de la mutualidad-reciprocidad. Al contrario de lo que normalmente se atribuye al término “relaciones internacionales”,⁸³ este enfoque no supone una mera distinción académico-metodológica,⁸⁴ sino una diferencia operativa que distingue entre la comunicación legal (y sus criterios de

⁷⁸ LASWELL, Harold/McDOUGAL, Myres/REISMAN, Michael (1981a), *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, en McDougal, Myres/Reisman, Michael (*supra* nota 77), 191 (192) [=] *id.* (1969), en Falk, Richard/Black, Cyril, *The Future of the International Legal Order*, Vol. 1 (Trends and Patterns), Princeton: Princeton Press, 74 (75).

⁷⁹ *Cf.* TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 54, en base en al trabajo de Voos, Sandra (2000), *Die Schule von New Haven – Darstellung und Kritik einer amerikanischen Völkerrechtslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, — opina sobre los razonamientos de los autores citados *supra* notas 77 y 78: “Siempre que reglas del Derecho internacional Público fueron destituidas por cualquiera de los tres autores en nombre de un valor superior, era, bastante milagrosamente, la posición de los Estados Unidos la que prevalecía”. En este contexto cabe señalar que el planteamiento de la “Escuela de New Haven” tiene sus raíces en la guerra fría y es compartido —entre otros— por “guerreros fríos” como Henry Kissinger — *cf.* PAECH, Norman/STUBY, Gerhard (2001), *Völkerrecht und Machtpolitik in den internationalen Beziehungen – ein Studienbuch*, Hamburg: VSA-Verlag, 318 *et seq.*

⁸⁰ En este sentido la descripción de IPSEN, Knut (1999), *Die Funktion des Völkerrechts*, en *id.* (*supra* nota 43), 45 sobre la función de la expectativa de mutualidad-reciprocidad bajo el título “política y efectividad del Derecho internacional Público” lo que puede llevar a confusiones.

⁸¹ Sobre la legitimación a través de procedimiento(s) que por cuestiones de espacio no podemos desarrollar aquí *cf.* LUHMANN, Niklas (1997), *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (4a ed.), 9 *et seq.*, *passim*. En este contexto hay que diferenciar entre legitimación a través de procedimiento(s) y de “valores” como término correlativo al término de “democracia” en el sistema político — LUHMANN (2000), *op. cit.* nota 75, 358 *et seq.*

⁸² Sobre la facultad de comunicación colectiva de los Estados *cf. id.* (2000), 226 *et seq.*

⁸³ *Cf.* de forma general FREI, Daniel (1995), *International Relations*, en E.P.I.L., Vol. II, 1359 *et seq.*

⁸⁴ *Cf.* RATNER, Steven/SLAUGHTER, Anne-Marie (1999), *Appraising the Methods of International Law – a Prospectus for Readers*, en 93 A.J.I.L., 291 (298 *et seq.*). Pero hay otras como en el caso de BYERS, Michael (1999), *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge: Cambridge University Press

decisión)⁸⁵ y la de tomar la diferencia de poder/impotencia como fundamento de su comunicación.⁸⁶ Esto tiene como consecuencia que un problema concreto de jurisdicción entre dos Estados será siempre relevante para el código legal/ilegal, mientras que la comunicación para su solución se basa en la mutualidad-reciprocidad.⁸⁷ Consecuentemente, solamente sobre el resultado de este proceso se pueden fundar expectativas relevantes en nuestro concepto de jurisdicción, pero no pueden ser basadas, de modo circular, sobre la comunicación política unilateral de un Estado en un caso particular,⁸⁸ aunque éste esté declarándola como comunicación legal.⁸⁹

c. *Ética en las relaciones internacionales*

Si bien no podemos avanzar más en este terreno por cuestiones de espacio, tenemos que señalar que solamente desde este enfoque se pueden abarcar problemas

y especialmente de KRATOCHWIL, Friedrich (2000), *How do Norms matter?*, en Byers, Michael, *The Role of Law in International Politics*, Oxford: Oxford University Press, 35 *et seq.* como también en la antología bajo la dirección de SIMPSON, Gerry (2001), *The Nature of International Law*, Aldershot: Ashgate.

⁸⁵ Cf. el listado de cuatro criterios en RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 440 *et seq.* y los comentarios, *passim*.

⁸⁶ Obviamente, no compartimos los razonamientos de SIMMA, Bruno/PAULUS, Andreas (1999), *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts – A Positivist View*, en 93 A.J.I.L., 302 (305 *et seq.*) que critican “la teoría” de las relaciones internacionales por aunar (confundir) el análisis de normas con el estudio de la política. Por el contrario, tanto el enfoque de los autores citados *supra* nota 84 como el nuestro examinan expectativas normativas tanto en el proceso político como en el de Derecho (de la sociedad), y sólo con este enfoque se puede examinar a ambos como procesos (de comunicación) relativo-relacionales y relacional-relativos en los medios “poder” y “Derecho” en la diferencia poder/impotencia y legal/ilegal.

⁸⁷ Cf. exactamente en este sentido RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 441. Por eso el principio de la llamada cortesía internacional no es un principio “infra-jurídico” mientras se base en la mutualidad-reciprocidad — así LAUTERPACHT, Hersch (1947), *Allegiance, Diplomatic Protection, and Criminal Jurisdiction over Aliens*, en 9 Cambridge Law Journal, 330 (331); en contra: HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 232 *et seq.*

⁸⁸ Ampliamente sobre un “principio de universalidad unilateral” HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 63 *et seq.*, 123 *et seq.*

⁸⁹ *Ibid.*, 231 *et seq.*, 235. Así RIGAUX (1999a), *op. cit.* nota 63, 221 afirma para el caso de la aplicación de la regla *male captus bene detentus* en el caso del médico mexicano Humberto Alvarez-Machain (*supra* nota 30): “En verdad, el aforismo *male captus* no es nada más que el triunfo del poder sobre el derecho”. En este sentido muy revelador con un concepto weberiano y elitista de Pareto REISMAN, Michael (2000), *Unilateral Action and the World Constitutive Process – the Special Problem of Humanitarian Intervention*, en 11 European Journal of International Law [=E.J.I.L.], 3 (7), *passim*. Otra consecuencia de nuestro enfoque que admitimos, sería “revolucionaria” para el Derecho internacional Público, es que se acabaría con la inconsistencia de crear a la larga normas de derecho consuetudinario a través de actos unilaterales — cf. el ejemplo de la Declaración de Truman en BYERS (1999), *op. cit.* nota 84, 91 *et seq.* Para ilustrar esta inconsistencia citamos a DUPUY, Pierre-Marie (2000), *The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law*, en 11 E.J.I.L., 19 (20) que subraya: “Sobre su naturaleza formal-legal no puede ponerse en duda”.

más allá de nuestro interés específico -en particular, el problema de la ética en las relaciones internacionales-, dejando de lado los problemas que van más allá de nuestra área de interés sobre los diferentes conceptos de legitimación.⁹⁰

De lo anterior resulta que no compartimos los razonamientos sobre “[...] ciertos principios universales y bien reconocidos, a saber: consideraciones elementales de la humanidad”⁹¹ y “[...] principios reconocidos por las naciones civilizadas que obligan a todos los Estados”⁹² como marco de decisión en el Derecho internacional Público -es decir, la idea derivada de estos razonamientos de la Corte de Justicia Internacional que diferencia entre lo bueno y lo malo para decidir una situación determinada en el Derecho. Y esto es así porque bajo nuestro concepto, la moral no se presenta como código de decisión dentro del sistema del Derecho moderno, y en particular en el Derecho internacional Público,⁹³ aunque hay que admitir que en el Derecho cristalizan expectativas sobre lo bueno y lo malo. Es exactamente en este punto donde compartimos los razonamientos del positivismo “moderno”.⁹⁴ Y puesto que en el positivismo “positivo” del profesor Tomuschat⁹⁵ se afirma que la propia Carta de las Naciones Unidas es como *ius positum* -en el cual estos “valores” se han cristalizado⁹⁶- el fundamento de cualquier construcción de expectativas normativas en el Derecho internacional Público, también ratificamos este positivismo.

Por lo tanto, no existe ninguna necesidad de basarse en la diferencia entre lo bueno y lo malo para decidir problemas en el Derecho. Consecuentemente, lo que no com-

⁹⁰ Los trabajos más interesantes sobre la función amplia del término, aunque no compartimos su base de argumental (cf. la referencia *supra* en la nota 81), se encuentran en FRANCK, Thomas (1988), *Legitimacy in the International System*, en 82 A.J.I.L., 705 *et seq.* como *id.* (1990), *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York *et al.*: Oxford University Press.

⁹¹ I.C.J. REPORTS 1949, “Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)”, Merits, Judgment, 9 April 1949, 4 (22); I.C.J. REPORTS 1986, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)”, Merits, Judgment 27 June 1986, 14 (114).

⁹² I.C.J. REPORTS 1951, “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, Advisory Opinion, 28 May 1951, 15 (23). Otras referencias a la jurisprudencia de la Corte de tono moral se encuentran en KLABBERS, Jan (1999), *The Scope of International Law: erga omnes Obligations and the Turn to Morality*, en Tupamäki, Matti, liber amicorum Bengt Broms, Celebrating his 70th Birthday 16 October 1999, Helsinki: Finish Branch of the International Law Association, 149 (174).

