

La diplomacia de la jurisdicción universal: los poderes políticos y la persecución transnacional de los crímenes internacionales

Máximo Langer[†]

Los defensores de la jurisdicción universal afirman que ésta es una herramienta fundamental para ofrecer justicia a las víctimas, disuadir a oficiales estatales o cuasi estatales de cometer crímenes internacionales, y establecer un mínimo estado de derecho internacional al cerrar significativamente la “brecha de impunidad” para crímenes internacionales. Sus críticos argumentan que la jurisdicción universal perturba las relaciones internacionales, genera caos judiciales e interfiere con las soluciones políticas para las atrocidades en masa. Una de las cuestiones ausentes en este debate es el rol de los poderes políticos del gobierno, específicamente el poder ejecutivo y el legislativo.

Al identificar los principales incentivos con los que cuentan estos poderes políticos para llevar adelante casos de jurisdicción universal y explicar las relaciones entre sus incentivos y desincentivos en este área, este artículo presenta un marco teórico que (1) explica el estado actual de la jurisdicción universal, (2) predice la probable evolución de la

[†] Máximo Langer es Profesor de Derecho en la Universidad de California, Los Angeles (UCLA), donde enseña Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Internacional. Ha sido Profesor Visitante en las Escuelas de Derecho de la Universidad de Harvard, de Nueva York (NYU) y de la Universidad Torcuato Di Tella, entre otras. Se recibió de Abogado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y luego de Doctor en Derecho en la Universidad de Harvard. Su trabajo ha sido publicado en inglés, español, chino y alemán.

jurisdicción universal y (3) ofrece lo que debería ser el punto de partida para cualquier análisis normativo de la jurisdicción universal en un mundo no ideal, como también para el diseño institucional del régimen de jurisdicción universal.

Palabras clave: Derecho penal internacional, jurisdicción universal, crímenes internacionales, Derecho y política, poderes políticos

Bajo jurisdicción universal, cualquier Estado del mundo puede perseguir y juzgar los crímenes internacionales centrales -crímenes de lesa humanidad, genocidio, tortura y crímenes de guerra- sin vínculo territorial, personal o de interés nacional con el crimen en cuestión al momento en el que fue cometido.¹ Esta pretensión jurisdiccional suele justificarse en la naturaleza atroz de estos crímenes y tiene sustento jurídico, según el tipo de crimen, en tratados internacionales o en la costumbre internacional. A diferencia del régimen de tribunales penales internacionales creados por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y del régimen de aplicación de la Corte Penal Internacional (CPI), el régimen de aplicación de la jurisdicción universal funciona de un modo completamente descentralizado.

Los defensores de la jurisdicción universal afirman que ésta es una herramienta fundamental para ofrecer justicia a las víctimas, disuadir a oficiales estatales o cuasi estatales de cometer crímenes internacionales, y establecer un mínimo estado de derecho internacional al cerrar significativamente la “brecha de impunidad” para crímenes internacionales.² Sus críticos argumentan que la jurisdicción universal

¹ Véase p. ej., RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES §§402 & cmts. c- g, 404&cmts. a- b, 423 (1987). Aunque la tortura a veces no es incluida dentro de los crímenes internacionales centrales, la incluyo en esta categoría por conveniencia de uso y porque su persecución penal basada en el principio de jurisdicción universal presenta cuestiones similares a aquellas de los otros tres crímenes. Para examinar una lista más amplia de crímenes, véase Informe del Secretario General, Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, UNDoc. A/65/181 (29 de julio de 2010) [en adelante Informe S-G].

² Véase p. ej., UNIVERSAL JURISDICTION: NATIONAL COURTS AND THE PROSECUTION OF SERIOUS CRIMES UNDER INTERNATIONAL LAW (Stephen Macedo ed., 2003) [en adelante PRINCETON PRINCIPLES]; Amnesty International, Ending Impunity: Developing and Implementing a Global Action Plan Using Universal Jurisdiction, AI Index IOR 53/005/2009, sept. 30, 2009; Kenneth Roth, The Case for Universal Jurisdiction, FOREIGN AFF., sept./ oct. 2001, pág. 150.

perturba las relaciones internacionales, genera caos judicial e interfiere con las soluciones políticas para las atrocidades en masa.³

Una de las cuestiones ausentes en este debate es el rol de los poderes políticos del gobierno, específicamente el poder ejecutivo y el legislativo. Al identificar los principales incentivos con los que cuentan estos poderes políticos para llevar adelante casos de jurisdicción universal y explicar las relaciones entre sus incentivos y desincentivos en este área, este artículo presenta un marco teórico que (1) explica el estado actual de la jurisdicción universal, (2) predice la probable evolución de la jurisdicción universal y (3) ofrece lo que debería ser el punto de partida para cualquier análisis normativo de la jurisdicción universal en un mundo no ideal, como también para el diseño institucional del régimen de jurisdicción universal.

Este artículo sostiene que al sancionar leyes que establecen jurisdicción universal para sus tribunales, comenzar procedimientos formales y llevar a juicio casos por delitos internacionales basados en el principio de jurisdicción universal, los poderes de un Estado que lleva a cabo este tipo de procedimientos pueden ganarse el apoyo de organizaciones de derechos humanos y de votantes y grupos domésticos que simpatizan con derechos humanos en el extranjero. Sin embargo, dado que los crímenes internacionales suelen ser cometidos por agentes estatales, los poderes políticos de los Estados perseguidores deben estar dispuestos a pagar los costos en materia de relaciones internacionales que impondría el Estado de nacionalidad del imputado si se llevara a cabo una persecución y un posterior juicio penal. Dado que estos costos pueden ser significativos, los Estados que llevan a cabo procedimientos basados en jurisdicción universal tienen fuertes incentivos para concentrarse en imputados que les impliquen bajos costos en materia de relaciones internacionales, puesto que sólo en estos casos existiría un beneficio neto para los poderes políticos por perseguir y juzgar crímenes internacionales basados en la jurisdicción universal.

Los poderes políticos de los Estados han actuado consistentemente con esta estructura de incentivos (estructura de incentivos postulada) de dos diferentes maneras. En primer lugar, sobre la base de un estudio que

³ Véase p. ej., Eugene Kontorovich, *The Inefficiency of Universal Jurisdiction*, 2008 U. ILL. L. REV. 389; Jack Snyder & Leslie Vinjamuri, *Trial and Errors: Principles and Pragmatism in Strategies of International Justice*, INT'L SECURITY, Invierno 2004, pág. 5; Jack Goldsmith & Stephen D. Krasner, *The Limits of Idealism*, DAEDALUS, Invierno 2003, pág. 47; Henry Kissinger, *The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking Judicial Tyranny*, FOREIGN AFF., julio/agosto de 2001, pág. 86.

intenta incluir todos los casos de jurisdicción universal sobre crímenes internacionales centrales perseguidos desde el juicio contra Adolf Eichmann en 1961, este artículo muestra que los acusados en procesos de jurisdicción universal han sido principalmente nazis, ex yugoslavos y ruandeses. Es decir, son el tipo de acusados sobre los cuales la comunidad internacional ha manifestado más claramente su acuerdo en perseguir y castigar, y que ni siquiera han sido defendidos por sus propios Estados de nacionalidad.

En segundo lugar, sobre la base de leyes, decisiones judiciales y otros materiales, estudios de casos de cinco Estados (Alemania, Inglaterra, Francia, Bélgica y España) muestran cómo estos incentivos explican la conducta estatal. Cada uno de estos Estados ha sancionado legislación otorgando jurisdicción universal a sus tribunales, y en cada uno tanto víctimas como organizaciones no gubernamentales (ONGs) han presentado denuncias para iniciar procesos de jurisdicción universal. Sin embargo, estos Estados han actuado de modo diferente al tratar con denuncias similares. Al movernos de mayor a menor dentro del espectro de control del poder ejecutivo sobre los procedimientos penales, el espectro de costos esperados para el Estado que persigue penalmente se mueve en la dirección opuesta. Esta consecuencia apoya el argumento de que, en la medida en la que han tenido capacidad para hacerlo, los poderes ejecutivos de estos cinco Estados han respondido a los incentivos identificados en este artículo.

En el mismo sentido, aquellos Estados con un bajo grado de control por parte del Ejecutivo sobre los procedimientos de jurisdicción universal que han iniciado procesos penales contra acusados de costo mayor han tenido que enfrentar costos significativos en materia de relaciones internacionales. Este artículo argumenta que los desincentivos resultantes para sus Poderes Ejecutivos y Legislativos han llevado a estos Estados a restringir sus leyes en materia de jurisdicción universal o a dar mayor control al poder ejecutivo sobre estos procesos.

Este artículo también explora algunas de las principales implicancias normativas y de diseño institucional resultantes del marco teórico y los descubrimientos empíricos que presenta. Entre estas implicancias, se destaca el hecho que la jurisdicción universal nunca establecerá un estado de derecho internacional mínimo -esto es, nunca cerrará de modo sustantivo la brecha de impunidad que versa sobre los crímenes internacionales ni será aplicada igualmente a todos los imputados- dado

que los acusados de costo alto, la mayoría de los de costo medio y muchos de costo bajo están fuera del alcance del régimen de aplicación de la jurisdicción universal. Los descubrimientos de este artículo también sugieren que muchas de las críticas habituales a la jurisdicción universal carecen de fundamentos, puesto que los Estados tienen incentivos para concentrarse en acusados sobre los cuales existe un amplio acuerdo en la comunidad internacional y a quienes sus Estados de nacionalidad no están dispuestos a defender. Por estos motivos, es poco probable que la jurisdicción universal provoque tensiones internacionales insuperables, caos judicial o interfiera con soluciones políticas para atrocidades masivas. A continuación, el artículo analiza el régimen de aplicación de la jurisdicción universal.

I. EL RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El derecho penal internacional moderno comienza en Nuremberg.⁴ El Estatuto de Londres, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y los demás juicios post-Segunda Guerra Mundial que tuvieron lugar después se basaron en la idea de que el derecho internacional había establecido ciertos crímenes internacionales por los cuales podía responsabilizarse a individuos.⁵ Cuando los Tribunales de Nuremberg y Tokio terminaron sus tareas y los esfuerzos dedicados a crear una corte penal internacional permanente fracasaron en el contexto de la Guerra Fría, no quedó mecanismo alguno de aplicación supranacional para estos crímenes.

Así, la persecución y el juicio de individuos por crímenes internacionales quedó en manos y a criterio de los Estados, en base a los principios de jurisdicción tradicionales. Después de la Segunda Guerra Mundial, algunos pocos Estados otorgaron a sus tribunales jurisdicción universal sobre ciertos crímenes internacionales.⁶ Sin embargo, en el

⁴ La idea de jurisdicción universal es más antigua que la mayoría de los crímenes internacionales. Por ejemplo, mientras que los crímenes de lesa humanidad, genocidio y tortura fueron concebidos como crímenes internacionales en o después de los juicios de Nuremberg, los Estados han ejercido jurisdicción universal por el crimen de piratería por más de 200 años. El marco analítico descrito en este artículo provee una explicación de por qué la jurisdicción universal sobre la piratería ha sido menos controversial que su aplicación a los crímenes internacionales centrales, dado que los piratas generalmente son imputados de bajo costo. Para tres recientes estudios de la piratería y la jurisdicción universal, Véase Agora: Piracy Prosecutions, 104 AJIL 397 (2010).

⁵ Véase p. ej., Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su Segunda Sesión 374-78, UN GAOR, 5th Sess., Supp. Nro. 12, UN Doc. A/1316 (1950).

⁶ Véase p. ej., STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] §6.1 (genocidio) (1955) (Ale.); Ley (Penal) Nazi y Colaboradores Nazis, 5710-1950, SH Nro. 404 p. 140 (Isr.).

contexto político de la Guerra Fría, había poco espacio para este tipo de procesos.⁷ El escenario comenzó a cambiar durante los últimos años de la década del 70 y durante los 80 en tanto la opinión pública comenzó a reaccionar frente a las atrocidades masivas que tenían lugar en África, Asia y América Latina; en tanto cobró público conocimiento el hecho de que nazis y colaboradores nazis se encontraban viviendo en Australia, Canadá, Inglaterra, Francia y Estados Unidos; y en tanto Europa del Sur y América Latina comenzaron a dejar de lado sus regímenes dictatoriales y dar paso a gobiernos democráticos.⁸ Todos estos desarrollos fomentaron esfuerzos en materia de derechos humanos alrededor del mundo, y grupos locales y transnacionales procuraron utilizar herramientas legales -incluyendo procedimientos penales- para lidiar con las atrocidades.⁹

El fin de la Guerra Fría y de un contexto internacional definido por un conflicto bipolar también abrió lugar para procedimientos penales basados en el principio de jurisdicción universal. Durante la década del 90, diversas investigaciones y procedimientos fueron llevados a cabo contra nazis, ex yugoslavos, ruandeses y otras pocas personas.¹⁰ La jurisdicción universal, sin embargo, cobró mayor importancia en la agenda de los grupos de derechos humanos en octubre de 1998, cuando Augusto Pinochet Ugarte, ex jefe de Estado de Chile, fue arrestado en Londres sobre la base de una orden de arresto internacional y un pedido de extradición del gobierno español.

Los Estados se han basado en dos fuentes de derecho para ejercer jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales centrales. La primera de estas fuentes es el derecho de los tratados -específicamente, la Convención contra la Tortura de 1984, los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, la Convención contra el

⁷ El caso Eichmann fue una excepción. En este caso, Véase por ejemplo, HANNAH ARENDT, *EICHMANN IN JERUSALEM: A REPORT ON THE BANALITY OF EVIL* (1963).

⁸ Sobre la identificación de Nazis en varios Estados en la década de 1980 y los esfuerzos para juzgarlos, Véase por ejemplo, Matthew Lippman, *The Pursuit of Nazi War Criminals in the United States and in Other Anglo-American Legal Systems*, 29 CAL. W. INT'L L.J. 1, págs. 13-20 (1998 -99).

⁹ Para análisis de esta tendencia amplia, Véase por ejemplo, MARGARET E. KECK & KATHRYN SIKKINK, *ACTIVISTS BEYOND BORDERS: ADVOCACY NETWORKS IN INTERNATIONAL POLITICS* (1998); BETH A. SIMMONS, *MOBILIZING FOR HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL LAW IN DOMESTIC POLITICS* (2009).

¹⁰ Para un registro de los principales casos de jurisdicción universal hasta los principios del 2000, Véase LUC REYDAMS, *UNIVERSAL JURISDICTION: INTERNATIONAL AND MUNICIPAL LEGAL PERSPECTIVES* 86-219 (2003).

Genocidio y el Estatuto de la CPI.¹¹ Aunque ninguno de estos tratados establece explícitamente la jurisdicción universal,¹² muchos Estados han interpretado que estos tratados autorizan e incluso exigen que los tribunales domésticos ejerzan jurisdicción universal sobre uno o más de los crímenes internacionales centrales.¹³ La segunda fuente de autoridad para la jurisdicción universal es el derecho consuetudinario internacional, que según argumentan algunos Estados, autoriza, o al menos no prohíbe, el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales centrales.¹⁴

Los defensores de la jurisdicción universal han argumentado que es una herramienta fundamental para lidiar con atrocidades masivas. Argumentan, también, que la jurisdicción universal es necesaria incluso a pesar de la creación, en la década del 90, de otros regímenes penales internacionales, puesto que tanto los tribunales penales ad-hoc creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como la Corte Penal Internacional pueden juzgar únicamente un puñado de personas involucradas en crímenes internacionales, debido al costo de los procesos y a los límites territoriales, personales y temporales de su jurisdicción.¹⁵

La bibliografía y los debates sobre la jurisdicción universal han dedicado poca o ninguna atención al rol de los poderes políticos de los

¹¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Dec. 10, 1984, S. TREATYDOC. NRO. 100-20 (1988), 1465 UNTS 85 [en adelante, Convención contra la Tortura]; Convención [Nro. 1] para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 12 de agosto de 1949, 6 UST 3114, 75UNTS31; Convención [Nro. 2] para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 12 de agosto de 1949, 6 UST 3217, 75 UNTS 85; Convención [Nro. 3] Relativa al Trato debido a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto de 1949, 6 UST 3316, 75 UNTS 135, Convención [Nro. 4] Relativa a la Protección de Civiles en Tiempos de Guerra, 12 de agosto de 1949, 6 UST 3516, 75 UNTS 287; Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; 8 de junio de 1977, 1125 UNTS 3 [en adelante, Protocolo Adicional I]; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 9 de diciembre de 1948, S. EXEC. DOC. NO. 91-B (1970), 78 UNTS 277; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, 2187 UNTS 3 [en adelante, Estatuto CPI].