⁹³ Pero cf. KLABBERS (1999), *op. cit.* nota 92, 177 *et seq.*

⁹⁴ SIMMA/PAULUS (1999), *op. cit.* nota 86, 303 *et seq.* Sobre el positivismo y el relacionado problema de los fundamentos del Derecho internacional Público cf. ampliamente AGO, Roberto (1957), *Science Juridique et Droit International*, en 90 (1956-II) R.d.C., Leyde: Sijthoff, 850 (873 *et seq.*), *passim* como también la breve introducción de ESPÓSITO (1999), *op. cit.* nota 76, 10 *et seq.* Una breve exposición de las críticas contemporáneas frente al positivismo en el Derecho internacional Público se encuentra en WEILER, Joseph/PAULUS, Andreas (1997), *The Structure of Change in International Law or is there a Hierarchy of Norms in International Law*, en 8 E.J.I.L., 545 (549 *et seq.*).

⁹⁵ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 28 *et seq.*

⁹⁶ *Ibid.*, 355 *et seq.*

partimos son los razonamientos del positivismo “positivo” que bajo la influencia del auto-llamado movimiento académico “nuevo proceso legal internacional” y su objetivo de realizar “valores”⁹⁷ se convierte en un positivismo “bueno” al recurrir en situaciones de “extrema gravedad” a principios morales que “[...] puedan convertirse en Derecho positivo si este Derecho no dispone nada sobre los instrumentos necesarios para tratar con la situación dada”.⁹⁸ Un sistema de Derecho deja de ser un sistema coherente, y por consiguiente aceptable, para basarse en expectativas estables sobre ello cuando resuelve un problema dado mediante una otra modalidad que no sea aquella que él reclama como exclusiva para sus decisiones, es decir legal/ilegal- y no bueno/malo. Y es exactamente en este momento que el sistema empieza a cavar su propia tumba donde, por supuesto, los “valores” se entierran también más temprano que tarde.

En este contexto -a saber: consideraciones elementales de la humanidad- merece la pena señalar que no compartimos los razonamientos de Niklas Luhmann⁹⁹ sobre la función de la “colère public” reflejada primero por el sociólogo Emile Durkheim (1858-1917), que supone que las normas (en el sistema de Derecho) adquieren validez a través de la cólera publica¹⁰⁰ -o más modernamente: del “efecto CNN”. Más bien, las diversas expectativas inestables sobre la diferencia entre lo bueno y lo malo se encuentran inmersas en la comunicación política, es decir en la diferencia poder/impotencia en la cual -entre otros- las organizaciones no-gubernamentales tienen cada vez más relevancia debido a su función de alarmar a la atención pública.¹⁰¹ Dado que se trata de expectativas que en lo esencial se han abstraído en decisiones políticas bajo la presión de la cólera publica crecientemente iniciada por las organizaciones no-gubernamentales, estas expectativas solamente podrán estabilizarse cuando posteriormente los Estados las tomen como fundamento de su comunicación en la diferencia legal/ilegal.¹⁰²

⁹⁷ Cf. O’CONNELL, Mary (1999), *New International Legal Process*, en 93 A.J.I.L., 334 (349) y TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 28 nota 4.

⁹⁸ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 356, refiriéndose a la cláusula Martens como ejemplo histórico y a los votos disidentes de los Jueces Shahabuddeen y Weeramantry en la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en I.C.J. REPORTS 1996, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, Advisory Opinion, 8 July 1996, 226/375 (408) y 226/429 (493).

⁹⁹ LUHMANN (1993), *op. cit.* nota 66, 581, como más específicamente *id.* (1999), *Ethik in internationalen Beziehungen*, en 50 Soziale Welt, 247 (251).

¹⁰⁰ DURKHEIM, Emile (1973), *De la Division du Travail Social*, Paris: Presses Université de France (9a ed.), 35 *et seq.*

¹⁰¹ LUHMANN (2000), *op. cit.* nota 75, 315 *et seq.* como también ESPÓSITO (1999), *op. cit.* nota 76, 55. Para un breve análisis cf. ABBOTT, Kenneth (1999), *International Relations Theory, International Law, and the Regime governing Atrocities in Internal Conflicts*, en 93 A.J.I.L., 361 (372 *et seq.*).

¹⁰² Compartiendo este resultado, aún sin nuestro enfoque, SCHWARZENBERGER, Georg (1951), *International Law – as applied by International Courts and Tribunals*, London: Stevens, 52 y SIMMA-PAULUS (1999), *op. cit.* nota 86, 316, citando la Corte de Justicia Internacional en I.C.J. REPORTS 1966, “South West Africa, Second Phase (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)”, Judgment, 18 July 1966, 6 (34): “una expresión suficiente en forma legal”.

Sobre este fondo, nuestros razonamientos son completamente compatibles con el concepto de normas imperativas de Derecho internacional Público llamado “*ius cogens*”, adoptado en el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰³ -y *argumentum a maiore ad minus* con el de obligaciones *erga omnes*¹⁰⁴- porque este concepto se basa en una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.¹⁰⁵ Dado que la Corte de Justicia Internacional jamás se ha pronunciado sobre el contenido del concepto “*ius cogens*”¹⁰⁶ -y tampoco sobre el de obligaciones *erga omnes*¹⁰⁷- todo lo demás es pura especulación y puede llevar a confusiones, es decir, puede servir tanto a un interés noble como a intereses que bajo la retórica de la “Justicia humana” se manifiestan como caballo de Troya de intereses que en el peor de los casos, los adeptos del discurso moral ciertamente identificarían como “malos”.

En realidad hay un montón de intereses, como hemos demostrado en el caso de la “escuela de New Haven”. El único interés que compartimos en este contexto es el del profesor Tomuschat, que es uno de los adeptos a la idea sobre el Derecho internacional Público como Constitución de la comunidad internacional,¹⁰⁸ a saber: que “[e]l reconocimiento de una categoría distinta de reglas proporciona la prueba más tangible de la existencia de una comunidad internacional fundamentada en premisas axiomáticas distintas a la soberanía del Estado”.¹⁰⁹ Estas premisas son completamente compatibles con nuestro enfoque, mientras tengan como fundamento el reconocimiento y la aceptación de una norma por los Estados en su conjunto como (mandato) imperativ(o) que no admite acuerdo en contrario, y como consecuencia,

¹⁰³ 1115 United Nations Treaty Series [= U.N.T.S.], No. I-18.232, 331 (344): “Es nulo todo Tratado que, en el momento de su celebración [se oponga a] una norma imperativa de Derecho internacional general. [A] los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto [énfasis nuestro] como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

¹⁰⁴ Sobre la relación de ambos conceptos cf. AGO, Roberto (1989), *Obligations erga omnes and the International Community*, en Weiler, Joseph, *International Crimes of State – a Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin *et al.*: de Gruyter, 237.

¹⁰⁵ (...) mismo que ésta esté obligándolos sin cualquier obligación convencional — I.C.J. REPORTS 1951, *op. cit.* nota 92, 23 *et seq.*

¹⁰⁶ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 81 *et seq.*; referencias en HOOGH, André de (1996), *Obligations erga omnes and International Crimes – a Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, The Hague *et al.*: Kluwer Law International, 47 nota 213.

¹⁰⁷ TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 83.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 72 *et seq.*, *passim*.

¹⁰⁹ TOMUSCHAT (1994), *op. cit.* nota 10, 307 como también 222 *et seq.* Para completar estos razonamientos cabe subrayar que la función del concepto de *ius cogens* es establecer una jerarquía de normas en el Derecho internacional Público.

“[...] sólo puede ser modificada por una norma ulterior del Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”,¹¹⁰ es decir, que sea aceptada y reconocida por todos los Estados en su conjunto.¹¹¹

Esta discusión sobre el “*ius cogens*” nos sirve para entrar seguidamente en el análisis del segundo término del título de esta exposición, que todavía debe ser aclarado, relativo a la jurisdicción “universal” del Estado en materia penal.

B. La jurisdicción “universal” en materia penal

En el área de nuestro interés, el área “clásica” del Derecho Penal, desde hace mucho tiempo se ha desarrollado un conjunto de reglas de jurisdicción relativamente estables sobre la competencia entre los Estados en materia penal.¹¹² Como punto de partida citaremos nuevamente el caso “Lotus” del año 1927, en el que se observó: “[s]i 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 [Público] y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”.¹¹³

I. Nexos no-“universales”

De esta manera, de acuerdo con nuestra regla relativa a la jurisdicción del Estado deben existir otros factores que provean al Estado de un contacto suficientemente relevante en términos legales con un hecho ilícito y, por consiguiente, de la competencia sobre hechos perpetrados fuera del territorio respectivo. Estas reglas se pueden categorizar bajo tres principios que determinan la competencia del Estado: El de nacionalidad, protección y personalidad pasiva.¹¹⁴

¹¹⁰ Así expresamente el Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*supra* nota 103).

¹¹¹ Es por eso que no compartimos los razonamientos de KLABBERS (1999), *op. cit.* nota 92, 177 *et seq.* que da a la moral una función en el Derecho internacional Público de forma que no haya una necesidad de consenso para un problema dado, es decir: que la norma sea aceptada y reconocida por los Estados en su conjunto.

¹¹² *Cf.* de forma general HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 443 *et seq.*

¹¹³ P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 20.