¹² Véase p. ej., M. Cherif Bassiouni, *The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law*, in PRINCETON PRINCIPLES, supra nota 2, págs. 39, 50, 55-56.

¹³ Véase p. ej., 18 U.S.C. §1091(e) (2006) (genocidio); 18 U.S.C. §2340A(b) (2006) (tortura). Véase también decisiones y leyes citadas en las secciones de este trabajo sobre Alemania, Inglaterra y Gales, Francia, Bélgica y España infra.

¹⁴ Véase p. ej., Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 (Dem. Rep. Congo v. Belg.), 2002 ICJ REP. 3 (Feb. 14) [en adelante, Orden de Arresto] (Higgins, Kooijmans, & Buergenthal, JJ., joint sep. op.).

¹⁵ Véase p. ej., Wolfgang Kaleck, *From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008*, 30 MICH. INT'L L.J. 927, 930-31 (2009).

Estados.¹⁶ Los defensores de la jurisdicción universal han tendido a ignorar las consideraciones políticas, ya que las consideran obstáculos impertinentes en la lucha contra la impunidad. Estos defensores han procurado evitar los peligros políticos de la jurisdicción universal a través de remedios legales y del establecimiento de reglas jurídicas, tales como el requisito de que el acusado esté presente en el territorio del Estado que lo persigue penalmente, el reconocimiento de inmunidad a agentes estatales extranjeros en ejercicio, la aplicación de un principio de complementariedad transnacional, el establecimiento de un principio *ne bis in idem* transnacional y el requisito de “doble tipificación” (*double criminality*).¹⁷ Los críticos de la jurisdicción universal han ignorado mayormente el rol de los poderes políticos en estas persecuciones y -especialmente en los casos de Bélgica y España- han generalmente asumido que los procesos se encuentran en manos de fiscales y jueces que no están obligados a rendir cuentas.¹⁸

El argumento central de este artículo es que si tenemos en cuenta los incentivos que influyen a los poderes políticos en los procedimientos y juicios bajo jurisdicción universal, estos tienden a llevarse a cabo contra imputados de bajo costo -aquellos que generan poco o ningún costo en materia de relaciones internacionales, políticas, económicas o de otro tipo a los Estados perseguidores- y especialmente contra aquellos imputados de bajo costo sobre los cuales existe amplio consenso en la comunidad internacional. Si este es el caso, la jurisdicción universal no reducirá la brecha de impunidad, como esperan sus defensores, ni generará los peligros que sus críticos temen.

Los principales incentivos con los que cuentan los poderes políticos de los Estados para sancionar leyes que establezcan jurisdicción universal, iniciar formalmente procesos penales y llevar estos casos penales a juicio son generados por organizaciones de derechos humanos

¹⁶ Para ejemplos de análisis que han tenido en cuenta el rol de los poderes políticos en la jurisdicción universal—aunque sin articular el marco teórico, recolección de datos, o exploración de la mayoría de las cuestiones que este artículo va a presentar—véase Richard A. Falk, *Assessing the Pinochet Litigation: Whither Universal Jurisdiction?* en *PRINCETON PRINCIPLES*, supra nota 2, pág. 97; Steven R. Ratner, *Belgium’s War Crimes Statute: A Postmortem*, 97 *AJIL* 888 (2003); Eric Langland, *Decade of Descent: The Ever-Shrinking Scope and Application of Universal Jurisdiction*, *INT’L L. NEWS* (ABA Section of Int’l L.), Verano 2010, pág. 4.

¹⁷ Véase p. ej., REYDAMS, supra nota 10; Antonio Cassese, *Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction*, 1 *J. INT’L CRIM. JUST.* 589 (2003).

¹⁸ Véase p. ej., Goldsmith & Krasner, supra nota 3, pág. 51 (“Los tribunales y fiscales que se basan en la jurisdicción universal . . . casi no rinden cuentas a sus propios gobiernos”); Kissinger, supra nota 3, pág. 86 (“El peligro yace en . . . sustituir la tiranía de los gobiernos por la de los jueces . . .”).

locales y transnacionales, los medios de comunicación y ciudadanos locales que se preocupan por situaciones internacionales de violación de los derechos humanos. En la medida en que el accionar de los grupos de derechos humanos y la cobertura de las atrocidades y de los violadores de derechos humanos por parte de los medios de comunicación tengan impacto en los ciudadanos y grupos locales, los políticos locales tendrán incentivos para abordar estos problemas, de modo de mejorar su rendimiento electoral y su legitimidad política.

Por el contrario, un incentivo fundamental para que los poderes políticos de los Estados no sancionen leyes que establezcan jurisdicción universal, no inicien procesos formales ni lleven casos a juicio es el hecho que los crímenes internacionales son a menudo cometidos por agentes estatales, lo que hace probable que el Estado de nacionalidad del imputado envíe a sus diplomáticos a ejercer presión en contra de estas medidas y amenace con tomar represalias contra el Estado perseguidor. Otros desincentivos relevantes son los costos económicos de estos procesos y juicios, que pueden ser muy elevados,¹⁹ y la dificultad para probar la culpabilidad más allá de una duda razonable de los acusados en este tipo de casos.²⁰ Además, las bases electorales locales pueden oponerse al uso de su sistema judicial doméstico para ocuparse de casos que no tengan un fuerte vínculo con su Estado.

Podría predecirse, entonces, que los poderes políticos de un Estado sancionarán leyes de jurisdicción universal y llevarán a cabo procesos y juicios sólo si los beneficios esperados son mayores que los costos esperados; con estos costos y beneficios esperados variando en base a un gran número de factores. La variación en los beneficios esperados para los poderes políticos dependerá de la identidad de los posibles acusados dado que las sociedades tienen puntos de vista muy diversos respecto de los crímenes internacionales y de quienes los cometen. Además, el nivel de interés y de apoyo local a la persecución y el enjuiciamiento de ciertos

¹⁹ Por ejemplo, la investigación policial y los dos juicios contra el caudillo afgano Faryadi Sarwar Zardad costó, según informes, £3 millones. Sandra Laville, UK Court Convicts Afghan Warlord: Zardad Found Guilty of Torture After Landmark Old Bailey Retrial, GUARDIAN, 19 de julio de 2005, pág. 2. Según Bélgica, los juicios contra acusados ruandeses fueron sustancialmente más baratos y costaron €233,496.59 (el Butare Four en 2001); €308, 345.56 (Nzabonimana en 2005); and €219,117.90 (Ntuyahaga en 2007). Corte Internacional de Justicia [CIJ], Cuestiones relacionadas al deber de Juzgar o Extraditar (Belg v. Sen.), Presentación de la Demanda, para. 6 (Feb. 19, 2009) [en adelante Belg. v. Sen. CIJ Demanda].

²⁰ Las dificultades que autoridades australianas, británicas y canadienses han tenido en diferentes procesos iniciados desde 1980 en probar la culpabilidad más allá de una duda razonable contra Nazis acusados de cometer crímenes internacionales son ejemplos de este fenómeno. Sobre estos procesos, Véase, por ejemplo, DAVID FRASER, LAW AFTER AUSCHWITZ (2005).

imputados variará según la gravedad del crimen y la solidez de las pruebas en contra del imputado; el tipo de crimen internacional o de atrocidades masivas y el tipo de grupos sociales afectados por éstas; y el hecho de que los Estados en donde los crímenes tuvieron lugar tengan o no vínculos históricos, culturales o lingüísticos con el Estado potencialmente acusador. El nivel de interés dependerá también de factores tales como la presencia de víctimas de los supuestos crímenes internacionales en el territorio del Estado perseguidor; de la capacidad de grupos de víctimas y de organizaciones de derechos humanos de poner en conocimiento del público la situación, y de generar empatía y apoyo por parte de los ciudadanos del Estado; del tipo y el grado de cobertura que los medios de comunicación del Estado potencialmente perseguidor dediquen; y de la presencia o residencia permanente del acusado en el territorio del Estado potencialmente perseguidor.

Por su parte, los costos esperados para los poderes políticos de llevar a cabo estos procedimientos y juicios también variarán según el tipo de acusado. Los costos económicos pueden variar como resultado de diversos factores, como por ejemplo que el Estado perseguidor pueda efectivamente arrestar al imputado; que el Estado donde los supuestos crímenes internacionales hayan tenido lugar coopere con la investigación; que las víctimas y las organizaciones no gubernamentales sean capaces de presentar denuncias contra imputados individuales, ofrecer prueba en el proceso penal y convertirse en partes formales del proceso. La oposición de las bases electorales locales a la persecución penal y el enjuiciamiento de ciertos acusados dependerán de factores como los descritos en el párrafo anterior, como contracara del apoyo local a estos procesos. Por último, las presiones diplomáticas y potenciales represalias por parte de Estados extranjeros podrán aumentar o disminuir como consecuencia de la nacionalidad del imputado, dado que los Estados extranjeros tienen diferentes grados de poder para influenciar a otros Estados y pueden no estar dispuestos a ejercer (todo) su poder de influencia contra el Estado perseguidor para proteger a sus ciudadanos.

Sin embargo, incluso si los costos y los beneficios esperados varían según el tipo de imputado, este artículo argumenta que mientras avanzamos a lo largo del espectro de costos que deben afrontar los Estados potencialmente perseguidores por cada imputado, los costos esperados sobrepasan rápidamente a los beneficios esperados de las

persecuciones penales y los procesos de jurisdicción universal, dada la naturaleza de los incentivos y desincentivos que hemos descripto.

Por varias razones, las ventajas de actuar sobre la base de estos incentivos son limitadas. En primer lugar, mientras que los ciudadanos de un Estado pueden valorar que no se violen derechos humanos en otros países, es poco probable que le otorguen mayor importancia que a su propio bienestar económico, a su seguridad, a la educación de sus hijos o a la situación de derechos humanos en su propio país. En segundo lugar, a pesar de que a los ciudadanos de un Estado puedan importarles el estado internacional de los derechos humanos, los poderes políticos disponen de diversas herramientas distintas de la jurisdicción universal para abordar o apaciguar este tipo de preocupaciones. Entre estas herramientas, se encuentran la posibilidad de ofrecer asilo político a víctimas, la de deportar criminales internacionales, la de ejercer presión diplomática sobre regímenes dictatoriales, la de contribuir a que se logre un acuerdo de paz y la de adoptar medidas simbólicas tales como el reconocimiento público de atrocidades, entre muchas otras.

En cambio, los desincentivos para el desarrollo de persecuciones y procesos penales de jurisdicción universal pueden ser muy sustanciales. Dado que entre los posibles imputados habitualmente se encuentran agentes o ex agentes estatales de otros Estados, el Estado perseguidor puede ser objeto de presiones o sanciones por parte de los Estados más poderosos del mundo, tales como China, Rusia y los Estados Unidos. Puesto que estas sanciones podrían atentar contra la situación local de derechos humanos, y el bienestar económico y la seguridad de la población del Estado perseguidor, los poderes políticos de este Estado tendrían fuertes desincentivos para no llevar a cabo los procesos de jurisdicción universal. Incluso los Estados poco poderosos pueden ejercer la suficiente influencia para proteger a sus agentes o ex agentes mediante amenazas individuales -por ejemplo, empresas del Estado perseguidor podrían tener inversiones en el Estado de nacionalidad del imputado, creando posible vulnerabilidad- o uniendo fuerzas con otros Estados poco poderosos que también teman por la persecución penal de sus agentes u ex agentes.

Si este argumento respecto de la estructura de incentivos que opera sobre los poderes políticos es correcto, podría predecirse que sólo los acusados de bajo costo serán llevados a juicio, puesto que sólo en estos casos los incentivos sobrepasarían a los desincentivos que pesan sobre los poderes políticos. Esta predicción demuestra ser verdadera. Este

artículo ha intentado identificar toda denuncia penal basada en la jurisdicción universal presentada por víctimas, grupos de derechos humanos o cualquier actor -junto con los casos de jurisdicción universal que fueron considerados de oficio por autoridades públicas- por uno o más de los cuatro crímenes penales internacionales centrales en cualquier lugar del mundo desde el juicio a Eichmann en 1961.²¹

Este estudio ha identificado 1051 denuncias de jurisdicción universal o casos de jurisdicción universal examinados de oficio por las autoridades públicas (para los fines de este estudio, “nazi” es considerado una nacionalidad).²² La Tabla 1 presenta estos casos y aquellos que fueron a juicio, y los ordena según la nacionalidad del imputado. Como la tabla demuestra, los mayores grupos de denuncias han sido contra imputados nazis, ex yugoslavos, argentinos, ruandeses,

²¹ En lo que concierne a este proyecto, una denuncia penal fue definida como una presentación de un individuo o una organización ante las autoridades estatales contra una persona física por la posible comisión de un crimen. El individuo imputado fue la unidad de análisis. Esto significa que, si una denuncia fue presentada o un juicio fue realizado contra dos imputados, dos denuncias o juicios fueron registrados en la base de datos—uno por imputado. En los pocos casos en los que fueron presentadas denuncias contra un número desconocido de imputados, se registró una sola denuncia. Las denuncias (o casos considerados por las autoridades por su propia iniciativa) que fueron registradas involucraron al menos un crimen internacional y estuvieron basadas completa o parcialmente en el principio de jurisdicción universal. Para los propósitos del registro en la base de datos, una denuncia o juicio de jurisdicción universal se definió como uno en el que el Estado persecutor no tenía ningún interés personal, territorial o nacional vinculado a los crímenes internacionales en cuestión cuando los crímenes fueron cometidos. La codificación de datos incluyó, así, casos de jurisdicción universal pura —en los que no había conexión alguna entre el Estado persecutor y el crimen o acusado incluso después de que el crimen fue cometido; y casos de jurisdicción universal subsidiaria o cautelar—en los que había conexión entre el crimen o imputado y el Estado persecutor luego de la comisión del crimen, como, por ejemplo, la presencia del imputado en el territorio del Estado. Las fuentes utilizadas para el registro de datos incluyeron decisiones judiciales sobre casos; LEXIS-NEXIS y Westlaw; revistas especializadas como el *Journal of International Criminal Justice* y el *Yearbook of International Humanitarian Law*; libros clave sobre jurisdicción universal y derecho penal internacional; los sitios Web del Center for Constitutional Rights, el Center for Justice and Accountability, el Hague Justice Portal, Human Rights Watch, el International Center for Transitional Justice, la International Federation for Human Rights and Trial Watch; informes sobre jurisdicción universal y casos de derecho penal internacional de Amnesty International, Human Rights Watch, y Redress; artículos periodísticos y otros documentos mediáticos; y el buscador Google. Cada caso incluido en la base de datos fue documentado. El registro de casos fue realizado entre junio de 2009 y junio de 2010. De esta manera, para los casos pendientes a esa fecha, se reflejó el status de estos casos en ese período de tiempo. El mismo comentario puede valer para casos en la parte II de este trabajo respecto de investigaciones, persecuciones y juicios pendientes, dado que la mayoría de la investigación relevante para este trabajo fue realizada entre junio de 2009 y febrero de 2010.

²² Supuestos partícipes en crímenes internacionales durante la Segunda Guerra Mundial en Alemania y territorios ocupados por Alemania han incluido personas de distintas nacionalidades, entre ellos alemanes, belorusos, ex yugoslavos, húngaros, letones, polacos, y ucranianos. A pesar de las distintas nacionalidades, participaron en la comisión de estos crímenes como Nazis o colaboradores Nazis, razón por la cuál es razonable incluirlos en esta categoría única.

estadounidenses, chinos e israelíes.²³ Pero la tabla también muestra que de los 1051 imputados, sólo 32 de ellos han sido llevados a juicio.