¹¹⁴ Ampliamente sobre estos principios MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 82 *et seq.*, BROWNLE (1998), *op. cit.* nota 4, 303 *et seq.* y, desde la perspectiva de uno de los dos principales “restaters” HENKIN (1990), *op. cit.* nota 24, 281 *et seq.*

1. *Principio de nacionalidad*

Para complementar el principio de territorialidad¹¹⁵ ya desde hace siglos se impulsó el establecimiento del denominado principio de nacionalidad, también llamado principio de personalidad activa,¹¹⁶ el cual permite al Estado ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales donde quiera que estos se encuentren, es decir, aun en el caso de que éstos hubieran perpetrado hechos ilícitos fuera de su territorio, incluso en el territorio de otro Estado.¹¹⁷ Si bien la aplicación de los principios de territorialidad y nacionalidad puede suscitar conflictos,¹¹⁸ su coexistencia operativa, es decir, a la hora de determinar la competencia para dictar sentencia,¹¹⁹ responde a la pretensión de evitar la impunidad de quienes, tras delinquir en el extranjero, intentan escapar del lugar de la comisión del delito, refugiándose en el Estado de su nacionalidad, al amparo de la norma de excepción que no permite la extradición de los propios ciudadanos nacionales.¹²⁰

2. *Principio de protección*

El segundo principio a mencionarse es el principio de protección, principio que cuenta de igual manera con una larga existencia,¹²¹ y que permite al Estado castigar los hechos perpetrados fuera de sus límites territoriales, con independencia de la nacionalidad de su autor, siempre que estos lesionen sus intereses o afecten a la seguridad del Estado o al ejercicio de las prerrogativas del poder público.¹²² Su coe-

¹¹⁵ RIGAUX (1999), *op. cit.* nota 6, 524 *et seq.*

¹¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich (1993), *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Granada: Comares (4a ed.), 151 *et seq.*

¹¹⁷ Las explicaciones sobre la implementación universal de este principio desde hace mucho tiempo han sido varias. Así, desde la perspectiva del “Harvard Research” en 1935, este principio es el resultado del principio que el tratamiento del Estado hacia sus nacionales normalmente no es una cuestión que incumba a otros Estados o que sea de Derecho internacional Público — HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 519. Más allá de la concepción del Estado, el profesor Jescheck opina que este principio se basa en la vieja concepción jurídica de que el estatuto jurídico de la persona se determina por su pertenencia a una tribu y se conserva permanentemente (“*leges ossibus inhaerent*”) — JESCHECK (1993), *op. cit.* nota 116, 151.

¹¹⁸ Especialmente con relación al principio *ne bis in idem* — *cf.* MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 90 *et seq.*

¹¹⁹ *Cf. supra* nota 51.

¹²⁰ *Cf.* como exponente de esta excepción a la extradición el Art. 6 párr. 1 inc. a) Convenio Europeo de Extradición de París de 13 de diciembre de 1957 — European Treaty Series [=E.T.S.], No. 24 — que establece la facultad de toda parte contratante de denegar la extradición de sus nacionales.

¹²¹ DONNEDIEU DE VABRES, Henri (1928), *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*, Paris: Sirey, 86.

¹²² *Cf.* el estudio detallado de CAMERON, Iain (1994), *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, Aldershot *et al.*: Dartmoth.

xistencia operativa con el principio de territorialidad responde a la necesidad de conceder competencia a un Estado en el caso de que vea amenazado intereses fundamentales, y que otro Estado, en cuyo territorio son perpetradas tales ofensas, no tome las medidas adecuadas.¹²³ Este tiene una explicación simple: El Estado A en realidad no puede esperar que el Estado B proteja sus intereses fundamentales o bien que los proteja en el grado que A considera necesario o desearía.¹²⁴

3. *Principio de personalidad pasiva*

Finalmente, el tercer principio faculta al Estado para perseguir los hechos perpetrados por no-nacionales fuera de su territorio cuando las víctimas de tales hechos sean sus ciudadanos nacionales. De la aplicación de este principio nació la controversia entre Francia y Turquía en el caso Lotus,¹²⁵ pero no resolvió la esencia del proceso toda vez que, según el parecer de la Corte Permanente de Justicia Internacional el fundamento de la competencia de Turquía sobre el caso estaba en el principio de territorialidad.¹²⁶ Así quedó sin resolverse el debate que el estudio del “Harvard Research in International Law” en 1935 describió de la siguiente manera: “La jurisdicción afirmada en el principio de la personalidad pasiva *sin calificaciones* [énfasis nuestro] se ha disputado más fuertemente que cualquier otro tipo de competencia”.¹²⁷ Esta controversia se encuentra hoy en el “restatement” que no reconoce este principio de forma general en crímenes ordinarios, sino más bien en casos específicos, tales como ataques organizados contra ciudadanos estadounidenses por causa de su nacionalidad, casos de terrorismo,¹²⁸ de combate a las drogas y de hechos per-

¹²³ HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 552.

¹²⁴ CAMERON (1994), *op. cit.* nota 122, 31 — lo que obviamente también contiene un gran potencial de conflictividad (*ibid.*, 14 *et seq.*).

¹²⁵ *Cf. supra* nota 36.

¹²⁶ P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 23 *et seq.*, 24 *et seq.* Este resultado es puesto en duda por muchos autores — *cf.* MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 93. El meollo de la controversia hoy se encuentra regulado en el Art. 11 de la Convención de Ginebra sobre el *alta mar* de 1958 — *cf.* 450 U.N.T.S., No. 6465, 82 (88) —, según el cual la competencia del Estado depende del pabellón del buque o de la nacionalidad de la persona a la cual se pretende perseguir sin que los razonamientos de 1927 por lo menos en 1964 hayan quedado obsoletos — equivocado: MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 93 — por qué hasta el día de hoy solamente 61 Estados han ratificado la Convención de Ginebra, sin la participación de Estados tan importantes en la materia como es el caso de Liberia — sin embargo *cf.* Art. 27 Convención sobre el Mar en 1833 U.N.T.S., No. I-31.363, 396 (407), la cual 131 Estados han ratificado sin la participación de Liberia.

¹²⁷ HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 579.

¹²⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE (1987), *op. cit.* nota 22, § 402, comentario (g) y nota del relator (3) como también UNITED STATES CODE ANNOTATED [=U.S.C.A.] (2001), Title 18 (crimes and criminal procedure), § 1959 y la jurisprudencia en “Matter of Extradition of Demjanuk” (15 April 1985), en 612 FEDERAL SUPPLEMENT [=612 F.Supp.], 544 (558 *et seq.*); “U.S. v. Yunis” (29 January 1991), en 924 FEDERAL REPORTER, 2d series [=924 F.2d], 1086 (1091); “U.S. v. Vasquez-Velasco” (25 January

petrados en buques no-nacionales en alta mar.¹²⁹ Es más, un análisis de los Estados miembros de la Unión Europea, más allá del Common Law practicado en Gran Bretaña¹³⁰ e Irlanda, demuestra que a excepción de Alemania¹³¹ y Finlandia,¹³² que aplican un concepto amplio y de Francia,¹³³ Italia,¹³⁴ Bélgica,¹³⁵ Portugal¹³⁶ y Grecia¹³⁷ que

1994), en 15 F.3d, 833 (839 *et seq.*); “U.S. v. Rezaq” (6 February 1998), en 134 F.3d, 1121 (1122, 1133) “Rezaq v. U.S.” (5 October 1998) certiorari denied [=cert. denied], en 525 U.S. REPORTS [=525 U.S.], 834. Sobre la práctica de los Estados Unidos en los casos de terrorismo hasta 1990 *cf.* de forma general MCCARTHY, John (1990), *The Passive Personality Principle and its Use in Combatting International Terrorism*, en 13 Fordham International Law Journal, 298 *et seq.* como también DRAKE, Mason (1993), *United States v. Yunis – the D.C. Circuit’s Dubious Approval of U.S. Long-arm Jurisdiction over Extraterritorial Crimes*, en 87 Northwestern University Law Review, 697 *et seq.*

¹²⁹ Así en un caso de 1984 que trataba de la muerte de agentes de la DEA en Colombia, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Florida concluyó que la competencia de enjuiciar a colombianos que habían disparado a los agentes era apropiada, tanto al principio de protección, como también al principio de personalidad pasiva — “U.S. v. Benitez”, (17 September 1984) en 741 F.2d, 1312 (1317). Y en un caso de 1998 el Tribunal Federal de primera instancia de Louisiana decidió que la persecución en los Estados Unidos de un empleado de un crucero bajo pabellón de Liberia que abusó sexualmente de un menor de nacionalidad americana mientras la nave estaba en el *alta mar* era un ejercicio ajustado a la competencia de personalidad pasiva — “U.S. v. Roberts”, (6 April 1998)”, en 1 F.Supp.2d, 601 (607). Sobre la práctica en los Estados Unidos hasta 1993 *cf.* WATSON, Geoffrey (1993), *The Passive Personality Principle*, en 28 Texas International Law Journal, 1 (30 *et seq.*).

¹³⁰ Así expresamente para el caso de homicidio, el Lord Bingham en el Auto del 28 de octubre de 1998 de la Sala “Queens Bench Division” del Tribunal Superior de Justicia en el caso “in re Augusto Pinochet Ugarte”, reproducido en 38 International Legal Materials [=I.L.M.], 68 (77).