TABLA 1. DENUNCIAS (O CASOS CONSIDERADOS POR LAS AUTORIDADES PÚBLICAS POR SU PROPIA INICIATIVA) Y JUICIOS DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Denuncias	Porcentaje
4	0.38
3	0.28
121	11.51
2	0.19
3	0.28
12	1.14

²³ El porcentaje de denuncias de jurisdicción universal que han ido a juicio es probable que haya sido incluso menor al 3% indicado por la razón de juicios: denuncias de 32:1051, porque el estudio probablemente subrepresenta el número total de denuncias de jurisdicción universal (o casos considerados por las autoridades por su propia iniciativa) por dos razones. Primero, las autoridades y los denunciantes pueden no anunciar públicamente que las denuncias han sido realizadas. Segundo, dado el alcance global de este estudio, es posible que no todas las denuncias de jurisdicción universal conocidas públicamente fueron identificadas. En contraste, es improbable que haya sido subrepresentado el número total de juicios de jurisdicción universal debido a que los juicios son públicos en la mayoría de los sistemas legales y mucho más propensos a generar atención y cobertura por ONGs de derechos humanos y la literatura de derecho penal internacional. Pero note el lector que, si el porcentaje de denuncias de jurisdicción universal que fueron a juicio fuera menor al indicado 3%, este hecho no afectaría el marco analítico de este artículo y sus hipótesis, sino que las confirmaría aun más.

1	0.09
2	0.19
16	1.52
44	4.19
1	0.09
5	0.48
8	0.76
5	0.48
185	17.6
2	0.19
8	0.76
1	0.09
3	0.28

15 *La diplomacia de la jurisdicción universal [...]*

1	0.09
5	0.48
44	4.19
1	0.09
2	0.19
15	1.43
2	0.19
1	0.09
359	34.16
4	0.38
4	0.38
87	8.28
3	0.28

15	1.43
1	0.09
1	0.09
1	0.09
1	0.09
7	0.67
55	5.23
12	1.14
2	0.19
2	0.19
1051	100

De los 32 imputados que fueron llevados a juicio, 24 -es decir, tres cuartos de todos los imputados que fueron juzgados bajo jurisdicción universal- han sido ruandeses, ex yugoslavos o nazis. Estos son imputados respecto de los cuales existe un amplio consenso en la

comunidad internacional de que pueden ser perseguidos y castigados, y que no han sido defendidos por sus Estados de nacionalidad. Este amplio consenso crea incentivos para los poderes políticos de concentrarse en este tipo de imputados por dos razones. En primer lugar, crea incentivos para los poderes políticos de una amplia gama de Estados para concentrarse en estos imputados. En segundo lugar, cuanto mayor es el acuerdo contra ciertos imputados, más difícil es para su Estado de nacionalidad ejercer influencia sobre Estados potencialmente acusadores, dado que puede haber múltiples Estados acusadores y que al Estado de nacionalidad del imputado le será difícil encontrar aliados entre otros Estados.

Respecto de 5 de los 8 imputados restantes -4 afganos y un congoleño, su Estado de nacionalidad no objetó que se los persiguiera penalmente bajo jurisdicción universal. Dos de los tres casos restantes tuvieron, respectivamente, a un mauritano y un tunecino como acusados, y sus Estados de nacionalidad sí protestaron. Estos Estados tienen poco poder de influencia y, de todos modos, los acusados fueron juzgados *in absentia* y no cumplieron pena de prisión. El caso restante involucró a un acusado argentino, quien fue juzgado en España, ante las protestas de Argentina, un Estado con un nivel medio de influencia. Sin embargo, como veremos a continuación, no es claro cuánta influencia Argentina realmente ejerció en este caso.²⁴

La estadística de los casos de jurisdicción universal que efectivamente llegaron a juicio es entonces consistente con los resultados que uno predeciría en base a la estructura de incentivos de los poderes políticos postulada en este trabajo.²⁵ Además, el patrón general de estos datos no puede ser explicado por las tres hipótesis alternativas que han sido propuestas para explicar por qué los Estados solo persiguen ciertos casos bajo jurisdicción universal.

²⁴ Véase notas infra 213-216 y el texto correspondiente.

²⁵ El tipo de marco analítico elaborado en este artículo también puede ayudar a explicar el bajo número de procesos de jurisdicción universal por el delito de piratería. Los costos de piratería tienden a ser más bajos que aquellos de los crímenes internacionales centrales debido a que los acusados no son defendidos por ningún Estado. El costo principal de procesos de jurisdicción universal por piratería consiste, así, en los desafíos económicos y logísticos de capturar y enjuiciar a los imputados. Pero los incentivos de los poderes políticos en este tipo de casos también son bajos, dado que la piratería no suele generar tanta preocupación en los ciudadanos de los Estados como las atrocidades en masa. Para análisis e información empírica consistentes con estas observaciones, Véase Eugene Kontorovich & Steven Art, *An Empirical Examination of Universal Jurisdiction for Piracy*, 104 AJIL 436 (2010).

La primera hipótesis alternativa sostiene que el peso del material probatorio debería explicar cuáles casos de jurisdicción universal han sido llevados a juicio.²⁶ Si los datos fueran consistentes con esta hipótesis, los casos efectivamente juzgados deberían ser aquellos que presentaban menores desafíos en materia probatoria. Esta explicación no es satisfactoria por dos motivos. En primer lugar, muchos crímenes internacionales demostrados por una gran cantidad de documentación y de material probatorio no han sido llevados a juicio sobre la base de la jurisdicción universal. En segundo lugar, algunos de los casos que efectivamente fueron llevados a juicio presentaban desafíos probatorios extraordinarios -tales como aquellos contra acusados nazis en las décadas del 80 y del 90, dado que los crímenes habían tenido lugar muchas décadas atrás-. Dado que los juicios de jurisdicción universal han tendido a ser verdaderos juicios basados en la prueba presentada en ellos, este artículo no sugiere que las consideraciones probatorias no han jugado ningún tipo de rol en la selección de los casos. Este trabajo sugiere, en cambio, sobre la base de los datos recolectados para este estudio y de los estudios de caso analizados en la sección II, que las consideraciones probatorias han jugado un rol secundario, luego de y no antes de los cálculos políticos.

Una segunda hipótesis alternativa sostiene que los juicios de jurisdicción universal se han concentrado en aquellos casos o situaciones que no han sido juzgados por el Estado territorial, o el Estado de nacionalidad del autor o por un tribunal penal internacional.²⁷ Sin embargo, esta hipótesis tampoco es plausible. En primer lugar, no se han llevado a cabo juicios de jurisdicción universal por crímenes internacionales centrales presuntamente cometidos en lugares que van desde Camboya hasta China, El Salvador, Guatemala, Medio Oriente, Rusia, Estados Unidos y Uzbekistán, entre muchos otros. Y los gobiernos de estos lugares han juzgado pocos o ningún crimen internacional presuntamente cometido en su territorio o por sus nacionales. En segundo lugar, los juicios de jurisdicción universal se han concentrado principalmente en situaciones -la Alemania nazi, la ex Yugoslavia y Ruanda- respecto de las cuales tanto los Estados territoriales como los

²⁶ Véase p. ej., Consejo de la Unión Europea, Grupo Experto AU-EU, Report on the Principle of Universal Jurisdiction, para. 25, Doc. 8672/1/09REV1, anexo pág. 26 (2009) [en adelante Grupo Experto AU-EU].

²⁷ Véase Kontorovich & Art, *supra* nota 25, pág. 447 (analizando esta hipótesis para explicar patrones de persecuciones penales basadas en la jurisdicción universal en casos de piratería).

tribunales penales internacionales han llevado a cabo un buen número de persecuciones penales.

Una tercera hipótesis alternativa sostiene que la presencia o ausencia física del imputado en el territorio del Estado perseguidor, o la posibilidad o imposibilidad de este Estado de detener al imputado, explicaría cuáles casos de jurisdicción universal han sido llevados a juicio, puesto que muchos Estados exigen la presencia del imputado en su territorio como una condición previa para iniciar una investigación formal sobre la base de la jurisdicción universal y muchos otros no admiten juicios *in absentia*.²⁸ Sin embargo, esta hipótesis presenta diversos problemas. En primer lugar, como demuestran los estudios de caso presentados en la siguiente sección, en muchos casos posibles imputados estuvieron presentes en el territorio de un Estado que podía perseguir penalmente en base a la jurisdicción universal y no fueron llevados a juicio. En segundo lugar, al menos cuatro casos de jurisdicción universal comenzaron con una investigación formal sin la presencia del acusado en el territorio del Estado perseguidor y concluyeron en juicio.²⁹ En tercer lugar, ciertos Estados con jurisdicción universal -tales como Francia- admiten juicios *in absentia*. Por último, esta no es realmente una tercer hipótesis alternativa dado que, como también sugieren los estudios de caso de la siguiente sección, la estructura de incentivos políticos postulada anteriormente ha sido a menudo la propia razón por la cual muchos Estados con jurisdicción universal han exigido la presencia del supuesto partícipe del crimen en su territorio como precondition para iniciar una investigación formal sobre la base de la jurisdicción universal y por la cual ciertos Estados con jurisdicción universal no han podido detener a ciertos imputados.

II. CINCO CASOS DE ESTUDIO SOBRE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

La experiencia de cinco Estados puede servir como otra forma de testear el marco teórico desarrollado en la sección anterior. Estos Estados fueron elegidos porque, si bien cada uno ha sancionado legislación que establece la jurisdicción universal para sus tribunales y

²⁸ Véase p. ej., id. pág. 449-50 (analizando la falta de aprehensión de los imputados como una de las hipótesis que explicarían patrones de persecuciones penales basadas en la jurisdicción universal en casos de piratería).

²⁹ El caso Ntuyuhaga en Bélgica, los casos Eichmann y Demjanjuk en Israel, y el caso Scilingo en España se encuentran en esta categoría.

ha recibido denuncias sobre la base de la jurisdicción universal, otorgan diferentes grados de control al poder ejecutivo sobre las persecuciones penales y juicios resultantes.

Este trabajo analiza estos casos desde la perspectiva del derecho procesal penal comparado. Dado que los Estados seleccionados son democracias desarrolladas, la independencia de sus jueces se encuentra protegida. Por lo tanto, los poderes políticos no ejercen control directamente sobre los jueces y los jueces no responden a la estructura de incentivos postulada.³⁰ Como resultado de esto, el grado de control que el Poder Ejecutivo ejerce sobre los casos de jurisdicción universal dependerá de cómo cada Estado organiza sus procesos penales -es decir, de cuán fácilmente un proceso penal puede avanzar a pesar de la oposición de los fiscales y del poder ejecutivo.

Alemania

Marco jurídico e institucional. El derecho alemán otorga a los tribunales penales jurisdicción territorial,³¹ y, bajo ciertas condiciones, jurisdicción extraterritorial sobre la base de los principios de personalidad activa, de personalidad pasiva, protectorio y de jurisdicción universal.³² Hasta el 30 de junio de 2002, la sección 6.1 del Código Penal alemán establecía la jurisdicción universal sobre el crimen de genocidio,³³ y la sección 6.9 de este código todavía autoriza a los tribunales penales alemanes a perseguir crímenes cometidos en el extranjero si así lo establece algún acuerdo internacional. Esta autorización otorga indirectamente jurisdicción universal a los

³⁰ Este artículo no argumenta que los jueces no responden a incentivos. Pero los jueces no responden a los mismos incentivos y desincentivos que los poderes políticos en casos de jurisdicción universal porque los jueces en nuestros cinco casos de estudio no son elegidos popularmente, pueden aumentar su reputación individual al avanzar procesos de jurisdicción universal, no pueden ser presionados directamente por gobiernos extranjeros, y no tienen la principal responsabilidad por los costos de las relaciones internacionales. La literatura sobre los incentivos de los jueces es extensa. Un trabajo clásico es Richard A. Posner, *What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, SUP. CT. ECON. REV. 1 (1993).

³¹ STGB §§3, 9. Hay traducciones en inglés realizadas por el Ministerio de Justicia alemán de algunas de estas leyes citadas en esta sección disponibles online en http://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_translations.html.

³² Id. §§7(2)(1), 5 (subsecciones 3a, 5a, 8, 9, 11a, 12, 14a, 15) (personalidad activa); id. §§7(1), 5 (subsecciones 6, 6a, 7, 8, 14) (personalidad pasiva); id. §5 (subsecciones 1-5, 7, 8, 10, 14a) (principio protectorio); id. §§6, 7(2)(2) (principio de representación); *Völkerstrafgesetzbuch [VStGB]* [Código de Crímenes contra el Derecho Internacional], 26 de junio de 2002, §1, BUNDESGESETZBLATT, TEIL I pág. 2254 (jurisdicción universal).

³³ Secciones 6.1 y 220^a (criminalización del genocidio) del Código Penal Alemán entraron en efecto en 1955 después que Alemania accediera a la Convención de Genocidio en noviembre de 1954.

tribunales alemanes sobre graves violaciones a los Convenios de Ginebra cometidas antes del 30 de junio de 2002.³⁴

Durante la segunda mitad de la década del 90, el gobierno federal alemán, bajo una coalición liderada por el Demócrata Cristiano Helmut Kohl, desarrolló una actitud crecientemente positiva respecto del derecho penal internacional, que encontró su máxima expresión en el activo rol desempeñado por los representantes alemanes en la creación de la CPI.³⁵ Un estatuto especial -el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional (o VstGB)-, que entró en vigor el 30 de junio de 2002, fue diseñado para garantizar que Alemania cumpliría y apoyaría la estructura de la CPI. Este estatuto fue sancionado en el Bundestag con el apoyo no sólo de los Socialdemócratas y de la Alianza 90/Los Verdes, que formaban la coalición de gobierno, sino también de la Unión (que incluye a los Demócratas Cristianos), del Partido Democrático Liberal y del Partido del Socialismo Democrático; también fue acogido positivamente por los estados individuales en el Budestrat.³⁶

El VstGB establece la jurisdicción universal de los tribunales alemanes sobre casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, aun sin un vínculo con Alemania luego de cometido el crimen.³⁷ Bajo el proceso penal alemán, la etapa de instrucción o investigación preliminar es controlada por el fiscal.

Como regla general, los fiscales alemanes deben actuar de oficio ante cualquier crimen del que tengan conocimiento, siempre y cuando exista una base fáctica que justifique la persecución.³⁸ Sin embargo, varias excepciones explícitas a esta regla general -el denominado principio de oportunidad- autorizan al fiscal a no perseguir ciertos casos.³⁹

Una de estas excepciones aplica si el crimen tuvo lugar fuera de territorio alemán.⁴⁰ En estos casos, el fiscal se encuentra autorizado para desestimar el caso incluso luego de haber comenzado la persecución formal, si continuar causara un daño al Estado alemán o a otros

³⁴ Véase infra nota 53 sobre los casos Djajić y Sokolović.

³⁵ Véase Wolfgang Kaleck, *German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe*, en *INTERNATIONAL PROSECUTION OF HUMAN RIGHTS CRIMES* 93, 102 (Wolfgang Kaleck et al. eds., 2007).

³⁶ Véase HELMUT GROPPENGIESSER & HELMUT KREICKER, *DEUTSCHLAND 59-60, 444, 1 NATIONALE STRAFVERFOLGUNG VÖLKERRECHTLICHER VERBRECHEN* (Albin Eser & Helmut Kreicker eds., 2003).

³⁷ VStGB, §§1, 6, 7, 8-12.

³⁸ STRAFPROZESSORDNUNG [STPO] [CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL] §152.

³⁹ Id. §§153-54.

⁴⁰ Id. §153c(1)(1).

importantes intereses públicos.⁴¹ Además, para los delitos regulados por el VstGB, el Código Procesal Penal alemán autoriza al fiscal a abstenerse de perseguir si el presunto autor no se encuentra en Alemania o no se espera que se encuentre,⁴² si el delito está siendo investigado por un tribunal internacional, o por el Estado en cuyo territorio se cometió, o por el Estado de nacionalidad del presunto autor o de la presunta víctima.⁴³ El Código Procesal Penal establece que el fiscal puede desestimar un caso por estos motivos en cualquier estado del proceso, incluso después de que el proceso penal ha sido formalmente abierto.⁴⁴

Para presuntos crímenes regulados por la sección 6.9 del Código Penal -y por la sección 6.1 antes de que fuera derogada- y por el VstGB, la decisión sobre cuándo comenzar un proceso penal formal o de desestimarlo una vez que ha comenzado recae en el fiscal federal alemán,⁴⁵ quien está sujeto al control y dirección del Ministro de Justicia federal.⁴⁶ La presunta víctima del delito puede convertirse en demandante civil y, en ciertos casos, en acusador privado.⁴⁷ Sin embargo, si el fiscal federal decide desestimar un caso porque el supuesto delito fue cometido fuera del país, ni la víctima que presentó la denuncia ni el demandante civil ni el acusador privado pueden cuestionar esta decisión ante los tribunales.⁴⁸

Estas normas reflejan un alto grado de control por parte del poder ejecutivo sobre las decisiones en procesos de jurisdicción universal en Alemania, puesto que el fiscal federal, un funcionario de alto rango que pertenece al poder ejecutivo, tiene discreción que no es contralada por los tribunales sobre estas decisiones. En consecuencia, según la

⁴¹ Id. §153c(3).