¹³¹ § 7 párr. 1 del Código Penal [=Strafgesetzbuch]; *cf.* el estudio crítico de HENRICH, Andreas (1994), *Das passive Personalitätsprinzip*, Freiburg im Breisgau: iuscrim, *passim*.

¹³² Capítulo 1, §§ 5, 11 inciso 1 del Código Penal [=Rikoslain].

¹³³ Art. 113-7 Código Penal [=Code Pénale], aún con referencia expresa al principio *ne bis in idem* en el Art. 113 Code Pénale; *cf.* DESPORTES, Frédéric/LE GUNEHEC, Francis (2000), *Le Nouveau Droit Pénale*, Vol. 1 (Droit Pénale Général), Paris: Economica (7a ed.), 330 *et seq.*

¹³⁴ Restringido a “delitos políticos” Art. 8 Código Penal [=Codice Penale]; para un análisis *cf.* el comentario de MANZIONE, Domenico (1997), en Padovani, Tullio, *Codice Penale*, Milano: Giuffrè, 49 *et seq.*, como también la sentencia *in absentia* de la segunda Sala del Tribunal de jurados de Roma del 6 de diciembre de 2000 [=II Corte di assise di Roma (n. 3402/92 R.G.N.R. - 1402/93 R.G.G.I.P.)] sobre la muerte de ciudadanos italianos durante la dictadura militar en Argentina, reproducido en: <www.derechos.org/nizkor/italia/sent.html> (último acceso: 07.12.01).

¹³⁵ Art. 10 párr. 5 Código de Instrucción Criminal según el cual el Estado de Bélgica es competente cuando el hecho perpetrado tenga una pena mínima de cinco años.

¹³⁶ Art. 5 párr. 1 inc. c) y Art. 6 párr. 1 Código Penal Portugués, bajo la condición *ne bis in idem* y solamente cuando el autor se encontrara en el territorio del Estado de Portugal, el hecho constituyera un crimen que admita la extradición y ésta no pudiera ser concedida.

¹³⁷ Art. 7 párr. 1 Código Penal [=Poinikos Kodikas] con relación a crímenes y Art. 7 párr. 2 y Art. 6 párr. 3 Poinikos Kodikas con relación a faltas bajo la condición de una querrela penal y ambos según Art. 9 Poinikos Kodikas bajo la condición del *ne bis in idem* (párr. 1 inc. a), la no-prescripción en el lugar del hecho y que este hecho no haya sido indultado (párr. 1 inc. b).

siguen uno más restringido, los demás Estados miembros de la Unión Europea¹³⁸ no han incorporado el principio de personalidad pasiva a su legislación.

De las diferentes nociones del principio de personalidad pasiva, se desprende que éste continua siendo la fuente de controversias que en el mejor de los casos se encuentren resueltas en Tratados internacionales sobre materias específicas, como es el caso de la tortura¹³⁹ y, especialmente, de ciertos actos de terrorismo internacional,¹⁴⁰

¹³⁸ Austria: Cf. el listado en los Art. 64 y Art. 65 Código Penal [=Strafgesetzbuch] sin que se mencione el principio de personalidad pasiva.

España: Cf. el listado en el Art. 23 Ley Orgánica del Poder Judicial sin que se mencione el principio de personalidad pasiva.

Luxemburgo: Así expresamente el Art. 4 Código Penal [=Code pénal] sin más referencia.

Países Bajos: Cf. el listado en el Art. 4 Código Penal [=Wetboek van Strafrecht] sin que se mencione el principio de personalidad pasiva.

Dinamarca: Capítulo 2, § 8 No. 3 Código Penal [=Straffeloven], según el cual el Estado de Dinamarca solamente es competente cuando el hecho se haya perpetrado en un territorio que no pertenezca a ningún Estado.

Suecia: Capítulo 2, § 3 número 6, 8 del Código Criminal [=Brottsbalken], según el cual el Estado de Suecia solamente es competente cuando el hecho bajo pena de no menos de cuatro años se haya perpetrado en un territorio que no pertenezca a un Estado; cf. el comentario en HOLMQUIST, Lena *et al.* (2001: enero), *Brottsbalken – en Kommentar*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2 kap, § 2, nota 32.

Noruega: Cf. el listado en el Capítulo 1, § 12 del Código Penal [=Almindelig borgerlig Straffeloven] y CAMERON (1994), *op. cit.* nota 122, 180 *et seq.*, como en particular el comentario en el Norges Offentlige Utredninger [=NOU] (1984), Oslo: Universitetsforlaget, 44 *et seq.*, excluyendo expresamente el “ukvalifiserte realprinsipp”.

¹³⁹ Hasta ahora 127 Estados Parte de la Convención contra la Tortura convinieron en el Art. 5 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: “(1) Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: [...] (c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado” — cf. 1465 U.N.T.S., No. I-24.841, 112 (114). El único Estado que redactó una declaración sobre esta norma fue Austria: “(1) Austria establecerá su jurisdicción de acuerdo con el Artículo 5 de la Convención independiente de las leyes que se aplican en el lugar donde el hecho fue perpetrado, pero con respecto al párr. 1 inc. c), sólo en caso de que no se pueda esperar la persecución por un Estado que tiene jurisdicción según el párr. 1 inc. a) o b)”.

¹⁴⁰ Hasta ahora 45 Estados Parte convinieron en el Art. 6 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas: “(2) Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto a cualquiera de tales delitos cuando: (a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado” — cf. U.N. Doc. A/RES/52/164, 9 January 1998, 5. Cf. también el Art. 5 párr. 1 inc. d) Convención Internacional contra la Toma de Rehenes con 102 Estados Parte, en 1316 U.N.T.S., No. I-21.931, 205 (207), como el Art. 3 párr. 1 inc. c) Convención para la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive Agentes Diplomáticos con 112 Estados Parte, en 1035 U.N.T.S., No. I-15.410, 167 (169) y el Art. 7 párr. 2 inc. a) Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, en U.N. Doc. A/RES/54/109, 25 February 2000, 5. Cf. también últimamente el Art. 9 párr. 2 inc. a) del Proyecto de un Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, reproducido en el documento *Measures to Eliminate International Terrorism – Report of the Working Group*, en U.N. Doc. A/C.6/53/L.4, 22 October 1998,

así como de otros actos relacionados con el transporte aéreo¹⁴¹ y marítimo.¹⁴² Ahora bien la búsqueda de la regla que provee el Estado con la competencia de dictar una sentencia cambia cuando éste pretende extender su poder sobre hechos perpetrados por no-nacionales en contra de no-nacionales fuera de sus límites territoriales.¹⁴³

II. Principio de “universalidad”

Posiblemente una de las primeras referencias generales a la competencia para ampliar el ejercicio del poder soberano fuera de sus límites territoriales sobre hechos ilícitos se encuentra en el estudio del jurista holandés Hugo Grotius (1583-1645), quien ante el predominio del *ius naturale*¹⁴⁴ en la Edad Media formuló en el año 1625: Debe también reconocerse que los reyes, y cualquier otro con derechos similares a éstos, pueden exigir que un castigo sea impuesto no sólo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también en contra de todos los males que no se dirijan específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona, al Derecho natural o al Derecho de las Naciones.¹⁴⁵

8 y el texto revisado del Art. 6 párr. 2 inc. b) y c) del Proyecto de una Convención General sobre el Terrorismo Internacional (sin que Estado alguno se hubiera opuesto hasta ahora a su redacción), reproducido en el documento *Measures to Eliminate International Terrorism – Report of the Working Group*, U.N. Doc. A/C.6/55/L.2, 19 October 2000, 6, 12. Un análisis crítico sobre los esfuerzos por llegar a un consenso entre los Estados sobre el fenómeno del terrorismo en el Derecho internacional Público se encuentra en DUGARD, John (1999), *Terrorism and International Law – Consensus at Last?* en Yakpo, Emile/Boumedra, Tahar, *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague: Kluwer Law International, 159 *et seq.*

¹⁴¹ 172 Estados Parte del Convenio sobre Infracciones y otros Actos cometidos a Bordo de Aeronaves reconocen expresamente en el Art. 4: “El Estado contratante que no sea el de la matrícula no podrá perturbar el vuelo de una aeronave a fin de ejercer su jurisdicción penal sobre una infracción cometida a bordo más que en los casos siguientes: [...] (b) la infracción ha sido cometida por o contra un nacional de tal Estado o una persona que tenga su residencia permanente en el mismo” — 704 U.N.T.S., No. I-10.106, 219 (222).

¹⁴² Cf. Art. 6 párr. 2 inc. b) Convenio para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima con 57 Estados Parte, en 1678 U.N.T.S., No. I-29.004, 222 (226) y Art. 3 párr. 2 inc. b) Protocolo para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de Plataformas Fijas localizadas en la Plataforma Continental con 51 Estados Parte, en 1678 U.N.T.S., No. I-29.041, 304 (306).

¹⁴³ (...) y esta pretensión no se encuentra legitimada por el principio de protección.

¹⁴⁴ Sobre el iusnaturalismo en el Derecho internacional Público cf. AGO (1957), *op. cit.* nota 94, 861 *et seq.*, como también la breve introducción por ESPÓSITO (1999), *op. cit.* nota 76, 5 *et seq.*

¹⁴⁵ Texto original: *sciendum quoque est reges, et qui par regibus jus obtinent, jus habere poenas poscendi non tantum ob injurias in se aut subditos suos commissas, sed et ob eas quae ipsos peculiariter non tangunt, sed in quibusvis personis jus naturae aut gentium immaniter violant* — GROTIUS, Hugo (1625), *de iure belli ac pacis, libri tres – in quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur*, Leyde: Sijthoff (reimpresión de la primera edición comparativa de 1919 con las ediciones de 1632, 1642, 1646, bajo la dirección de P.C. Molhuysen), 394. Cf. sobre la evolución de esta idea el trabajo del Juez de la Corte de Justicia Internacional GUILLAUME, Gilbert (1992), *La Com-*

1. *Intereses idénticos de los Estados*

En sus orígenes, el ejercicio de esta competencia se fundamentó en normas consuetudinarias de Derecho internacional Público, que permitían la persecución de actos de piratería cometidos en alta mar, es decir, en espacios sustraídos al ejercicio de la soberanía de los Estados.¹⁴⁶ Así, la Corte Permanente de Justicia en el caso *Lotus* observó “a la vista de que es en el alta mar, [donde se cometió el hecho ilícito y que] sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, se niega [al pirata] la protección del pabellón [...], y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad -*hostis humani generis*- a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar”.¹⁴⁷ Ahora bien, el declarar al pirata como “enemigo de toda la humanidad”, puede generar confusiones. Mientras que unos le dan, siguiendo la tradición medieval, una noción de moral, como en el caso *Eichmann*,¹⁴⁸ otros, basándose en la jurisprudencia del Juez angloamericano Joseph Story (1779–1845),¹⁴⁹ ven en el concepto del *hostis humani generis* un término funcional. Y es en el último sentido que la competencia del Estado no se debe a que el pirata violaba una norma moral sino a que “[...] se comporta de manera hostil atentando contra los asuntos y el patrimonio de [...] todas las naciones, sin que ninguna tenga derecho u obligación [...] alguna de ejercer su autoridad pública [sobre estos], [razón por la cual] el Derecho [trata este comportamiento] como un acto de piratería, y al [pirata] enfáticamente [como] *hostis humani generis*”.¹⁵⁰

Por lo tanto, del análisis semántico y funcional del *hostis humani generis* se desprende la conclusión de que la razón por la cual todos los Estados son competentes es la seguridad del alta mar y no la violación de una norma moral,¹⁵¹ hecho que se encuentra igualmente fundamentado en la jurisprudencia en el caso *Lotus*. Es decir, en principio, el ejercicio de la competencia está basado en el lugar de comi-

pétence Universelle – Formes Anciennes et Nouvelles, en *Gazette du Palais, Mélanges offerts à Georges Levasseur – Droit Pénale, Droit Européen*, Paris: Litec, 23 *et seq.*

¹⁴⁶ GUILLAUME (1992), *op. cit.* nota 145, 31. *Cf.* la exposición amplia sobre el tema de RANDALL (1988), *op. cit.* nota 1, 791 *et seq.* con referencias sobre el Derecho consuetudinario y Tratados internacionales. Muchas exposiciones también se refieren al caso del tráfico de esclavos — *cf.* RANDALL (1988), 798 *et seq.* —, pero esto está todavía hoy en disputa como por GUILLAUME (1992), *op. cit.* nota 145, 32.

¹⁴⁷ P.C.I.J. (1927), *op. cit.* nota 9, 70.

¹⁴⁸ La Corte Suprema de Israel concluyó en el caso “Attorney General of Israel v. Eichmann” que tales crímenes “[...] violaban los valores morales universales y los principios humanitarios que están en la base de las leyes penales adoptadas por las naciones civilizadas” — reproducido en *Eichmann Case*, 36 *International Law Reports* [=I.L.R.], 277 (291 *et seq.*).

¹⁴⁹ (...) que fue uno de los adeptos a la doctrina rígida de la territorialidad del siglo XIX — *cf. supra* nota 34 y MANN (1964), *op. cit.* nota 6, 28 *et seq.*

¹⁵⁰ “The *Malek Adhel*” (1844), en 43 U.S., 210 (232)

¹⁵¹ En este sentido también RANDALL (1988), *op. cit.* nota 1, 794 *et seq.*

sión más que en la naturaleza o gravedad del hecho. Y es en este sentido que se trata de garantizar la protección de intereses que son comunes en tanto que su violación afecta y lesiona a todos y cada uno de los Estados, ya que los mismos representan -en las palabras de la profesora francesa Brigitte Stern- “una suma de los intereses idénticos y propios de los Estados”.¹⁵² Como consecuencia, a la larga se celebraron varias Conferencias de Estados, donde se reconoció ampliamente en Tratados internacionales la competencia de cada Estado para extender su poder fuera de sus límites territoriales: ciertos casos de terrorismo internacional,¹⁵³ casos relacionados con materia nuclear,¹⁵⁴ la toma de rehenes,¹⁵⁵ personas internacionalmente protegidas,¹⁵⁶ aviación¹⁵⁷ y transporte marítimo,¹⁵⁸ entre otros.¹⁵⁹

¹⁵² STERN, Brigitte (1999), *A propos de la Compétence Universelle ...*, en Yakpo, Emile/Boumedra, Tahar, *liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague: Kluwer Law International, 735 (736).

¹⁵³ Art. 6 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas (*supra* nota 140): “4. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Parte que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 o 2”. *Cf.* también el texto revisado del Art. 6 párr. 3 y 4 del Proyecto de una Convención General sobre el Terrorismo Internacional (*supra* nota 140) sin que Estado alguno se hubiera opuesto hasta ahora a esta redacción.

¹⁵⁴ *Cf.* Art. 8 párr. 2 Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares con 69 Estados Parte, en 1456 U.N.T.S., No. I-24.631, 124 (128). *Cf.* también Art. 9 párr. 4 del Proyecto de un Convenio internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (*supra* nota 140, 9).

¹⁵⁵ Art. 5 párr. 2 Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (*supra* nota 140, 207 *et seq.*).

¹⁵⁶ Art. 3 párr. 2 Convención para la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive Agentes Diplomáticos (*supra* nota 140).

¹⁵⁷ *Cf.* Art. 4 párr. 2 y Art. 7 Convención de La Haya de 1970 sobre la Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves, en 859/860 U.N.T.S., No. I-12.325, 105 (108 *et seq.*), con 174 Estados Parte (el último contiene la obligación expresa de perseguir si no se extradita al autor), como también en este sentido Art. 5 párr. 2 y Art. 7 Convención para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Aviación Civil, en 974 U.N.T.S., No. I-14.118, 178 (181 *et seq.*) con 175 Estados Parte y Art. III Protocolo para Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves, en 1589 U.N.T.S., No. A-14.118, 474 (476), con 107 Estados Parte.

¹⁵⁸ Art. 6 párr. 4 Convenio para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima (*supra* nota 140, 227). En el caso de plataformas sobre la plataforma continental *cf.* Art. 3 párr. 2 Protocolo para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de Plataformas Fijas Localizadas en la Plataforma Continental (*supra* nota 140, 306 *et seq.*).

¹⁵⁹ Otras materias son — entre otras — el tráfico ilícito de estupefacientes en la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, con 163 Estados Parte — *cf.* Art. 4 párr. 2 inc. b) en U.N. Doc. E/CONF.82/15, 19 december 1988, 7. *Cf.* también, aunque sea de 1997, la lista larga en BASSIOUNI, Cherif (1997), *International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions*, Irvington-on-Hudson: Transnational Publisher. Para el caso del fenómeno del “Crímen organizado” *cf.* últimamente el Art. 15 párr. 4 y 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en U.N. Doc. A/RES/55/25, 8 January 2001, 13, con 5 Estados Parte.

2. *Interés único de los Estados*

Ahora bien, paralelamente a la conclusión de estos Tratados, tras la conclusión de todos los horrores cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, el Derecho internacional Público experimenta un proceso de desarrollo respecto a un conjunto de hechos, en los cuales lo determinante no es “una suma de los intereses idénticos y propios de los Estados” sino más bien en una fórmula conjunta de las palabras de Brigitte Stern¹⁶⁰ y de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso “Barcelona Traction”¹⁶¹ “un interés legal único compartido por todos los Estados”. A este proceso obedecen tanto el esfuerzo por el momento fracasado en conceputar al crimen internacional frente a los delitos internacionales, así como de construir un sistema de responsabilidad penal internacional para el individuo, distinto al régimen de responsabilidad internacional de los Estados.¹⁶²

Este proceso se ve acompañado por una serie de Tratados internacionales, tal es el caso de la Convención contra el genocidio, que cuenta con 133 Estados Partes,¹⁶³ la Convención contra la tortura, que cuenta con 127 Estados Parte,¹⁶⁴ la Conven-

¹⁶⁰ Sin mencionar los términos “legal” y “Estado”, STERN, Brigitte (1997), *La Compétence Universelle en France – le Cas des Crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda*, en 40 German Yearbook of International Law [=G.Y.I.L.], 280 (281). Cf. también STERN, Brigitte (1998), *Better Interpretation and Enforcement of Universal Jurisdiction*, en 14 *Nouvelles Études Pénales*, 175 (177), STERN (1999), *op. cit.* nota 152, 736. Como punto de partida de esta diferencia la profesora toma la doctrina del patrimonio común de la humanidad que hoy se encuentra en el Art. 136 Convención sobre el Mar (*supra* nota 126). Una perspectiva general sobre el llamado patrimonio común de la humanidad se puede encontrar en KEMAL Baslar (1998), *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff. Si bien compartimos el enfoque de la profesora, hay que subrayar que esto no quiere decir que el Art. 19 de la Convención sobre el Mar respecto a la jurisdicción sobre actos de piratería sea solamente declaratorio y en nada afecta a nuestra interpretación acerca de la función de la semántica *hostis humanis generis*.