⁴² Id. §153f(1) & (2)(3).

⁴³ Id. §153f(2)(4).

⁴⁴ Id. §153c(4), f(3). La legislatura alemana adoptó la sección 153f(3) como resultado de las preocupaciones que expresó el fiscal federal acerca de los principios de jurisdicción universal. Kai Ambos, *International Core Crimes, Universal Jurisdiction and §153F of the German Criminal Procedure Code: A Commentary on the Decisions of the Federal Prosecutor General and the Stuttgart Higher Regional Court in the Abu Ghraib/Rumsfeld Case*, 18 CRIM. L.F. 43, 55 (2007).

⁴⁵ *Gerichtsverfassungsgesetz [GVG] [Law on Constitution of the Courts] §§142a, 120(1)(8); STPO §153c(5).*

⁴⁶ *GVG §147(1).*

⁴⁷ *STPO §§403 (demanda civil en el proceso penal), 395 (acusador privado respecto a ciertas ofensas).*

⁴⁸ *Id. §172(2); Oberlandesgericht [OLG] Stuttgart [Higher Regional Court] Sept. 13, 2005, Nro. 5 Ws109/05. OLG Stuttgart, Apr. 21, 2009, Nro. 5 Ws21/09.* Para las diferentes visiones de los tribunales y doctrinarios alemanes sobre este tema, véase por ejemplo, Kai Ambos, *Prosecuting Guantanamo in Europe: Can and Shall the Masterminds of the "Torture Memos" Be Held Criminally Responsible on the Basis of Universal Jurisdiction?*, 42 CASE W. RES. J. INT'L L. 405, 430-32 (2009).

estructura de incentivos postulada en este artículo, podría predecirse que Alemania iniciaría procesos penales formales sobre la base de la jurisdicción universal únicamente respecto de imputados de bajo costo. De hecho, esto es lo que ha sucedido en este caso, como lo demuestran las tres categorías de casos de jurisdicción universal que consideramos a continuación.

Juicios. La situación en la ex Yugoslavia que comenzó a principios de los 90 generó especial atención en Alemania porque las atrocidades ocurrieron en Europa y en un área que había estado bajo influencia alemana en distintos puntos de la historia. Alemania recibió cientos de miles de refugiados bosnios, participó en operaciones de mantenimiento de paz en la región y brindó un apoyo sustancial al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY).⁴⁹

El fiscal federal inició 127 investigaciones contra 177 acusados por atrocidades en la ex Yugoslavia.⁵⁰ Uno de los casos -el de Duško Tadić- fue transferido al TPIY en abril de 1995.⁵¹ En otros cuatro casos, los imputados fueron condenados por genocidio, homicidio e instigación y participación en homicidio, entre otros cargos.⁵² Estos casos involucraron a cuatro serbobosnios: Novislav Djajić, Nikola Jorgić, Maksim Sokolović y Djuradj Kušljic.⁵³

En varias decisiones, la Corte Federal de Justicia alemana sostuvo que la jurisdicción universal requería, de acuerdo con el Código Penal, un vínculo legitimante con Alemania.⁵⁴ Esto no fue un problema en estos

⁴⁹ Véase p. ej., REYDAMS, *supra* nota 10, págs. 149-50.

⁵⁰ Rolf Hannich, Justice in the Name of All. Die praktische Anwendung des Völkerstrafgesetzbuchs aus der Sicht des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof, 13 ZEITSCHRIFT FÜR INTERNATIONALE STRAFRECHTSDOGMATIK 507, 510-11 (2007). También ha habido procesos en contra de militares argentinos por violaciones de derechos humanos en Argentina, pero como se han basado principalmente en el principio de personalidad pasiva, están más allá del foco de este artículo. Lo mismo se aplica al caso de John Demjanjuk, quien ha sido juzgado sobre la base de personalidad pasiva y crímenes cometidos mientras ocupaba una posición pública alemana (un tipo sui generis de nacionalidad activa) bajo la versión de 1943 del Código Penal alemán.

⁵¹ Fiscal v. Tadić, Acusación, Nro. IT-94-1 (Feb. 13, 1995).

⁵² Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof [Generalbundesanwalt], Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (chequeado el 16 de julio de 2009, y en el archivo del autor).

⁵³ Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] [Corte Regional Superior de Bavaria] 23 de mayo de 1997, 1998 NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT [NJW] 392 (Djajić); Bundesgerichtshof[BGH][Corte Federal de Justicia] Apr. 30, 1999, 1999 NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT [NSTZ] 396, INT'L L. DOMESTIC CTS. [ILDC] 132 (Trad. Ing.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] Dec. 12, 2000, 2001 JURISTEN ZEITUNG [JZ] 975; Jorgić v. Germany, Ap. Nro. 74613/01 (Eur. Ct. H.R. July 12, 2007) (Jorgić); BGH, Revision Judgment, 21 de febrero de 2001, NJW2728, ILDC564 (Sokolović); BGH, Revision Judgment, Feb. 21, 2001, NJW2732 (Kušljic).

⁵⁴ Véase p. ej. BGH Feb. 13, 1994, 1994 NSTZ 232 (Tadić); BGH Dec. 11, 1998, 1999 NSTZ 236 (X v. SB & DB); BGH Apr. 30, 1999, *supra* nota 53 (Jorgić). En Jorgić, la Corte Constitucional dejó

casos, puesto que todos los defendidos se encontraban en Alemania, siendo muchos de ellos residentes desde hace años.

Casos pendientes. Desde la promulgación del VStGB el 1 de julio de 2002, se han presentado más de 60 denuncias, pero sólo se han iniciado procesos penales formales sobre la base de la jurisdicción universal contra 3 personas.⁵⁵ Por iniciativa propia, la Oficina del Fiscal Federal abrió una investigación contra Ignace Murwanashyaka, un líder de una milicia hutu de Ruanda presuntamente responsable de violaciones al derecho internacional humanitario en la parte oriental de la República Democrática del Congo (RDC), pero luego desestimó el caso por falta de pruebas.⁵⁶ Sin embargo, el 17 de noviembre de 2009, como consecuencia de presiones ante las autoridades alemanas ejercidas por, entre otros, el gobierno de Ruanda y las Naciones Unidas, la Policía Criminal Federal Alemana arrestó a Murwanashyaka y a su segundo, Straton Musoni. Se les imputan crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre otros delitos.⁵⁷

El 29 de julio de 2010, en un caso distinto fundado en la derogada sección 6.1 del Código Penal, Onesphore Rwabukombe, otro ruandés, fue acusado por el Fiscal Federal por, entre otros delitos, genocidio e incitación al genocidio en Ruanda en 1994.⁵⁸

Casos desestimados. De las alrededor de 60 denuncias presentadas ante la Oficina del Fiscal Federal desde el 1 de julio de 2002, una se refería al ministro del interior de Uzbekistan; diecinueve involucraban hechos ocurridos en la Guerra de Irak y actos de tortura en Abu Ghraib y

abierta la cuestión si una conexión legítima realmente es requerida. Véase BVerfG Dec. 12, 2000, supra nota 53. En Sokolović, la Corte Federal de Justicia dijo que estaba inclinada a abandonar el requisito de una conexión legítima, al menos para los casos impulsados bajo la sección 6.9 del Código Penal. Véase BGH, NJW 2728, supra nota 53.

⁵⁵ Amnesty International, Germany: End Impunity Through Universal Jurisdiction 60, 101-02, AI Index EUR 23/003/2008, 2008 (explicando que más de sesenta denuncias han sido presentadas).

⁵⁶ Id. pág. 102.

⁵⁷ Véase Horand Knaup, Germany Arrests Rwandan War Crimes Suspects, SPIEGEL ONLINE, 18 de noviembre de 2009, en <http://www.spiegel.de/international/world/0,1518,druck-661965,00.html>; BGH 17 de junio de 2010, Nro. AK 3/10. Este caso ha estado basado en los principios de jurisdicción territorial y jurisdicción universal. Estoy agradecido con Kai Ambos por discutir este punto en detalle conmigo.

⁵⁸ Generalbundesanwalt, Anklage gegen einen ruandischen Staatsangehörigen wegen Völkermordes (18 de agosto de 2010), en http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid_12&newsid_369.

Guantánamo; dieciséis se referían al conflicto en Medio Oriente; y diez a la presunta persecución a los practicantes de Falun Gong en China.⁵⁹

El principal argumento para desestimar estos casos fue la ausencia de los imputados del territorio alemán.⁶⁰ Dos de estos casos desestimados merecen especial consideración. El primero comenzó el 21 de noviembre de 2003, cuando la Asociación Alemana de Falun-Dafa, junto a otros cuarenta denunciantes de diferentes países, presentó una denuncia contra Jiang Zemin, ex presidente de China, y otros miembros del gobierno chino, por la represión contra el Falun Gong. La denuncia alegaba genocidio, crímenes de lesa humanidad, tortura y otros crímenes. El 24 de junio de 2005, el Fiscal Federal desestimó la denuncia, argumentando, entre otras cosas, que Jiang tenía inmunidad bajo el derecho internacional por ser un ex jefe de estado.⁶¹

El segundo caso involucró dos denuncias contra Donald H. Rumsfeld, entonces secretario de defensa de los Estados Unidos, y otros funcionarios estadounidenses. La primera de estas, presentada el 29 de noviembre de 2004, y ampliada el 10 de febrero de 2005, fue presentada por el Centro por los Derechos Constitucionales (Center for Constitutional Rights) y cuatro ciudadanos iraquíes. La denuncia mencionaba cuarenta y cuatro presuntos casos de malos tratos en la cárcel de Abu Ghraib en Irak y cuatro casos adicionales de presuntos malos tratos durante detenciones en otros establecimientos en Irak. Rumsfeld debía asistir a una Conferencia de Seguridad en Munich el 13 de febrero de 2005 y, dos días antes de su prevista llegada, el fiscal desestimó la denuncia, principalmente sobre la base del principio de complementariedad. Según el fiscal, no había encontrado indicios que indicaran que Estados Unidos no investigaría y perseguiría los presuntos abusos.⁶²

El 14 de noviembre de 2006, el Centro de Derechos Constitucionales, junto a ONGs y 12 presuntas víctimas de tortura, presentó una nueva denuncia contra Rumsfeld y otros por abusos en Abu Ghraib y

⁵⁹ Salvatore Zappala, *The German Federal Prosecutor's Decision Not to Prosecute a Former Uzbek Minister: Missed Opportunity or Prosecutorial Wisdom?* 4 J. INT'L CRIM. JUST. 602 (2006); Amnesty International, *supra* nota 55, pág. 101.

⁶⁰ Amnesty International, *supra* nota 55, pág. 60.

⁶¹ Hummel. Kaleck. Rechtsanwalte, *Einstellung Strafverfahren gegen chinesische Regierung*.

⁶² Decisión del Fiscal Federal, 2 de octubre de 2005, JZ 311. Una apelación fue rechazada por la Corte Regional Superior de Stuttgart, OLG Stuttgart 13 de septiembre de 2005, *supra* nota 48. Véase también Florian Jessberger, *Universality, Complementarity, and the Duty to Prosecute Crimes Under International Law in Germany*, en *INTERNATIONAL PROSECUTION OF HUMAN RIGHTS CRIMES*, *supra* nota 35, págs. 213, 214.

Guantánamo. La nueva denuncia se relacionaba con la anterior, pero incluía nuevas pruebas, nuevos acusados y nuevos denunciantes, y fue presentada luego de la asunción de un nuevo Fiscal Federal en reemplazo del anterior y de la renuncia de Rumsfeld.⁶³ El fiscal desestimó la denuncia, haciendo referencia a la desestimación del fiscal anterior y argumentando que los presuntos autores no se encontraban ni se esperaba que se encontraran en Alemania. El fiscal agregó que una investigación exitosa exigiría realizar investigaciones en Irak y en los Estados Unidos, y que tratar de obtener cooperación jurídica internacional, especialmente en Irak, sería en vano.⁶⁴

Inglaterra y Gales

Marco jurídico e institucional. La competencia penal de Inglaterra se ha basado tradicionalmente en el principio de territorialidad.⁶⁵ En las últimas décadas, sin embargo, ciertas leyes han autorizado a los tribunales del Reino Unido a ejercer jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales que son objeto de este artículo. En primer lugar, como parte de la implementación de los Convenios de Ginebra de 1949, la sección 1 de la Ley de los Convenios de Ginebra de 1957 estableció la jurisdicción universal de los tribunales del Reino Unido sobre las graves violaciones a estos Convenios.⁶⁶ Además, como parte de la implementación de la Convención Contra la Tortura de 1984, la sección 134(1) de la Ley de Justicia Penal de 1988 otorga a los tribunales del Reino Unido jurisdicción universal sobre el crimen de tortura.

La sección 1(1) de la Ley de Crímenes de Guerra de 1991 otorga jurisdicción a los tribunales del Reino Unido sobre personas que se encuentren en el Reino Unido imputadas de haber cometido los crímenes de guerra de homicidio simple, homicidio cometido en emoción violenta y homicidio culposo entre el 1 de septiembre de 1939 y el 5 de junio de 1945 en un lugar que fuera, en aquel momento, parte de Alemania o se encontrara bajo ocupación alemana, pero sólo si el presunto partícipe era

⁶³ Center for Constitutional Rights, German War Crimes Complaint Against Donald Rumsfeld et al., (interpuesta el 14 de noviembre de 2006), en <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/german-war-crimes-complaint-against-donald-rumsfeld-et-al>.

⁶⁴ Fiscal General, Corte Suprema Federal, Denuncia Penal contra Donald Rumsfeld et al., No. 3ARP 156/06-2 (Apr. 5, 2007) (Trad. en ing. de la decisión del fiscal), en <http://ccrjustice.org/files/ProsecutorsDecision.pdf>. Un recurso fue rechazado por la Corte Regional Superior de Stuttgart, OLG Stuttgart 21 de abril de 2009, supra nota 48.

⁶⁵ 11(3) HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, para. 1054 (4ta ed. 2006 reissue).

⁶⁶ The Geneva Conventions (Amendment) Act, 1995, c. 27, §1(2), agregó las graves violaciones del Protocolo Adicional.

al 8 de marzo de 1990, o se ha convertido desde entonces en, ciudadano inglés o en residente del Reino Unido, de la Isla de Man o de cualquiera de las Islas del Canal.⁶⁷ Por último, las secciones 51 y 68 de la Ley de la Corte Penal Internacional de 2001 permiten a los tribunales ingleses y galeses ejercer jurisdicción sobre casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y ciertos crímenes de guerra cometidos fuera del Reino Unido, por, entre otras, personas que se convirtieron posteriormente en residentes del Reino Unido.

Todas estas leyes precisan que en Inglaterra y en Gales los procesos por estos crímenes pueden ser puestos en marcha únicamente por o con el consentimiento del procurador general -el principal asesor jurídico de la Corona y ministro de gobierno que responde directamente ante el Parlamento.⁶⁸ La guía legal del Ministerio Público de la Corona explica que esta regla busca prevenir “abusos y el desprestigio del derecho, porque el delito es de una especie que puede desembocar en persecuciones privadas vejatorias” y asegurar “que las decisiones en materia de persecuciones penales tengan en cuenta consideraciones relevantes de naturaleza internacional y de las políticas públicas”.⁶⁹

Sin embargo, la sección 25(2)(a) de la Ley de Persecución de Delitos de 1985 establece que el requisito de consentimiento previo no impide el arresto de un individuo ni que se le establezca prisión preventiva o libertad bajo fianza a una persona imputada de cualquier delito.⁷⁰ En Inglaterra y Gales cualquier persona puede presentar denuncias penales e instar un proceso penal, por lo que individuos privados pueden directamente solicitar órdenes de arresto.⁷¹ En consecuencia, a pesar de que un imputado no puede ir a juicio sin el consentimiento del Procurador General, los individuos privados pueden obtener órdenes de arresto, siempre y cuando los jueces hagan lugar a sus pedidos.

Bajo este régimen, el gobierno tiene el monopolio de la decisión respecto de quién puede ser perseguido por crímenes internacionales bajo jurisdicción universal y esta decisión recae en manos de un solo funcionario, el procurador general. Al ser un ministro de gobierno,

⁶⁷ Sobre el contexto político que llevó a la implementación del 1991 War Crimes Act, véase FRASER, *supra* nota 20, págs. 275–88.

⁶⁸ Geneva Conventions Act, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 52, §1A(3); Criminal Justice Act, 1988, c. 33, §135; War Crimes Act, 1991, c. 13, §1(3); International Criminal Court Act, 2001, c. 17, §53(3).

⁶⁹ The Crown Prosecution Service, Consents to Prosecute (21 de julio de 2010), en http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/consent_to_prosecute/.

⁷⁰ Prosecution of Offences Act, 1985, c. 23, §25(2)(a).

⁷¹ Véase *id.* §6(1).

debería esperarse que el procurador general responda a la estructura de incentivos descrita en este artículo e inicie persecuciones penales únicamente contra imputados de bajo costo. Sin embargo, la capacidad que tienen los individuos privados de solicitar y obtener órdenes de arresto otorgadas por miembros del Poder Judicial disminuye el control gubernamental sobre los procesos, y sugiere que se emitirían órdenes de arresto contra un mayor rango de potenciales imputados que los que eventualmente serán perseguidos. Además, si estas órdenes de arresto les causaran graves tensiones internacionales a Inglaterra y Gales, ellas crearían incentivos para que los procedimientos de órdenes de arresto sean modificados. Estas tres predicciones han demostrado ser verdaderas.

Juicios. Solo dos imputados han sido perseguidos penalmente y llevados a juicio en Inglaterra y en Gales sobre la base de las normas de jurisdicción universal de las leyes relevantes recién descritas.

En el único caso bajo la Ley de Crímenes de Guerra en el cual se llegó a un veredicto, Anthony Sawoniuk fue acusado de haber cometido el crimen de guerra de homicidio contra judíos en Belarús (entonces Bielorrusia) cuando trabajaba para fuerzas alemanas en la policía local. Sawoniuk había residido en el Reino Unido desde 1946, donde se había convertido en trabajador ferroviario. En 1988 su nombre apareció en una lista de posibles sospechosos entregado por la Unión Soviética a las autoridades británicas. El 1 de Abril de 1999, el Tribunal Penal Central en Old Bailey condenó a Sawoniuk por dos cargos de homicidio en relación con la muerte de dos mujeres judías en Belarus en 1942 y lo sentenció a prisión perpetua.⁷²

El único caso de jurisdicción universal fue por el delito de tortura y fue llevado a juicio bajo la sección 134(1) de la Ley de Justicia Penal contra el caudillo militar afgano Faryadi Sarwar Zardad. Luego de que la Unión Soviética se retirara de Afganistán, Zardad, quien controló desde 1992 hasta 1996 un puesto de control sobre la ruta entre Kabul y Pakistán, habría aterrorizado, torturado, encarcelado y extorsionado a civiles sobre esta ruta.⁷³ Durante el comienzo del ascenso al poder de los talibanes en 1996, Zardad abandonó Afganistán y voló al Reino Unido,

⁷² Para un resumen del juicio, véase R. v. Sawoniuk [2000] EWCA Crim 9 (10 de febrero de 2000) (rechazando el recurso de Sawoniuk).

⁷³ Véase p. ej., *Afghan Warlord Guilty of Torture*, BBC NEWS, 18 de julio de 2005, en <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/4693239.stm>; *Afghan Zardad Jailed for 20 Years*, BBC NEWS, 19 de julio de 2005, en http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4695353.stm.

donde ingresó con un pasaporte falso y solicitó asilo.⁷⁴ En 2003, el periodista de la BBC John Simpson logró captar en cámara a Zardad viviendo en el sur de Londres. Poco después, Zardad fue arrestado allí.⁷⁵

Luego de que un primer jurado no llegara a un veredicto, Zardad fue vuelto a juzgar ante el Old Bailey, condenado el 18 de julio de 2005 por tortura y toma de rehenes, y sentenciado a 20 años de prisión.⁷⁶ Lord Goldsmith, procurador general durante el gobierno de Tony Blair, acudió a los tribunales por primera vez desde su nombramiento para ejercer la persecución penal durante el primer juicio y explicó que el Reino Unido había decidido llevar adelante el proceso porque los crímenes de Zardad eran tan atroces y constituían tal “ofensa a la justicia” que podían ser juzgados en cualquier país.⁷⁷

Arrestos. La predicción de que podrían emitirse órdenes de arresto contra un mayor rango de imputados que aquellos que efectivamente resultaran perseguidos queda confirmada con las órdenes emitidas contra funcionarios israelíes. En respuesta a una solicitud presentada por abogados británicos en representación de víctimas palestinas, el Juez Superior de Distrito Timothy Workman emitió una orden de arresto contra el Mayor General Doron Almog sobre la base de presuntos crímenes de guerra bajo los Convenios de Ginebra, específicamente por haber presuntamente ordenado demoler 59 hogares de civiles palestinos. Almog logró volar de vuelta a Israel cuando la policía británica desistió de abordar su avión en septiembre de 2005.⁷⁸ En diciembre de 2009, ante el requerimiento de ciudadanos palestinos que sostenían que se habían cometido crímenes de guerra en Gaza durante la Operación Plomo Fundido, un tribunal británico emitió una orden de arresto contra Tzipi Livni, la ex ministra de relaciones exteriores de Israel, que solo fue retirada cuando se descubrió que no se encontraba en el Reino Unido.⁷⁹

Además, el jefe de gobierno del Estado de Gujarat en India canceló un viaje al Reino Unido, posiblemente debido a temores de que se emitiera una orden de arresto contra él por su rol en ciertos disturbios anti-

⁷⁴ Afghan Warlord Guilty of Torture, *supra* nota 73; Afghan Zardad Jailed for 20 Years, *supra* nota 73.

⁷⁵ Véase p. ej., Lavelle, *supra* nota 19.

⁷⁶ Véase p. ej., Afghan Warlord Guilty of Torture, *supra* nota 73; Lavelle, *supra* nota 19.

⁷⁷ Afghan Zardad Jailed for 20 Years, *supra* nota 73.

⁷⁸ Vikram Dodd, Papers Reveal How Alleged War Criminal Escaped UK Arrest, *GUARDIAN*, 20 de febrero de 2008, pág. 8

⁷⁹ Ian Black & Ian Cobain, British Court Issued Arrest Warrant for Former Israeli Minister of 'War Crimes' in Gaza, *GUARDIAN*, 15 de diciembre de 2009, pág. 4.

musulmanes en 2002.⁸⁰ Sobre la base de argumentos de inmunidad, jueces británicos han rechazado solicitudes de órdenes de arresto contra el General Shaul Mofaz, entonces ministro de defensa de Israel; Robert Mugabe, presidente de Zimbabue; Bo Xilai, entonces ministro de comercio de China; y Ehud Barak, ex primer ministro, ex viceprimer ministro de Israel y ex ministro de defensa de Israel.⁸¹

Casos desestimados. Las autoridades no han avanzado con la persecución de otros posibles casos que han considerado, incluyendo aquellos contra imputados nazis;⁸² contra el teniente coronel Tharcisse Muvunyi, un ex agente del ejército ruandés residente en Inglaterra que fue arrestado para ser transferido al Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) el 5 de febrero del 2000;⁸³ contra el Dr. Mohammed Mahgoub, un médico sudanés residente en Escocia que fue acusado de participar en la tortura de otro ciudadano sudanés en Sudán;⁸⁴ contra Karuna Amman, un ex comandante de los Tigres Tamiles en Sri Lanka, acusado de participar en diversas masacres -incluyendo una contra entre cuatrocientos y seiscientos agentes policiales desarmados- y otras violaciones a los derechos humanos;⁸⁵ y contra George W. Bush, ex presidente de los Estados Unidos, quien no fue investigado debido a que se consideró que tenía inmunidad.⁸⁶

Por último, llegamos al arresto del ex dictador chileno Pinochet, el caso contemporáneo de jurisdicción universal más conocido. La sección 134 de la Ley de Justicia Penal podría haber brindado una base jurídica para que Inglaterra persiguiera a Pinochet, pero en dos visitas anteriores de Pinochet a Inglaterra, Amnistía Internacional había fracasado en sus

⁸⁰ Gujarat Leader Calls off UK Visit, BBC NEWS, 25 de marzo de 2005, at http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/4381585.stm.

⁸¹ Re Mofaz (Bow St. Mag. Ct. Feb. 12, 2004), en *Immunity and International Crimes in English Law* (Colin Warbrick ed.), 53 INT'L&COMP. L.Q. 769, 771 (2004); id. pág. 770 (reproduciendo la decisión en el caso de Mugabe, Bow St. Mag. Ct. 14 de enero de 2004); Application for Arrest Warrant Against Bo Xilai (Bow St. Mag. Ct. Nov. 8, 2005) (per Workman, J.), citado en 18 HUM. RTS. WATCH, No. 5(D), *Universal Jurisdiction in Europe* 94 n.431 (2006), disponible en <http://www.hrw.org/en/node/11297/section/15>; e.g., Goldstone Defends UNGaza Report, BBCNEWS, Sept. 30, 2009, at http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/8280181.stm (Barak).

⁸² Para una descripción de los principales casos en contra de los posibles imputados Nazi, véase FRASER, supra nota 20, at 274, 290-92, 298-99.

⁸³ Geoffrey Bindman, UK Prosecutions for Crimes Under International Law, en *JUSTICE FOR CRIMES AGAINST HUMANITY* 365, 370 (Mark Lattimer & Philippe Sands eds., 2003).

⁸⁴ NAOMI ROHT-ARRIAZA, *THE PINOCHET EFFECT* 33 (2005); Bindman, supra nota 83, at 369-70. Este caso tuvo lugar en Escocia y la decisión de desestimar la persecución penal fue hecha por el "lord advocate".

⁸⁵ Ver, por ejemplo, Trial Watch, Karuna Amman, at http://www.trial-ch.org/trialwatch/profil_print.php?ProfileID733&Lang.en.

⁸⁶ *Universal Jurisdiction in Europe*, supra nota 81, pág. 94.

intentos de que fuera arrestado y perseguido bajo esta norma. En uno de estos intentos, el magistrado de Bow Street no hizo lugar a la solicitud de orden de arresto. En el otro, el procurador general rechazó ordenar el arresto inmediato de Pinochet y, en cambio, inició una investigación policial, lo que dio tiempo a Pinochet de abandonar el país.⁸⁷

Hay diversas explicaciones posibles de por qué Inglaterra, a pesar de su renuencia de arrestar y perseguir a Pinochet por sí misma, sí lo arrestó sobre la base de la orden de arresto internacional y el pedido de extradición emitidos por España. En primer lugar, la extradición “es un proceso normal y de rutina entre los países europeos que son parte del Convenio Europeo de Extradición de 1957... [y sus] autoridades administrativas están acostumbradas a los procedimientos y no serían influenciadas por sensibilidades políticas ni por falta de conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos”.⁸⁸

Además, en el caso de pedidos de extradición no es necesario el consentimiento del procurador general. En estos casos, es el secretario del interior quien juega un papel crucial, pero el secretario del interior del gobierno de Blair aparentemente no fue consultado antes del arresto de Pinochet.⁸⁹ Por otra parte, como veremos en la sección dedicada a España, una vez que Pinochet fue arrestado, su detención y persecución recibió un apoyo tan amplio que sólo después de más de dieciséis meses el secretario del interior decidió no hacer lugar al pedido de extradición de España y le permitió a Pinochet regresar a Chile.

Propuestas de reforma. La emisión de órdenes de arresto contra acusados de alto costo ha creado incentivos para reformar los procedimientos aplicables. El gobierno israelí habría respondido a la orden contra el Mayor General Almog en 2005 con presiones al gobierno de Blair para que consideraran impedir que individuos pudieran solicitar órdenes de arresto contra personas acusadas de crímenes de guerra y de tortura.⁹⁰ Aunque ninguna reforma fue aprobada, a raíz de la orden de arresto emitida contra la ex ministro de relaciones exteriores Livni en 2009, tanto el ex primer ministro Gordon Brown como la nueva coalición de gobierno de conservadores y liberales-demócratas anunciaron que estaban considerando modificar los procedimientos a través de los

⁸⁷ Bindman, *supra* nota 83, págs. 366-67.

⁸⁸ *Id.* pág. 366.

⁸⁹ David Sugarman, *From Unimaginable to Possible: Spain, Pinochet and the Judicialization of Power*, 3 *J. SPANISH CULTURAL STUD.* 107, 114 (2002).

⁹⁰ Vikram Dodd, *UK Considers Curbing Citizens' Right to Arrest Alleged War Criminals*, *GUARDIAN*, 3 de febrero de 2006, pág. 19.

cuales pueden emitirse órdenes de arresto sobre la base de solicitudes de individuos particulares. La sección 151 del Proyecto de Ley de Reforma Policial y Responsabilidad Social, presentada en el Parlamento el 30 de noviembre de 2010, restringiría esta posibilidad al exigir el consentimiento previo del director de persecuciones públicas antes de la emisión de órdenes de arresto por ciertos delitos presuntamente cometidos fuera del Reino Unido.⁹¹

Breve Agregado a la Traducción en Español: esta reforma fue finalmente aprobada. Ver sección 153 de la Ley de Reforma Policial y Responsabilidad Social del Reino Unido.

Francia

Marco jurídico e institucional. El derecho penal francés otorga a los tribunales franceses competencia sobre la base de los principios de territorialidad, personalidad activa, personalidad pasiva y protectorio;⁹² y, conforme el artículo 689 del Código Procesal Penal francés, quienes cometan crímenes fuera del territorio de Francia y sus cómplices pueden ser perseguidos penalmente y juzgados por tribunales franceses en aquellos casos en que aplique la ley francesa o un tratado internacional otorgue competencia a los tribunales franceses.

Antes de la entrada en vigor del artículo 689-11 del Código Procesal Penal el 9 de agosto de 2010, que discutiremos a continuación, la tortura era el único crimen internacional central sujeto a jurisdicción universal en Francia sin estar circunscripto a una ubicación geográfica determinada. El artículo 689-2 del Código establece que cualquier persona culpable de tortura puede ser perseguida y juzgada si, como establece el artículo 689-1, se encuentra presente en Francia. Además, por implementación de ciertas resoluciones del Consejo de Seguridad, los tribunales franceses pueden perseguir los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra bajo competencia del TPIY y del TPIR, si los presuntos culpables se encuentran en Francia.⁹³

⁹¹ Police Reform and Social Responsibility Bill 2010-11, H.C., pt. 4, §151; Afua Hirsch, Hague Moves Quickly to Scrap International Crime Trials in UK, GUARDIAN, 31 de mayo de 2010, pág. 12; Gordon Brown, Britain Must Protect Foreign Leaders from Private Arrest Warrants, TELEGRAPH, 3 de marzo de 2010, en <http://www.telegraph.co.uk/news/newstopping/politics/gordon-brown/7361967/Britain-must-protect-foreign-leaders-from-arrest.html>.

⁹² CODE PÉNAL Art. 113-2 (competencia territorial); Art. 113-6 (personalidad activa); Art. 113-7 (personalidad pasiva); Art. 113-10 (principio protectorio).

⁹³ Loi 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire

En lo que respecta al proceso penal francés, los jueces de instrucción tienen a su cargo la investigación formal de cualquier delito serio.⁹⁴ Estos jueces son miembros del poder judicial y tienen cargos vitalicios.⁹⁵ Para evitar investigaciones arbitrarias, el juez de instrucción no puede iniciar investigaciones de oficio.