¹⁶¹ I.C.J. REPORTS 1970, *op. cit.* nota 44, 32: “Hay una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado hacia la totalidad de la comunidad internacional, y las que deben prevenir frente a otros Estados [...]. Por su naturaleza, lo anterior concierne a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos a que afecta, todos los Estados podrán tener interés en su persecución; son obligaciones erga omnes”.

¹⁶² Cf. todavía TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 289 *et seq.*; el concepto de “crímenes internacionales” fue abandonado en la segunda lectura del Proyecto de un Código sobre la Responsabilidad de los Estados — cf. ahora el texto bajo el título “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” en el Capítulo IV-E-1 del informe de la I.L.C. sobre su trigesimoquinto período de sesiones para el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas *Report of the International Law Commission, Fifty-third Session*, en U.N. Doc. A/56/10, 21 September 2001, 43 *et seq.* y los comentarios — entre otros — de los Estados Unidos en el informe bajo el título *State Responsibility – Comments and Observations received from Governments*, en U.N. Doc. A/CN.4/515, 19 March 2001, 16.

¹⁶³ Cf. la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en 78 U.N.T.S., No. 1021, 277 *et seq.*

¹⁶⁴ Cf. *supra* nota 139.

ción contra el apartheid con 101 Estados Parte,¹⁶⁵ y la Convención sobre los llamados crímenes de lesa humanidad, que se limita a declarar su imprescriptibilidad,¹⁶⁶ con 45 Estados Parte -al contrario de los últimos, los primeros dos cuentan con la participación *in toto*, tanto de los Estados miembros de la Unión Europea como de los Estados Unidos. En el caso del *ius in bello*, éste se encuentra principalmente en las cuatro Convenciones de Ginebra¹⁶⁷ con la participación de todos los 189 Estados miembros de las Naciones Unidas (desde el trigésimoquinto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas) y sus dos Protocolos adicionales,¹⁶⁸ con 157 y 150 Estados Parte, sin la participación de los Estados Unidos. Todo este proceso culminó con las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre los Tribunales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia¹⁶⁹ y Ruanda¹⁷⁰ y, finalmente, con la suscripción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,¹⁷¹ que, sin haber entrado en vigencia, cuenta hasta la fecha con 47 Estados Parte, de los cuales 12 son miembros de la Unión Europea.

Puesto que de los Tratados mencionados nueve cuentan con la amplia participación de los Estados miembros de la Unión Europea, un análisis sobre su incorporación en la legislación interna y especialmente sobre la práctica de ejercer el poder de dictar sentencia sobre la materia de estos Tratados, suscita interrogantes muy complejos y de difícil respuesta. Cabe señalar que se trata tanto de problemas generales del Derecho Penal como de la materia especial del Derecho internacional Público llamado “Derecho Penal internacional” y del Derecho internacional Público

¹⁶⁵ Cf. la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, en 1015 U.N.T.S., No. I-14861, 243 *et seq.*

¹⁶⁶ Cf. la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en 754 U.N.T.S., No. I-10.823, 73 *et seq.*

¹⁶⁷ Cf. el Convenio de Ginebra para mejorar la Suerte de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña [=Convenio de Ginebra I], en 75 U.N.T.S., No. 970, 31 *et seq.*, el Convenio de Ginebra para mejorar la Suerte de Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar [=Convenio de Ginebra II], en 75 U.N.T.S., No. 971, 85 *et seq.*, el Convenio de Ginebra relativo al Trato de Prisioneros de Guerra [=Convenio de Ginebra III], en 75 U.N.T.S., No. 972, 135 *et seq.* y el Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra [=Convenio de Ginebra IV], en 75 U.N.T.S., No. 973, 287 *et seq.*

¹⁶⁸ Cf. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), en 1125 U.N.T.S., No. I-17.512, 3 *et seq.* y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), en 1125 U.N.T.S., No. I-17.513, 609 *et seq.*

¹⁶⁹ Cf. la Resolución 827 (1993) en U.N. Doc. S/RES/827, 25 May 1993, y en su redacción actual según Resolución 1329 (2000) en U.N. Doc. S/RES/1329, 5 December 2000.

¹⁷⁰ Cf. la Resolución 955 (1994) en U.N. Doc. S/RES/955, 8 November 1994, y en su redacción actual según Resolución 1329 (2000) (*supra* nota 169).

¹⁷¹ Cf. el Estatuto en U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 julio 1998. En la Unión Europea faltan las ratificaciones de Irlanda, Grecia y Portugal.

general, tales como son, entre otros, la coexistencia de normas convencionales y consuetudinarias sobre la materia y, asimismo, las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional Público en los ordenamientos respectivos; y, en particular, problemas tales como los principios de legalidad penal y de irretroactividad, equivalencia y *ne bis in idem*, inmunidad *ratione materiae* y *personae*, limitaciones *ratione materiae* y *temporis* a cierto tipo de actos, la vinculación de la competencia universal a la presencia del autor en el territorio del Estado, la definición material de los llamados crímenes de lesa humanidad, etc. Cualquier pretensión sería de examinar con rigor todos y cada uno de los problemas que mencionamos o algunas de sus materializaciones prácticas más recientes, exigiría la elaboración de una investigación comparativa amplia, tal como se realizó hace poco en la Secretaría jurídica de amnistía internacional¹⁷² y en París en la Universidad de Sorbonne bajo la dirección del Juez Antonio Cassese,¹⁷³ con la colaboración de muchos profesionales de todo el mundo.¹⁷⁴

3. *ius cogens*

Dado que el estudio de los problemas mencionados excede sobremanera el objeto de la presente exposición, nos limitaremos a un problema general, que puede igualmente generar confusiones. Así, nos limitamos a hacer referencia a las interpretaciones erróneas del concepto de *ius cogens*, dejando al margen otros problemas relacionados como en particular el concepto erróneo de una obligación no-convencional del Estado no-territorial de ejercer su competencia de dictar sentencia.¹⁷⁵

Para empezar, cabe destacar que una norma que se constituye como norma imperativa de Derecho internacional Público ciertamente no implica su ejecución automática a través de un procedimiento penal por parte de los tribunales de cualquier

¹⁷² AMNESTY INTERNATIONAL (2001), *Universal Jurisdiction – The Duty of States to Enact and Enforce Legislation*, London: ai index IOR 53/002/2001- IOR 53/018/2001.

¹⁷³ La publicación bajo el título “Jurisdiction International Pénale” todavía está en fase de revisión y saldrá en el año 2002.

¹⁷⁴ Cf. para investigaciones recientes — entre otros — los trabajos de la profesora Stern (*supra* notas 152, 160) como también INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2000), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences*, en <www.ila-hq.org/pdf/HumanRig.pdf> (último acceso: 07.12.01) y de CASSESE, Antonio (2001), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 260 *et seq.* como también los trabajos publicados bajo la dirección de FISCHER, Horst *et al.* (2001), *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*, Berlin: Berlin Verlag Spitz.

¹⁷⁵ Una de las mejores exposiciones sobre este tema se encuentra en TOMUSCHAT, Christian (2001a), *The Duty to Prosecute International Crimes committed by Individuals*, en Cremer, Hans-Joachim *et al.*, *Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger*, Heidelberg, 315 *et seq.* Cf. también STERN (1999), *op. cit.* nota 152, 737 *et seq.* Más bien se trata de una obligación de cooperación internacional como lo afirma CASSESE (2001), *op. cit.* nota 175, 264 *et seq.*

Estado.¹⁷⁶ Más bien, la búsqueda de la competencia de dictar sentencia sobre cierto tipo de hechos fuera de los límites territoriales debe fundamentarse tanto en los Tratados mencionados como -a falta de una disposición expresa- en la *ratio*, por la cual se produzca la clasificación de cierto tipo de acto como *ius cogens* en un caso determinado. Como es de conocimiento general, la Convención contra la tortura concreta expresamente en su Artículo 5 párrafo 2 que “[t]odo Estado Parte tomará [...] las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre [la tortura] en los casos en que el presunto delincuente se encuentre en el territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición”.¹⁷⁷ Si bien en el caso de crímenes de guerra también existe la posibilidad de encontrar una regla en los Convenios de Ginebra que confiera a todos los Estados Parte la competencia de dictar sentencia en caso de “violaciones graves” del Derecho Humanitario, parecida a la norma mencionada,¹⁷⁸ la situación cambia cuando nos referimos a la Convención contra el genocidio.