Existen dos maneras por las cuales puede inducirse a un juez a iniciar una investigación formal. La primera es mediante un requerimiento del fiscal, y los fiscales presentan estos requerimientos discrecionalmente.⁹⁶ Los fiscales responden al ministerio de justicia -que forma parte del poder ejecutivo-, quien tiene el poder de nombrarlos, transferirlos, sancionarlos o destituirlos.⁹⁷ Este modo de iniciar investigaciones formales otorga un amplio grado de control al poder ejecutivo, aunque menor al que tiene lugar en Alemania e Inglaterra. En primer lugar, la decisión de llevar a cabo una investigación no está centralizada en un único funcionario de alto rango -tal como el fiscal federal en Alemania o el procurador general en Inglaterra y Gales. En segundo lugar, la ley establece que, aunque el ministerio de justicia puede ordenar a los fiscales iniciar investigaciones formales, no puede ordenarles desestimar denuncias.⁹⁸ En tercer lugar, aunque los fiscales tienen la discreción (irrevisable por los tribunales) de desestimar una denuncia, una vez que deciden llevar un caso ante los tribunales no pueden luego desestimarlo sin autorización judicial.

La segunda manera mediante la cual un juez de instrucción puede iniciar una investigación es si una víctima de un delito o una ONG presenta una denuncia y solicita convertirse en actor civil en el proceso penal⁹⁹. Cuando una víctima o una ONG busca convertirse en actor civil, no hay necesidad de requerimiento del fiscal y el fiscal no tiene la discreción de desestimar la denuncia.¹⁰⁰ Si bien el fiscal puede cuestionar

commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, J.O., Jan. 3, 1995, p. 71; Loi 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire de Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins, J.O., 23 de mayo de 1996, pág. 7695.

⁹⁴ CODE DE PROCÉDURE PÉNALE [C. PR. PEN.] Art. 79.

⁹⁵ CONST. Art. 64; CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE Art. L121-1.

⁹⁶ C. PR. PEN. Art. 40.

⁹⁷ Véase p. ej., YVES BEIGBEDER, JUDGING WAR CRIMES AND TORTURE: FRENCH JUSTICE AND INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS AND COMMISSIONS (1940 -2005) pág. 12 (2006).

⁹⁸ C. PR. PEN. Art. 30; JEAN PRADEL, MANUEL DE PROCÉDURE PÉNALE 131 (12th ed. 2004).

⁹⁹ C. PR. PEN. Art. 1.

¹⁰⁰ Id., Arts. 80, 86.

la competencia del juez de instrucción sobre el caso, este cuestionamiento será finalmente resuelto por el propio juez o por un tribunal superior.¹⁰¹ En resumen, el poder ejecutivo tiene poco control sobre este proceso, lo que sugiere que es probable que sea utilizado para iniciar casos contra un amplio rango de imputados.

Sin embargo, dos desincentivos pueden persuadir a víctimas y a ONGs a no presentar denuncias y solicitar convertirse en actores civiles en el proceso penal. En primer lugar, si el juez rechaza un caso de este tipo, el fiscal puede solicitar que el juez declare el inicio de estos procesos como abusivo o dilatorio y, en consecuencia, que sancione con una multa al actor civil responsable.¹⁰² En segundo lugar, si el caso es desestimado, todas las personas señaladas en la denuncia pueden demandar al actor civil por daños.¹⁰³ En contraste, si una víctima o una ONG solicita convertirse en actor civil luego de que el fiscal haya formalmente requerido una investigación judicial, no asumen ninguno de estos riesgos.¹⁰⁴

Además de con su participación en los procesos penales a través del trabajo de los fiscales, el poder ejecutivo francés también influye en la jurisdicción universal a través de los dictámenes emitidos por el ministerio de relaciones exteriores. Esta es una potestad particularmente significativa en Francia, puesto que el presidente goza de un “dominio reservado” en los asuntos internacionales -un legado de la era de Gaulle- con un bajo nivel de transparencia y pocas obligaciones de rendir cuentas a los otros poderes de gobierno y la ciudadanía.¹⁰⁵

Sin embargo, el menor grado de control del poder ejecutivo francés sobre los procesos de jurisdicción universal que en Alemania e Inglaterra sugiere que la estructura de incentivos propuesta en este trabajo jugará un rol menor en Francia y que las investigaciones formales se iniciarán y avanzarán contra un mayor rango de imputados. Una evaluación de los procesos de jurisdicción universal en Francia prueba la verdad de esta predicción. Además, y en concordancia con la estructura de incentivos postulada, esta evaluación también muestra que el poder ejecutivo

¹⁰¹ Id., Art. 186.

¹⁰² Véase id., Arts. 177-2, 177-3. La multa no puede actualmente exceder los quince mil euros. Luego de recibir la denuncia junto con el pedido de actuar como actor civil, el juez a cargo fija la cantidad que el actor civil debe depositar, basado en los recursos del actor civil, para asegurar el pago de la multa civil. Id., Arts. 88, 88-1.

¹⁰³ Id., Art. 91.

¹⁰⁴ Id., Arts. 91, 177-2.

¹⁰⁵ BEIGBEDER, *supra* nota 97, págs. 29-30, 301.

francés ha intentado evitar que se inicien investigaciones formales o que se lleve a juicio a acusados de alto costo, mediante la invocación de sus conocimientos y preocupaciones en materia de relaciones exteriores.¹⁰⁶

Juicios. Sólo dos imputados han sido juzgados bajo las normas sobre jurisdicción universal de Francia. El primero, Ely Ould Dah, era un teniente de inteligencia de la ex colonia francesa de Mauritania. Ould Dah fue perseguido por la presunta tortura en 1990 y 1991 de miembros negro-africanos del ejército de Mauritania, sospechados de haber incitado un golpe de estado. En agosto de 1998, Ould Dah, entonces capitán en el ejército de Mauritania, viajó a Francia para participar de un entrenamiento militar. En junio de 1999, la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) y la Ligue des droits de l'homme (LDH) presentaron una denuncia contra él sin simultáneamente solicitar ser tenidos como actores civiles, y el fiscal requirió la instrucción judicial. Luego de ser interrogado por el juez, Ould Dah fue puesto en prisión preventiva.¹⁰⁷

Indignado por la persecución, el gobierno de Mauritania respondió expulsando a los ciudadanos franceses que se encontraban trabajando allí en sustitución del servicio militar, repatriando a los militares mauritanos que se encontraban entrenando en Francia y restableciendo la obligación de visado para los ciudadanos franceses que buscaran ingresar al país.¹⁰⁸ El arresto también generó preocupación entre

¹⁰⁶ Algunos casos de derecho penal internacional se han basado en principios de nacionalidad activa, personalidad pasiva, y territorialidad. Estos incluyen casos sobre presuntos crímenes cometidos en Algeria (Aussaresses), Argentina (Astiz y otros), Cambodia (Bilon Ung Boun Hor como denunciante), Chile (Pinochet y otros), Indochina (Boudarel), Nazis y colaboradores Nazi (Barbie, Touvier, Papon), y Ruanda (contra el ejército francés y oficiales en funciones del gobierno ruandés). Pero como no fueron basados en jurisdicción universal, están fuera del foco de este artículo. Para un estudio reciente de algunos de estos casos, véase Leila Nadya Sadat, *The Nuremberg Paradox*, 58 AM. J.COMP. L. 151 (2010).

¹⁰⁷ Cour d'assises [corte de jurisdicción original] Montpellier, Ordonnance et mise en accusation et de non-lieu partiel et ordonnance de prise de corps, No. 99/14445 (25 de mayo de 2001) [en adelante, Ould Dah Ordonnance], reimpreso en Groupe d'action judiciaire de la FIDH, Mauritania: Affaire ELY OULD DAH 32 (Junio 2005), at http://www.fidh.org/IMG/pdf/Elyoulddahjuin2005_dpi200.pdf; Ould Dah v. France, App. Nro. 13112/03, Decision sur la Recevabilité 2, 12 (Eur. Ct. H.R. 17 de marzo de 2009) [en adelante Eur. Ct. Decisión OuldDah] (declarando inadmisibile el pedido de Ould Dah); Group d'action judiciaire de la FIDH, Mauritania: Affaire ELYOULD DAH: Ely OuldDah condamné 8 (Nov. 2005) [en adelante Ould Dah condamné], at http://www.fidh.org/IMG/pdf/GAJ_Ely_Ould_Dah_nov2005_OK.pdf; Renaud Lecadre, Un mauritanien jugé en France pour tortures, LIBÉRATION, 30 de junio de 2005, en <http://www.liberation.fr/societe/0101534459-un-mauritanien-juge-en-france-pour-tortures>.

¹⁰⁸ Marie-Laure Colson, Un officier mauritanien soupçonné de torture est arrêté en France, LIBÉRATION, 6 de julio de 1999, reimpreso en Ould Dah condamné, supra nota 107, pág. 14; Marie-Laure Colson, Représailles de la Mauritanie pour laver l' "affront" français, LIBÉRATION, 7 de julio de 1999, reimpreso en id. pág.12.

militares y personal de fuerzas de seguridad de antiguas colonias francesas en África quienes tenían enfrentar un destino similar si visitaban Francia, lo que dificultó la cooperación militar con esos países.¹⁰⁹

Cuando el ministro de relaciones exteriores francés envió una nota al fiscal describiendo los peligros para las relaciones franco-mauritanas, el tribunal de apelaciones liberó al acusado bajo arresto domiciliario y confiscó su pasaporte.¹¹⁰ En abril del 2000, el acusado huyó de Francia -según el abogado de una ONG, con la complicidad de las autoridades francesas- y recibió una bienvenida triunfal en Mauritania.¹¹¹ Pero Francia no prohíbe los juicios *in absentia*, y el acusado fue juzgado, condenado y sentenciado a diez años de prisión por el Tribunal de Gard el 1 de julio de 2005.¹¹²

El segundo caso de jurisdicción universal juzgado en Francia fue respecto de Khaled Ben Saïd, jefe de una estación de policía tunecina al momento del presunto delito. Según la denunciante Zoulaikha Majouhbi, Ben Saïd había participado en su tortura y su interrogatorio en la estación de policía en 1996, en relación con la investigación de su marido y el grupo religioso ilegal al que se sospechaba que pertenecía. Luego de que el fiscal ordenara una investigación policial, la policía se comunicó telefónicamente con Ben Saïd -entonces vicecónsul de Túnez en Estrasburgo, Francia- para citarlo a comparecer, pero él invocó su estatus diplomático y rechazó la citación a declarar. En algún momento dentro de los meses siguientes, Ben Saïd huyó de Francia.¹¹³

¹⁰⁹ Misé en liberté du capitaine mauritanien écroué en France pour "crimes de torture," LE MONDE, Sept. 30, 1999, reimpreso en Ould Dah condamné, supra nota 107, pág. 16.

¹¹⁰ Marie-Laure Colson, Un presume tortionnaire en liberté surveillé, LIBERATION, Sept. 29, 1999, reimpreso en Ould Dah condamné, supra nota 107, pág. 15; Ould Dah Ordonnance, supra nota 107; Eur. Ct. Decisión Ould Dah, supra nota 107, pág. 2; Ould Dah condamné, supra nota 107, pág. 8.

¹¹¹ Jean Chatain, Dix ans de prison pour un bourreau, L'HUMANITE, Julio 2005, reimpreso en Ould Dah condamne, supra nota 107, pág. 27; Un militaire mauritanien mis en examen pour tortures a réussi a fuir la France, LE MONDE, 9 de abril de 2000, reimpreso en id. pág. 16; Un tribunal français condamne un officier mauritanien a 10 ans de réclusion, LE MONDE, 2 de julio de 2005, reimpreso en id. pág. 26.

¹¹² C. PR. PEN. Art. 379-2 a 379-6; Eur. Ct. Decisión Ould Dah, supra nota 107, pág. 3; Cour d'assises Gard, Arret de Condamnation de Ely Ould Dah, Nro. 70/05 (Julio 1 de 2005), reimpreso en Ould Dah condamné, supra nota 107, pág. 49.

¹¹³ Véase Cour d'assises Bas-Rhin, Ordonnance de mise en accusation de Khaled Ben Said, Nro. J.20009/01 (Feb. 16, 2007), reimpreso en Groupe d'action judiciaire de la FIDH, L'affaire Khaled Ben Said: Le premier procès en France d'un fonctionnaire tunisien accusé de torture 47 (2009) disponible en http://www.fidh.org/IMG/pdf/Bensaid512fr2008_FINAL.pdf [en adelante L'affaire Ben Said].

En enero de 2002, el fiscal requirió la instrucción ante un juez de instrucción.¹¹⁴ En diciembre de 2008, el Tribunal de Bas-Rhin condenó a Ben Saïd en ausencia por complicidad en el delito de tortura y otros actos barbáricos y lo sentenció a ocho años de prisión.¹¹⁵ Túnez respondió denunciando la decisión como un invento de los Islamitas dirigido a perjudicar al país.¹¹⁶ El fiscal -quien finalmente había solicitado la absolución del acusado en el juicio- recurrió la condena, pero el tribunal recursivo la confirmó y elevó la pena a doce años de prisión.¹¹⁷

Casos pendientes. Entre los casos pendientes se encuentran muchos contra imputados ruandeses, presuntamente responsables de haber participado en las atrocidades en masa contra los tutsis y los hutus moderados en 1994.¹¹⁸ Lo que complicó más la situación es el hecho de que Francia había proveído apoyo y entrenamiento al gobierno hutu. En consecuencia, agentes franceses han sido acusados de complicidad con el genocidio, cargo que han negado rotundamente.¹¹⁹

Un caso que vale la pena destacar involucra a Wenceslas Munyeshyaka, un sacerdote ruandés, y a Laurent Bucyibaruta, quien ocupó diversos puestos de poder en Ruanda -ambos acusados de haber jugado un rol en la organización del genocidio de 1994. Se interpusieron denuncias sin pedidos de constitución en actor civil contra Munyeshyaka y Bucyibaruta en 1995 y en el 2000, respectivamente. En ambos casos, el fiscal requirió la instrucción y los imputados fueron indagados, detenidos en prisión preventiva y luego liberados. Aunque el caso contra Munyeshyaka ha estado pendiente por casi quince años -diez años en el caso de Bucyibaruta- y a pesar de la intervención del Tribunal de Casación francés, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el TPIR, sus casos todavía están abiertos.¹²⁰

¹¹⁴ L'affaire Ben Saïd, supra nota 113, pág. 8.

¹¹⁵ Cour d'assises Bas-Rhin, 15 de diciembre de 2008, Nro. CA 08/36 (sentencia default) reimpresso en L'affaire Ben Saïd, supra nota 113, pág. 63.

¹¹⁶ Christophe Ayad, La France condamne un diplomate étranger, LIBERATION, Dec. 17, 2008, reimpresso en L'affaire Ben Saïd, supra nota 113, pág. 24.

¹¹⁷ Informe S-G, supra nota 1, para. 100; FIDH, Condamnation en appel d'un diplomate tortionnaire tunisien (25 de septiembre de 2010), en <http://www.fidh.org/Condamnation-en-appel-d-un-diplomate-tortionnaire>.

¹¹⁸ Sumado a los casos de ruandeses mencionados en el texto, desde el 13 de diciembre de 2010, se han presentado denuncias contra catorce ruandeses adicionales. Para el estatus de cada una de estas denuncias, Véase Collectif des parties civiles pour le Rwanda, Affaires, en <http://www.collectifpartiescivilesrwanda.fr/affairesjudiciaire.htm>. Más aun, Francia le traspasó los casos de Jean de Dieu Kamuhanda y Francois-Xavier Nzuwonemeye al ICTR.

¹¹⁹ Véase p. ej., BEIGBEDER, supra nota 97, at 275-302.

¹²⁰ Véase Mutimura c. France, App. Nro. 46621/99 (Eur. Ct. H.R. 8 de junio de 2004) (en el que Mutimura, una parte civil en el caso penal, reclamó que Francia había violado su derecho a una

Otro caso pendiente de alto perfil es el que tiene como imputada a Agathe Kanziga Habyarimana, la viuda del presidente de Ruanda Juvénal Habyarimana. El 13 de febrero de 2007, el Colectivo de Actores Civiles por Ruanda (Collectif des Parties Civiles pour le Rwanda) presentó una denuncia y solicitó convertirse en actor civil contra Kanziga Habyarimana por su participación, organización y dirección del genocidio. Se inició una investigación judicial el 13 de marzo de 2008.¹²¹

A pesar de la gran cantidad de denuncias contra ruandeses en Francia, ninguno de estos casos ha llegado a juicio. La situación ha sido atribuida a diversos factores. En primer lugar, las asociaciones de víctimas y las ONGs de derechos humanos han argumentado que en los casos ruandeses -y, más generalmente, en los casos de jurisdicción universal-, el ministerio fiscal francés no ha tomado la iniciativa y es entonces responsabilidad de las víctimas convertirse en actores civiles en las causas para romper la desidia del fiscal. En segundo lugar, las ONGs de derechos humanos sostienen que los jueces de instrucción en París no tienen ni el tiempo ni los medios para investigar estos casos complejos.¹²² Otro posible obstáculo es el conflicto diplomático que se generó entre Francia y Ruanda luego de que un juez de instrucción francés emitiera órdenes de detención contra nueve agentes ruandeses en noviembre de 2006 en respuesta al derribo de un avión en 1994, que transportaba a doce personas, incluyendo a los Presidentes Habyarimana de Ruanda y

audiencia pública por un tribunal dentro de un plazo razonable); Prosecutor v. Munyeshyaka, Prosecutor v. Bucyibaruta, Request for Referral to France, Nro. ICTR-05-87-I (Nov. 20, 2007).

¹²¹ Véase Collectif des parties civiles pour le Rwanda, Plainte avec constitution de partie civile (archivado con el autor); Collectif des parties civiles pour le Rwanda, Affaires, supra nota 118. En marzo de 2010, Habyarimana fue arrestada brevemente en Francia sobre la base de una orden internacional de arresto emitida por Ruanda— pero no en el contexto de un proceso francés de jurisdicción universal como los que se han descrito. Véase p. ej., Rwanda: Agathe Habyarimana interpellée dans l'Essonne puis remise en liberté, LE MONDE, 2 de marzo de 2010, en http://www.lemonde.fr/afrique/article/2010/03/02/agathe-habyarimana-veuve-du-president-rwandais-assasine-en-avril-1994-interpellee-dans-lessonne_1313193_3212.html.

¹²² Véase FIDH, La répression des présumés génocidaires rwandais devant les juridictions françaises: Etat des lieux 4 (6 de abril de 2004), en <http://www.fidh.org/La-repression-des-presumes-genocidaires-rwandais>; FIDH, 15 ans après le génocide, la justice française doit juger les présumés génocidaires présents sur le territoire français (6 de abril de 2009), en <http://www.fidh.org/15-ANS-APRES-LE-GENOCIDE-LA-JUSTICE-FRANCAISE>. Sobre esfuerzos actuales para tratar estas críticas, Véase Bernard Kouchner & Michèle Alliot-Marie, Pour la création d'un pole "génocides et crimes contre l'humanité" au TGI de Paris, LE MONDE, 6 de junio de 2010, disponible en <http://www.cfpci.fr/spip.php?article415>.

Cyprien Ntaryamira de Burundi, y a tres miembros de la tripulación franceses.¹²³

En otro caso significativo, el de los denominados Desaparecidos de la Playa de Brazzaville, el 7 de diciembre de 2001 diversas ONGs presentaron una denuncia ante el Fiscal del Tribunal de Apelaciones de París contra Denis Sassou N’Guesso, presidente de la República del Congo (Congo), y otros tres agentes congoleños, acusándolos de arrestos arbitrarios, tortura y actos barbáricos, y de desapariciones forzadas.¹²⁴ El 23 de enero de 2002, el fiscal de Meaux requirió la instrucción.¹²⁵ El 9 de diciembre de ese año, Congo procuró entablar un proceso contra Francia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), argumentando, entre otras cosas, que el ejercicio unilateral de jurisdicción universal constituía una violación al principio de igualdad soberana entre todos los Estados miembros de las Naciones Unidas (Artículo 2(1) de la Carta de la ONU).¹²⁶ En abril de 2004, el fiscal de Meaux solicitó que la investigación se limite al General Norbert Dabira, el único participante en los presuntos crímenes que residía en Francia cuando se inició la investigación. El 20 de junio de 2007, el Tribunal de Apelaciones de Versalles sostuvo que la investigación había sido válidamente iniciada contra Dabira y Jean-François N’Dengue -Director General de la policía congoleña que residía en Francia en 2004- pero que el proceso contra N’Dengue era inválido puesto que gozaba de inmunidad diplomática. Por su parte, la CIJ, actuando sobre la base de una solicitud de terminación presentada por Congo, removió el caso de su lista el 16 de noviembre de 2010.¹²⁷

Un último caso que cabe mencionar es Militias Relizane. En octubre de 2003, la FIDH y la LDH -apoyados por la sección Relizane de la Liga

¹²³ Véase Tribunal de grande instance [TGI] [corte ordinaria de jurisdicción] Paris, Délivrance de mandats d’arrêt internationaux, Ordonnance de soit-communicé 6, Nro. 97.295.2303/0 (17 de noviembre de 2006).

¹²⁴ Véase Cour de cassation [Cass.] [Corte Suprema para asuntos jurídicos] crim., No. 04-87.245, Audiencia Pública (10 de enero de 2007); Cass. crim., Nro. 07-86.412, Audiencia Pública (9 de abril de 2008).

¹²⁵ Cass. crim. (10 de enero de 2007), supra nota 124; Cass. crim. (9 de abril de 2008), supra nota 124.

¹²⁶ CIJ, Ciertos Procedimientos Criminales en Francia (Congo v. Fr.), Presentación de la Demanda 3 (9 de diciembre de 2002)

¹²⁷ Sobre los procesos franceses, véase por ejemplo, Arrêt de la Chambre de l’Instruction de la Cour d’appel de Versailles du 20 juin 2007, extraído en FIDH, Affaire des “disparus du Beach”: Récapitulatif des procédures 24 (9 de noviembre de 2007), en <http://www.fidh.org/Affaire-des-disparus-du-Beach-Recapitulatif-des.4872>; Cass. crim. Nro. 07-86412, audiencia pública (9 de abril de 2008). Sobre el discontinuación del caso de la CIJ, véase Ciertos Procedimientos Criminales en Francia (Congo v. Fr) (Int’l Ct. Justice 16 de noviembre de 2010); Dapo Akande, Más sobre Congo v. France no finalizado, EJIL:TALK! (19 de noviembre de 2010), en <http://www.ejiltalk.org/> (dando posibles razones del pedido del Congo) (Congo v. Fr.).

Argelina para la Defensa de los Derechos Humanos- presentaron una denuncia ante el fiscal del Tribunal de grande instance de Nîmes contra dos miembros argelinos de las milicias de Relizane por tortura y crímenes de lesa humanidad. Luego de iniciado el proceso ante el juez de instrucción de Nîmes, los hermanos Abdelkader y Hocine Mohamed fueron arrestados en su casa en marzo de 2004, interrogados, confrontados con dos de sus presuntos testigos y liberados bajo supervisión judicial.¹²⁸

Casos desestimados. Un caso involucró una denuncia y una solicitud de convertirse en actor civil ante un juez de instrucción en París presentadas por Elvir Javor y cuatro otros ciudadanos bosnios viviendo en Francia. Presentaron la denuncia contra personas desconocidas por la comisión de crímenes de guerra, tortura, genocidio y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en 1992 por miembros de las fuerzas serbias como parte de su política de “limpieza étnica”. Luego de una larga batalla judicial, el Tribunal de Casación confirmó la desestimación del Tribunal de Apelaciones porque los presuntos culpables no se encontraban en Francia.¹²⁹

Al menos cuatro denuncias de jurisdicción universal fueron desestimadas por fiscales antes del inicio formal de la instrucción. En primer lugar, el 24 de noviembre de 1998, la FIDH y la LDH presentaron ante el fiscal una denuncia por crímenes de tortura contra el presidente de la República Democrática del Congo Laurent-Désiré Kabila, quien se encontraba visitando Francia. El fiscal desestimó la denuncia, argumentando que no podía demostrarse la responsabilidad directa de Kabila por los actos de tortura y que, además, no resultaba claro que la Convención contra la Tortura pudiera aplicarse contra Jefes de Estado en ejercicio.¹³⁰

En segundo lugar, el 25 de abril de 2001, una familia argelina cuyo hijo fue muerto estando en custodia y dos ex detenidos argelinos presentaron una denuncia contra el general argelino Khaled Nezzar, ex Ministro de Defensa, por tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes. El fiscal inició una investigación, pero el General Nezzar huyó del país antes de que la policía pudiera interrogarlo, presuntamente con la ayuda de

¹²⁸ FIDH, Deux tortionnaires algériens mis en examen en France (31 de marzo de 2004), en http://www.fidh.org/DEUXTORTIONNAIRES-ALGERIENS-MIS-EN-EXAMEN-EN#outil_sommaire_1; L'affaire Ben Said, supra nota 113, pág. 42.

¹²⁹ Cass. crim. Nro. 95-81527, audiencia pública (26 de marzo de 1996).

¹³⁰ Ould Dah condamné, supra nota 107, pág. 30.

autoridades policiales francesas. El 14 de junio de 2001, el fiscal desestimó el caso con el argumento que el general Nezzar ya no se encontraba en Francia.¹³¹

En tercer lugar, en febrero de 2003, el Presidente Mugabe viajó a París para reunirse con el Presidente Jacques Chirac y asistir a la Cumbre franco-africana. El activista de derechos humanos de los gays Peter Tatchell de la Asociación Zimbabwe de Londres presentó una denuncia contra Mugabe ante el Fiscal Adjunto de París y requirió el arresto de Mugabe bajo cargos de tortura. El Fiscal Adjunto sostuvo que la posición oficial francesa era que Mugabe gozaba de inmunidad como Jefe de Estado.¹³²

Por último, cuando el ex Secretario de Defensa de los Estados Unidos Rumsfeld asistió a un desayuno de trabajo en Francia en 2007, la FIDH, la LDH y el Centro de Derechos Constitucionales estadounidense y el Centro Europeo de Derechos Constitucionales de Alemania presentaron una denuncia ante el Fiscal de París acusando a Rumsfeld de autorizar, ordenar e instigar la comisión de crímenes de tortura en Guantánamo e Irak.¹³³ El 16 de noviembre de 2007, el fiscal desestimó la denuncia, destacando que el Ministerio de Relaciones Exteriores francés había indicado que los Jefes de Estado y los Ministros de Relaciones Exteriores seguían gozando de inmunidad frente a procesos penales en relación con actos oficiales luego de abandonar sus cargos, una doctrina que se aplicaba a Rumsfeld en este caso.¹³⁴

La CPI y la jurisdicción universal en Francia. Aunque Francia ratificó el Estatuto de Roma de la CPI en junio del 2000, su implementación en el sistema jurídico francés tomó más de diez años, parcialmente debido a desacuerdos entre diversos actores políticos y ONGs de derechos humanos sobre si la jurisdicción universal debía extenderse a los crímenes bajo jurisdicción de la Corte -genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra- y, en tal caso, bajo qué condiciones.¹³⁵

¹³¹ Id. pág. 31.

¹³² Mugabe Trial Bid Launched in Paris, BBC NEWS, 19 de febrero de 2003, en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/2779313.stm>; Peter Tatchell, Mugabe Escapes Arrest in Paris, en <http://www.petertatchell.net/international/mugabefrance.htm>.

¹³³ Complaint Filed Against Former Defense Secretary for Torture, Abuse at Guantánamo and Abu Ghraib Before the TGI, Paris, págs.19-25 (25 de octubre de 2007), en <http://www.fidh.org/IMG/pdf/plainteFINALE25oct07.pdf>.

¹³⁴ Carta de Jean- Claude Marin, fiscal del TGI, Paris, a Patrick Badouin, abogado FIDH (16 de noviembre de 2007) (archivado con el autor).

¹³⁵ Véase p. ej., Jeanne Sulzer, Implementing the Principle of Universal Jurisdiction in France, in INTERNATIONAL PROSECUTION OF HUMAN RIGHTS CRIMES, supra nota 35, pág. 125, 136-37.

El 9 de agosto de 2010, un nuevo Artículo 689-11 del Código Procesal Penal finalmente se convirtió en ley.¹³⁶ Este artículo incluye una disposición muy restrictiva de jurisdicción universal respecto de estos crímenes, que establece cuatro limitaciones al ejercicio de jurisdicción universal por los tribunales franceses. En primer lugar, el presunto autor debe convertirse en residente de Francia luego del crimen. En segundo lugar, los crímenes deben estar tipificados en el Estado en el que ocurrieron (el principio de doble tipificación) o el Estado en cuestión debe ser parte del Estatuto de la CPI. En tercer lugar, únicamente el fiscal -ni la víctima ni una ONG como partes civiles- pueden formalmente la instrucción. En cuarto lugar, el fiscal puede iniciar estos procesos sólo si ninguna otra jurisdicción internacional o doméstica solicita la extradición o entrega del presunto partícipe.

La sanción de esta ley es coherente con la estructura de incentivos postulada en este trabajo, en tanto la legislatura francesa estuvo dispuesta a expandir la jurisdicción universal de los tribunales franceses sobre estos crímenes sólo bajo condiciones extremadamente restrictivas y otorgando al Poder Ejecutivo mayor control sobre estas persecuciones.

Bélgica

Bélgica generalmente se rige por el principio de competencia territorial,¹³⁷ pero, según la situación, el derecho belga reconoce los principios de personalidad activa, de personalidad pasiva y el principio protectorio.¹³⁸ Dado que la regulación de la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales ha cambiado con los años en Bélgica, esta sección considera, en primer lugar, el período 1993-2003 y luego el período desde el 2003 hasta el presente.

El marco jurídico e institucional original (1993-2003). El fin de la Guerra Fría dio un nuevo impulso a los esfuerzos de Bélgica para implementar los Convenios de Ginebra de 1949 y, en abril de 1991, bajo las directivas del Conseil d'État, el gobierno belga envió un proyecto de

¹³⁶ Loi 2010-930 du 9 aout 2010 portant adaptation du droit pénal a` l'institution de la Cour pénale internationale, Art. 8, J.O., 10 de agosto de 2010, pág. 14678.

¹³⁷ CODE PÉNAL Arts. 3, 4. Los códigos belgas citados pueden encontrarse online en <http://www.droitbelge.be/codes.asp>.

¹³⁸ CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE [C.I.CR.] [CÓDIGO PROCESAL PENAL] Arts. 6, 7 (personalidad activa, que incluye no solo a los nacionales belgas, sino también a otras personas cuya residencia está en Bélgica); Art. 10, §§4, 5 (personalidad pasiva); Art. 10, §§1, 2, & 3 (principios protectorios).

ley al Parlamento a tales efectos.¹³⁹ El 16 de junio de 1993 -sólo unos meses luego de que el Consejo de Seguridad creara el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia- las dos cámaras del Parlamento belga aprobaron unánimemente una ley sobre graves violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949 y a los Protocolos Adicionales I y II.¹⁴⁰ El Artículo 7 de la Ley de Jurisdicción Universal estableció la jurisdicción belga sobre estas graves violaciones, independientemente del lugar en que se cometieron o de la nacionalidad del autor.

En 1994, el genocidio y el homicidio de soldados para el mantenimiento de la paz belgas en Ruanda -una ex colonia belga- sorprendió y horrorizó a la opinión pública belga. Bélgica se puso en marcha inmediatamente, apoyando la creación del TPIR por el Consejo de Seguridad y la reconstrucción de la justicia ruandesa.¹⁴¹ El derecho internacional humanitario se convirtió en un asunto político todavía más relevante cuando el Senado belga creó una comisión para investigar la participación belga en los sucesos ocurridos en Ruanda, con la participación del futuro primer ministro Guy Verhofstadt como secretario.¹⁴²

En febrero de 1999, el Parlamento unánimemente aprobó la reforma de la ley de jurisdicción universal para extender la jurisdicción universal de los tribunales belgas a casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad.¹⁴³ De conformidad con el artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la reforma también eliminó la posibilidad de invocar inmunidad, estableciendo la jurisdicción universal independientemente del estatus oficial de una determinada persona.¹⁴⁴ Estos cambios fueron realizados con el objetivo de adaptar “el derecho positivo a los últimos desarrollos en materia de derecho penal internacional, en particular a la

¹³⁹ Luc Walley, *Universal Jurisdiction: Lessons from the Belgian Experience*, 5 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 394 (2002).