El Artículo VI de esta Convención solamente expresa que “[l]as personas acusadas de genocidio o de [...] cualquiera de los actos enumerados en el Artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio [...] fue cometido [dicho acto]”.¹⁷⁹ Como se ve, no hay referencia alguna a la competencia de otros Estados Parte. Simplemente se establece como un deber del Estado Parte el

¹⁷⁶ Demasiado general y por eso capaz de generar confusiones GOODWIN-GILL, Guy (1999), *Crime in International Law – Obligations erga omnes and the Duty to Prosecute*, en *id.*/Talmon, Stefan, *The Reality of International Law: Essays in Honour Ian Brownlie*, Oxford: Clarendon, 199 (220) citando el primer informe del relator especial de la I.L.C. *First Report on State Responsibility*, en U.N. Doc. A/CN.4/490/Add.2, 5 May 1998, 8 *et seq.*

¹⁷⁷ *Supra* nota 139.

¹⁷⁸ Así expresamente la Corte Suprema de Alemania en su sentencia aun no publicada del 21 de febrero 2001 en el caso Maksim Sokolovi_: 3 StR 372/00, 19 *et seq.* todavía no publicado, copia del original con el autor). *Cf.* también STERN (1997), *op. cit.* nota 160, 285 *et seq.*, *id.* (1999), *op. cit.* nota 152, 736 *et seq.* y BROWNLIE (1998), *op. cit.* nota 4, 308. *Cf.* el Artículo 49 del Convenio de Ginebra I: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las *infracciones graves* [énfasis nuestro] contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. [...]”. Con las mismas palabras Art. 50 Convención de Ginebra II, Art. 129 Convención de Ginebra III, Art. 146 Convención de Ginebra IV y Art. 85 Protocolo I. Con referencia a los Protocolos I y II (*supra* nota 168) *cf.* el comentario pesimista de TOMUSCHAT (2001a), *op. cit.* nota 175, 315 (335), aunque el Protocolo II cuenta con 150 y el Protocolo I con 157 Estados Partes.

¹⁷⁹ *Supra* nota 163.

ejercicio de su jurisdicción sobre hechos constitutivos de genocidio perpetrados en su territorio.¹⁸⁰ Como consecuencia podría afirmarse que para el objeto y el fin de la Convención ésta no confiere a los demás Estados la competencia de dictar sentencia en los casos de genocidio, definidos en el Artículo II de la Convención, hecho que se deduce de los trabajos preparatorios de la Convención.¹⁸¹ Sin embargo, en el caso Eichmann la Corte Suprema de Israel no fundamentó su competencia en la Convención, sino sobre el Derecho consuetudinario de Derecho internacional Público y el principio de personalidad pasiva. Y es sobre la base del primer argumento que la Corte al referirse al Artículo VI de la Convención expresó: “Esta obligación, sin embargo, no tiene nada que ver con el poder universal de cada Estado de perseguir este tipo de crímenes [...], [lo] que se basa en el Derecho internacional consuetudinario. [...] Por lo tanto, [e]l Estado de Israel tiene la facultad [...] en calidad de guardián del Derecho internacional y agente para su implementación, para enjuiciar al apelante. Siendo éste el caso, ninguna importancia ata al hecho de que el Estado de Israel *no existía* [énfasis nuestro] cuando los crímenes fueron perpetrados”.¹⁸²

Aunque a 29 de mayo de 1962, fecha en que se dictó la sentencia, cabe dudar sobre la consideración de la base de competencia como Derecho consuetudinario,¹⁸³ lo esencial en estos razonamientos fue la conclusión alcanzada en cuanto a que es *opinio iuris* de todos los Estados, como corolario de un interés legal único compartido realmente por todos ellos, que en el caso de la prohibición del genocidio corresponde en principio a todos los Estados dictar sentencia. Y es en este contexto

¹⁸⁰ TOMUSCHAT (2001a), *op. cit.* nota 175, 331.

¹⁸¹ Reproducido en ROBINSON, Nehemiah (1960), *The Genocide Convention – a Commentary*, New York: Institute of Jewish Affairs-World Jewish Congress, 131 *et seq.* Cf. también GRAVEN, Jean (1951), *Le Crime contre l’Humanité*, en 76 (1950-I) R.d.C., Paris: Librairie du Recueil Sirey, 433 (517).

¹⁸² EICHMANN CASE (*supra* nota 148), 304.

¹⁸³ (...) si ésta se refiere a su concepto tradicional — *cf.* TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 324 *et seq.* Si recordamos que hasta esta fecha no hubo ninguna sentencia penal firme sobre caso de genocidio alguno, incluso en el Tribunal de Nuremberg y, en realidad, no la hubo hasta después que se terminó la guerra fría con una excepción, que es el juicio a Pol Pot *in absentia* después de la invasión de las tropas vietnamitas en Camboya: “acte d’accusation”, documentado en U.N. Doc. A/C.3/34/1, 30 July 1979 y el “jugement du tribunal”, documentado en U.N. Doc. A/34/491, Annex, 19 August 1979 y U.N. Doc. A/34/569, 12 October 1979. Sobre la idea de un derecho consuetudinario internacional “espontáneo” que se basa en el caso de la plataforma continental del Mar del Norte — I.C.J. REPORTS 1969, “North Sea continental shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands)”, Judgment, 20 February 1969, 4 (23) — *cf.* CHENG, Bin (1965), *United Nations Resolutions on Outer Space – “Instant” International Customary Law?*, en 5 Indiana Journal of International Law, 23 *et seq.*, como también, últimamente con referencias en el área de nuestro interés TOMUSCHAT (2001), *op. cit.* nota 10, 331 *et seq.*, pero también MORRIS, Madeline (2001), *High Crimes and Misconceptions – the ICC and Non-party States*, en 64 Law and Contemporary Problems, 13 (57 *et seq.*).

que la Corte se basó en lo que omitimos al citar sus razonamientos sobre la competencia: Que “[e]l Estado de Israel es competente [con base en] el principio de la jurisdicción universal [...] para enjuiciar” a Adolf Eichmann.¹⁸⁴

De esta manera, basándonos en nuestra regla sobre la jurisdicción, se llega a la conclusión de que cualquier Estado como corolario de un interés legal único compartido por todos los Estados es competente. Este interés legal único constituye *per se* un contacto suficientemente relevante en términos legales cuando se trata de dictar sentencia sobre actos de genocidio, independientemente de dónde, por quién y contra quién se hayan perpetrado, sin que el Derecho internacional Público requiera de la existencia de cualquiera de los nexos discutidos anteriormente.¹⁸⁵ Estos razonamientos fueron recientemente confirmados por la Sala II del Tribunal Constitucional Alemán, bajo la presidencia de la Jueza profesora Jutta Limbach.¹⁸⁶ De acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional “[...] el crimen del genocidio es la violación más grave contra los *derechos humanos* [énfasis nuestro] y por lo tanto el supuesto por excelencia para la aplicación del principio de universalidad, que tiene la función de persecución general, es decir, *sin que haya lagunas en la persecución* [énfasis nuestro] de crímenes contra bienes jurídicos de la comunidad internacional en su conjunto, en todo el mundo”.¹⁸⁷

En este contexto merece la pena mencionar que no compartimos el concepto de un principio de universalidad “delegado”¹⁸⁸ o “absoluto”.¹⁸⁹ Primero, porque si un interés legal único de los Estados es afectado, no se trata de “delegar una competencia” si este interés constituye *per se* un contacto suficientemente relevante en términos legales cuando se trata de dictar sentencia sobre actos de genocidio. Y, segundo, porque todo principio de Derecho en el Derecho moderno no opera bajo fórmulas legitimadoras de carácter transcendental, y por lo tanto no puede existir la diferencia entre principios de Derecho absolutos y relativos.

Otro problema relacionado con conceptos erróneos de un principio de universalidad “condicionado”, “casi universal” o “alternativo” se refiere al principio *aut*

¹⁸⁴ *Supra* nota 182.

¹⁸⁵ Por eso la jurisprudencia de la Corte Suprema de Alemania sobre el “nexo legítimo” para la competencia de la República Federal de Alemania sobre casos de genocidio fuera de sus límites territoriales, que últimamente fue abandonada en el caso Maksim Sokolovi_ (*supra* nota 178) con respecto a crímenes de guerra, es completamente errónea y más un criterio de oportunidad que un criterio con fundamento en el Derecho internacional Público. Una crítica amplia sobre esta jurisprudencia se encuentra en AMBOS, Kai/WIRTH, Steffen (2001), *Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia before German Criminal Courts*, en Fischer (*supra* nota 174), 770 (778 *et seq.*).

¹⁸⁶ (...) al decidir a favor de la competencia de la República Federal de Alemania para dictar sentencia sobre hechos de genocidio cometidos en el territorio que a la fecha forma parte del Estado de Bosnia-Herzegovina.

¹⁸⁷ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2000), *op. cit.* nota 43, 81.

¹⁸⁸ HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 71 *et seq.*, 239 *et seq.*

¹⁸⁹ *Ibid.*, 81 *et seq.*, 381 *et seq.*

dedere aut iudicare (aut prosequi).¹⁹⁰ Fue la Sala II del Tribunal Constitucional Alemán la que al interpretar el Artículo 7 de la Convención contra el genocidio¹⁹¹ dictó que la “República Federal de Alemania estaría obligada a cumplir con una petición de extradición de Bosnia-Herzegovina”,¹⁹² dejando así claro que interpreta este Artículo en su conjunto con las demás disposiciones de la Convención de una manera tal que impone una obligación de extradición a los demás Estados Parte. El Artículo 7 fue introducido en el texto de la Convención a causa de la “exención de delitos políticos” (political offense exemption)¹⁹³ -la “caja negra” del Derecho de extradición- es decir, casos en los cuales un Estado que recibe una petición de extradición ni quiere extraditar ni revelar los fundamentos del rechazo.¹⁹⁴ Por eso la cláusula en el Artículo 7 de la Convención tiene la *función* de no dejar lugar a dudas con respecto a que, tratándose del crimen de genocidio, no cabe este tipo de argumentación.¹⁹⁵ Pero eso no quiere decir que los Estados Parte tengan una obligación de extraditar, sino que, recordando sus deberes según el Artículo 1 de la Convención conforme la interpretación del Tribunal (“sin que haya lagunas en la persecución”), tienen la obligación de extraditar cuando no juzgan (y/o persiguen) el crimen de genocidio. De la función de este principio -no hay lugar para la “exención de delitos políticos”- se deduce también que en el caso de la Convención contra el genocidio los razonamientos sobre una obligación del Estado no-territorial “alternativo”, “disyuntivo” o “coexistente” consistente en juzgar por un lado y extraditar por el otro¹⁹⁶ son equívocos, pues no se puede deducir del principio *aut dedere aut iudicare (aut prosequi)* una función que los Estados Parte no acordaron en el momento de la ratificación de la Convención.

Si bien no podemos avanzar más en este terreno por cuestiones de espacio, tenemos que señalar que el único problema de la competencia universal que encontramos en muchos conceptos erróneos sobre el principio de jurisdicción universal

¹⁹⁰ Cf. las referencias en HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 29 *et seq.*

¹⁹¹ Artículo VII:

“A [...] efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos.

Las Partes contratantes se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes”.

¹⁹² BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2000), *op. cit.* nota 43, 82.

¹⁹³ Cf. para más detalles GILBERT, Geoff (1991), *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht: Nijhoff, 113 *et seq.* y PIOMBO, Horacio (1998), *Tratado de la Extradición*, Buenos Aires: Depalma, 374 *et seq.*

¹⁹⁴ BLAKESLEY, Christopher/LAGODNY, Otto (1991), *Finding Harmony amidst Disagreement over Extradition, Jurisdiction, the Role of Human Rights, and Issues of Extraterritoriality under International Criminal Law*, en 24 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1 (46).

¹⁹⁵ Cf. también el Artículo 1 a) del Protocolo Adicional a la Convención Europea en Materia de Extradición — E.T.S. No. 086 (15 octubre 1975).

¹⁹⁶ BASSIOUNI, Cherif (1999): *Crimes against Humanity*, Dordrecht: Kluwer Law International (2a ed.), 223.

es el de la competencia subsidiaria del Estado no-territorial, tal y como lo declaró la Sala Penal de la Audiencia Nacional de Madrid en el caso guatemalteco, en diciembre 2000;¹⁹⁷ y en el mismo sentido deben interpretarse los razonamientos de la Sala II del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Artículo 7 de la Convención contra el genocidio. Sin poder profundizar aquí este problema, una breve comparación de los razonamientos que han hecho diversos autores con relación a este problema¹⁹⁸ demuestra que de ningún modo se puede hablar de un principio general (de Derecho internacional Público) de subsidiariedad.¹⁹⁹ Ello se debe a que el interés en la persecución general del crimen de genocidio como corolario del interés único de los Estados en la prohibición del genocidio constituye *per se* un nexo con tales actos suficientemente relevante en términos legales para ejercer el poder estatal de dictar sentencia. Queda abierto el problema de si para alcanzar este interés se debe priorizar la competencia del Estado territorial en un caso determinado. Sin poder avanzar más en este terreno inseguro en el cual hasta ahora nadie ha entrado más profundamente, merece la pena recordar que bajo la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional la carga de la prueba de la supuesta violación de la soberanía de un Estado para dictar sentencia en actos de genocidio pesa sobre aquél que alega la violación,²⁰⁰ es decir, ¡el Estado que alega la violación de su soberanía tiene que probar que está persiguiendo estos actos!

III. “Derechos humanos”

Si de lo anteriormente descrito se deduce que existe la jurisdicción universal en los actos relativos a tortura, “violaciones graves” del Derecho Humanitario y el genocidio, cabe subrayar cuál es la función de la denominación “derechos humanos” dictada por el Tribunal Constitucional. En este contexto, también conviene hacer mención al Proyecto de Ley Introdutoria al Código Penal Internacional Alemán realizado por el Ministerio de Justicia, que afirma la competencia de dictar sentencia por parte de la República Federal de Alemania en el siguiente caso: “Quien en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil [...] persiguere un

¹⁹⁷ AUDIENCIA NACIONAL (2000), “Auto de la Sala de lo Penal del 13 de Diciembre de 2000”, reproducido en <www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/espana.html> (último acceso: 07.12.01); cf. la nota de investigación del autor “Justicia Universal y el Genocidio en Guatemala: Perspectivas Europeas” (pedidos de copia a J.Simon@iuscrim.mpg.de) como también el análisis de COTTIER, Michael (2001), *What Relationship between the Exercise of Universal and Territorial Jurisdiction? ...*, en Fischer (*supra* nota 174), 844 *et seq.*

¹⁹⁸ Cf. las referencias de HENZELIN (2000), *op. cit.* nota 13, 227 *et seq.*

¹⁹⁹ O peor todavía, que a juicio de la Audiencia Nacional forma parte del “jus cogens internacional” — AUDIENCIA NACIONAL (2000), *op. cit.* nota 197, “Razonamientos jurídicos”, párr. 2. Ahora bien, en el caso concreto de infracciones graves de los Convenios de Ginebra y de su Protocolo I cf. la segunda frase del Art. 88 párr. 2 Protocolo I (*supra* nota 168).

²⁰⁰ Cf. *supra* nota 8.

grupo o colectividad a través de una privación o restricción esencial de los *derechos humanos fundamentales* [énfasis nuestro] fundada en motivos políticos, de raza, nacionalidad, étnicos, culturales o religiosos, por razón de género u otros motivos prohibidos por los principios generales de Derecho internacional Público [...] será sancionado como mínimo con prisión de tres años”.²⁰¹

Fácilmente se concluye de los ejemplos anteriormente citados que el uso de la terminología “derechos humanos” puede llevar a conflictos entre los Estados sobre su relevancia para el código legal/ilegal. De este modo llegamos a la pregunta central de la competencia universal: ¿Cuál es el interés legal único compartido por todos los Estados con relación al concepto de “los derechos humanos” en las diversas construcciones del mundo y del hombre, cristalizados en expectativas legales que podemos identificar en un caso determinado que no sea ninguno de los anteriormente citados y que lleve a la conclusión de dictar sentencia? Ésta de por sí no es una tarea fácil, y se complica más aún si recordamos que desde hace tres o cuatro décadas se ha hecho mayor referencia en el Derecho a los “derechos humanos”.²⁰² A juicio del ex-Presidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos, profesor Stefan Trechsel, este proceso se puede denominar una “inflación”, la cual creó un desequilibrio: Mientras que el Derecho internacional de los derechos humanos se ve convertido en un “gigante”, en la sanción por decepcionar expectativas normativas se ha quedado todavía como un enano.²⁰³

C. La universalidad del hombre como persona

Si bien es esta asimetría la que preocupa a los organismos no-gubernamentales, el reto fundamental que ellos en su conjunto asumen no es el mismo que el nuestro de identificar un interés legal único de los Estados. Más bien, principalmente en el transcurso de las últimas décadas, ellos han concretizado, afirmado y exigido lo que el Juez japonés de la Corte Internacional de Justicia, Kotaro Tanaka, en su voto sobre el caso de Sur Africa Oriental señaló en el año 1966: “El principio de la protección de los derechos humanos emana del concepto del hombre como persona y su relación con la sociedad, que no puede separarse de la naturaleza humana universal. La existencia de los derechos humanos no depende de la voluntad de un Esta-

²⁰¹ Art. 8 No. 10 del “Referentenentwurf” del 22 de Junio del 2001 — BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ [=BMJ] (2001), *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB-Einführungsgesetz — VStGBEG)*, Berlin: BMJ, 5 *et seq.*

²⁰² Cf. la publicación crítica del ex-Presidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos TRECHSEL, Stefan (2000), *Inflation in the Field of Human Rights*, Nijmegen: Nijmegen University Press.

²⁰³ Cf. FLAUSS, Jean-François (2000), *Droits des Immunités et Protection Internationale des Droits de l’Homme*, en 10 *Revue Suisse de Droit Internationale e de Droit Européen*, 299 (306).

do; ni internamente de su ley o cualquier otra medida legislativa, ni internacionalmente de Tratados o de la costumbre, en los cuales la voluntad expresa o tácita de un Estado constituye el elemento esencial”.²⁰⁴

²⁰⁴ I.C.J. REPORTS 1966, *op. cit.* nota 102, 250 (297). Aunque hay que subrayar aquí que el concepto de persona desde la Antigüedad está en disputa. Por eso preferimos definirla en este contexto como espejo (=máscara) de expectativas sociales. Por lo tanto el término “naturaleza” en este contexto no es nada más que una referencia medieval inapropiada que equivale a lo que en la modernidad podemos describir como reflexión en la memoria de la sociedad sobre estas expectativas normativas cristalizada en el término “derechos humanos”.