¹⁴⁰ Loi relative a la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels a ces conventions of June 16, 1993, MONITEUR BELGE [M.B.], 5 de agosto de 1993. La mayoría de las leyes y casos de los tribunales superiores belgas pueden encontrarse en <http://www.belgiumlex.be/>.

¹⁴¹ Walley, *supra* nota 139, pág. 396.

¹⁴² Véase Paul Kerstens, “Deliver Us from Original Sin”: Belgian Apologies to Rwanda and the Congo, in *THE AGE OF APOLOGY: FACING UP TO THE PAST* 187, 193 (Mark Gibney et al. eds., 2009); Walley, *supra* nota 139, pág. 396.

¹⁴³ Loi relative a la répression des violations graves de droit international humanitaire de Feb. 10, 1999, Art. 2, M.B., Mar. 23, 1999, 9267.

¹⁴⁴ *Id.*, Art. 5.

sanción del Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, firmado por Bélgica el 10 de septiembre de 1998".¹⁴⁵

En julio de 1999, Verhofstadt se convirtió en Primer Ministro, encabezando una coalición pro derechos humanos de liberales, socialistas y verdes.¹⁴⁶ Dos años más tarde, Bélgica sancionó la ley del 18 de julio de 2001, que reformó el Artículo 12 bis del Código Procesal Penal, otorgando jurisdicción a sus tribunales sobre delitos cometidos fuera de Bélgica que un tratado internacional requiriera perseguir al Estado belga.¹⁴⁷ Al hacer esto, Bélgica incluyó al crimen de tortura entre aquellos sujetos a la jurisdicción universal bajo su derecho, dado que había ratificado la Convención contra la Tortura en junio de 1999.¹⁴⁸

Desde 1993 hasta 2003, los casos de jurisdicción universal en Bélgica fueron llevados a cabo según las reglas tradicionales del proceso penal, con la presencia de un juez de instrucción encabezando la investigación de los delitos serios.¹⁴⁹ Los jueces de instrucción belgas son miembros del Poder Judicial y sus nombramientos son vitalicios.¹⁵⁰ Para prevenir investigaciones arbitrarias, se impide a los jueces de instrucción iniciar investigaciones por iniciativa propia.¹⁵¹ Existen dos maneras de iniciar una investigación judicial.

La primera manera es a través de un requerimiento fiscal.¹⁵² El fiscal tiene discrecionalidad para determinar si inicia o no una investigación y determina las prioridades de investigación en el marco de su competencia.¹⁵³ Aunque la Constitución coloca formalmente a la Oficina del Fiscal dentro del Poder Judicial, el Rey nombra y destituye a los fiscales sobre la base del consejo del Ministro de Justicia. Los fiscales trabajan bajo la dirección y la autoridad del Ministro.¹⁵⁴

¹⁴⁵ Belgium Senate, Rapport de la Commission de la Justice, Nro. 1-749/3 (Dec. 1, 1998), citado en Luc Reydam, Universal Criminal Jurisdiction: The Belgian State of Affairs, 11 CRIM. L.F. 183, 193 (2000); Damien Vandermeersch, Prosecuting International Crimes in Belgium, 3 J. INT'L CRIM. JUST. 400, 402 (2005).

¹⁴⁶ Véase p. ej., Kerstens, supra nota 142.

¹⁴⁷ Loi portant modification de l'article 12bis de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, M.B., 1 de septiembre de 2001, 9673.

¹⁴⁸ Convención contra la Tortura, supra nota 11. Para la ratificación belga, Véase <http://treaties.un.org/>.

¹⁴⁹ C.I.CR. Art. 55.

¹⁵⁰ CONST. Art. 151.

¹⁵¹ C.I.CR. Arts. 56, §1, 61.

¹⁵² Id., Art. 61.

¹⁵³ Id., Arts. 28quater, 28ter.

¹⁵⁴ CONST. Arts. 151 (reformados en 20 de noviembre de 1998), 151, §1, & 153; CODE JUDICIAIRE [C.JUD.] [Código Judicial] Arts. 138, 143, 143bis, 143ter, 143quater.

Las investigaciones judiciales pueden también ser iniciadas mediante la solicitud de una víctima que presenta una denuncia ante el juez de instrucción y solicita convertirse en actor civil. (En casos que involucren discriminación racial, ciertas ONGs pueden también convertirse en actores civiles).¹⁵⁵ Cuando se inicia una investigación judicial por pedido de un actor civil, los tribunales tienen en todos los casos la última palabra en cuestiones de jurisdicción. Si, a raíz de una investigación, la *Chambre du Conseil* (un tribunal de primera instancia integrado por un único juez que supervisa el trabajo del juez de primera instancia¹⁵⁶) determina que el imputado no ha cometido ningún delito y desestima el caso, el actor civil debe compensar al imputado por los gastos de abogados y costas.¹⁵⁷ Pero el derecho belga no establece los dos desincentivos adicionales a presentar este tipo de denuncia que se encuentran en el derecho francés.¹⁵⁸

Dado el menor grado de control que posee el Poder Ejecutivo belga sobre la jurisdicción universal durante esta primera etapa, en comparación con sus pares de Alemania, Inglaterra y Gales, y Francia, uno esperaría que se iniciaran procesos formales ante un mayor rango de imputados en base al marco teórico postulado en este artículo. Además, si el inicio de estos procesos formales causara costos sustantivos en materia de relaciones internacionales, los poderes políticos deberían reducirlos mediante una reforma del régimen de jurisdicción universal que asegure que estas persecuciones sean desestimadas y no lleguen a juicio. Los casos belgas confirman ambas hipótesis.

Juicio bajo el marco jurídico original. Familiares de víctimas ruandesas y belgas del genocidio de 1994 en Ruanda presentaron denuncias ante la Oficina del Fiscal en diversas jurisdicciones belgas, solicitando la aplicación de la ley de jurisdicción universal.¹⁵⁹ Ante el titubeo de los fiscales, el Ministro de Justicia ordenó al jefe de la Oficina del Fiscal de Bruselas iniciar una investigación judicial formal o

¹⁵⁵ C.I.C.R. Art. 63; Christine van den Wyngaert, *Bélgica en CRIMINAL PROCEDURE SYSTEMS IN THE EUROPEAN COMMUNITY* 1, 17_18 (Christine van den Wyngaert ed., 1993). Artículo 9, §3 del estatuto de jurisdicción universal de junio de 1993 afirmó que los actores privados podían tener acceso directo a los tribunales, incluso cuando los tribunales militares tuvieran jurisdicción sobre el caso.

¹⁵⁶ C.I.C.R. Art. 127.

¹⁵⁷ *Id.*, Art. 128; C.JUD. Art. 1022.

¹⁵⁸ Véase *supra* notas 102-04 y texto correspondiente.

¹⁵⁹ *Reydamas*, *supra* nota 145, pág. 202.

instrucción.¹⁶⁰ Bélgica defirió sus procedimientos contra dos de los seis imputados que se encontraban en Bélgica en favor del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.¹⁶¹ Ruanda no sólo no se opuso, sino que de hecho apoyó la investigación y permitió a investigadores belgas ingresar a su territorio.¹⁶²

Entre el 17 de abril y el 8 de junio de 2001, los cuatro imputados restantes fueron juzgados ante un jurado por presunta participación en la comisión de crímenes de guerra contemplados en la ley de jurisdicción universal.¹⁶³ El jurado consideró a los acusados culpables de todos los cargos, con la sola excepción de algunos de los homicidios atribuidos a uno de los acusados. Los cuatro recibieron sentencias de prisión dentro del rango de doce a veinte años.¹⁶⁴

Otros casos iniciados bajo el marco jurídico original. En enero de 1999, ciudadanos belgas y congoleños refugiados en Bélgica presentaron una denuncia y solicitaron convertirse en actores civiles contra los líderes de la República Democrática del Congo por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el territorio de la RDC desde 1997.¹⁶⁵ El 11 de abril del 2000, el juez de instrucción belga emitió una orden de arresto internacional contra Abdulae Yerodia Ndombasi, el Ministro de Relaciones Exteriores de la RDC, por haber presuntamente realizado discursos incitando a la violencia racial en agosto de 1998.¹⁶⁶

El 17 de octubre del 2000, la RDC inició un proceso contra Bélgica ante la Corte Internacional de Justicia, argumentando que, bajo el supuesto ejercicio de la jurisdicción universal, Bélgica había violado el “principio de que un Estado no tiene derecho a ejercer su autoridad sobre el territorio de otro Estado”, el “principio de igualdad soberana entre todos

¹⁶⁰ Cour d’assises, Bruxelles, Lecture de l’acte d’accusation par l’avocat général 6 [en adelante Lecture], en *Compte rendu integral du proces* (17 de abril – 8 de junio de 2001) [en adelante *Butare Four Record*], en <http://www.assisesrwanda2001.be/040000.html>; Reydams, *supra* nota 145, pág. 203; Vandermeersch, *supra* nota 145, pág. 404.

¹⁶¹ Luc Reydams, *Belgium’s First Application of Universal Jurisdiction: The Butare Four Case*, 1 J. INT’L CRIM. JUST. 428, 430&n.13 (2003). Bélgica defirió al ICTR en los procedimientos contra, entre otros, Ferdinand Nahimana, Georges Ruggiu, Théoneste Bagosora, Bernard Ntuyahaga, Elie Ndayambaje, and Joseph Kanyabashi. Sólo los últimos dos habían estado presentes en Bélgica.

¹⁶² *Id.* pág. 430.

¹⁶³ Lecture, *supra* nota 160, págs. 1, 24-27

¹⁶⁴ Cour d’assises, Bruxelles, Verdict, in *Butare Four Record*, *supra* nota 160, en <http://www.assisesrwanda2001.be/110500.html>.

¹⁶⁵ Orden de Arresto, *supra* nota 14, págs. 9-10, para. 15; Vandermeersch, *supra* nota 145, págs. 406-07.

¹⁶⁶ Orden de Arresto, *supra* nota 14, págs. 6, 9-10, paras. 1, 13, 15.

los Miembros de las Naciones Unidas, previsto en el Artículo 2, párrafo 1, de la Carta de Naciones Unidas,” y la inmunidad diplomática del Ministro de Relaciones Exteriores de un Estado soberano.¹⁶⁷

La CIJ en su conjunto se concentró en la cuestión de la inmunidad y decidió no examinar la cuestión de la jurisdicción universal. Por 13 votos contra 3, la Corte concluyó que, dada la naturaleza y el objetivo de la orden de arresto, su mera emisión violaba la inmunidad de la que Yerodia gozaba en calidad de ser Ministro de Relaciones Exteriores en funciones de la RDC. Por 10 votos contra 6, la Corte sostuvo que Bélgica debía cancelar la orden e informar a las autoridades relevantes que lo había hecho.¹⁶⁸

Mientras tanto, en Bruselas, el 18 de junio de 2001, veintitrés presuntas víctimas libanesas y palestinas presentaron una denuncia contra Ariel Sharon, entonces primer ministro de Israel, y otros presuntos responsables de las masacres, homicidios, violaciones y desapariciones forzadas que afirmaban habían tenido lugar en Beirut, Líbano, del 16 al 18 de septiembre de 1982, en los campos de refugiados de Sabra y Shatila. La denuncia alegaba genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y los denunciantes solicitaron convertirse en actores civiles en el caso.¹⁶⁹

El juez de instrucción y el Tribunal de Apelaciones sostuvieron que carecían de jurisdicción universal sobre el caso, entre otros motivos porque ninguno de los imputados se encontraba en Bélgica.¹⁷⁰ Pero en febrero de 2003, la Sala Segunda del Tribunal de Casación revirtió parcialmente la decisión del Tribunal de Apelaciones y afirmó que la presencia de los imputados en Bélgica no era una condición previa para el inicio de un proceso formal por crímenes cubiertos por la ley de jurisdicción universal. De todos modos, el Tribunal también sostuvo que el derecho consuetudinario internacional otorgaba inmunidad contra persecuciones transnacionales sobre la base de jurisdicción universal a Sharon mientras continuara en funciones.¹⁷¹ En respuesta a esta decisión, Israel retiró a su embajador de Bélgica por más de tres meses.¹⁷²

¹⁶⁷ Id. pág.10, para. 17.

¹⁶⁸ Id. pág. 33, para. 78(2), (3).

¹⁶⁹ Plainte avec constitution de partie civile contre Ariel Sharon (18 de junio de 2001), en <http://www.voltairenet.org/article9775.html>.

¹⁷⁰ La chambre des mises en accusation, Bruxelles, arrêt de la cour d'appel Juin 26, 2002, Sharon & Yaron,

en http://www.law.kuleuven.be/jura/art/40n1/genocidewet_rechtspraak.html#26062002.

¹⁷¹ Cass., 11 de febrero de 2003, Nro. P.02.1139.F, reimpresso en 42 ILM 596 (2003) (Trad. ing.).

¹⁷² Walley, *supra* nota 139, pág. 402.

El 18 de marzo de 2003, siete ciudadanos iraquíes y una ONG presentaron una denuncia con pedido de ser tenidos por actores civiles contra el ex presidente de los Estados Unidos George H. W. Bush, el vicepresidente en funciones Dick Cheney (Secretario de Defensa al momento de los presuntos crímenes), el Secretario de Estado en funciones Colin Powell (Jefe de Estado Mayor Conjunto de Estados Unidos al momento de los presuntos crímenes) y el General Norman Schwarzkopf (Comandante de los Estados Unidos durante la Guerra del Golfo). Los denunciantes argumentaron que los lanzamientos de dos bombas sobre dos refugios civiles en Bagdad en la noche del 12 de Febrero de 1991 durante la Guerra del Golfo -un incidente en el que murieron 403 personas- constituían crímenes de guerra.¹⁷³

El Ministro de Relaciones Exteriores belga Louis Michel del francoparlante Partido Liberal sostuvo que el caso demostraba una seria falencia de la ley de jurisdicción universal: la falta de resguardos contra su utilización con fines políticos o persecutorios.¹⁷⁴ Un vocero del Ministerio de Relaciones Exteriores belga agregó: “Este caso demostró que hay un problema con la ley de genocidio [...]. El gobierno quiere modificar esta ley.”¹⁷⁵

Otras investigaciones judiciales instadas por actores civiles durante este período incluyeron aquellas contra ex oficiales del Khmer Rouge en Camboya; Driss Basri, un ex ministro marroquí; Hashemi Rafsanjani, ex presidente de Irán; Augusto Pinochet; Saddam Hussein; Fidel Castro; Paul Kagamé, presidente de Ruanda; Laurent Gbagbo, presidente de Costa de Marfil; y Yasir Arafat.¹⁷⁶

Reformas legislativas (2003-presente). Luego de que se presentara la denuncia contra George H. W. Bush y otros líderes estadounidenses, el

¹⁷³ Véase Le procureur général près la Cour de cassation, en cause Bush et consorts, Note, attached to Cass., 23 de septiembre de 2003, Nro. P.03.1216.F; Jean-Pierre Borloo & Pierre Vassart, Compétence universelle: plainte contre Bush père, LE SOIR (Bruxelles), 19 de marzo de 2003.

¹⁷⁴ Borloo & Vassart, supra nota 173.

¹⁷⁵ Véase Richard Bernstein, Belgium Rethinks Its Prosecutorial Zeal, N.Y. TIMES, 1 de abril de 2003, pág. A8. Para el resultado de los casos Sharon y Bush, Véase texto de nota 192 infra.

¹⁷⁶ Juge d'instruction a Bruxelles, 6 novembre 1998, en 1999 REVUE DE DROIT PÉNAL ET DE CRIMINOLOGIE (Belg.) 278; Reydam, supra nota 145, págs. 206, 213; Vandermeersch, supra nota 145, págs. 406, 408; Jan Wouters, The Judgement of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks, 16 LEIDEN J. INT'L L. 253, 266 (2003). Algunos gobiernos reaccionaron fuertemente contra estas investigaciones. Por ejemplo, el Parlamento Iraní demandó compensación financiera por el “dolor infligido al pueblo iraní” como consecuencia de la denuncia contra el ex-presidente Rafsanjani. Véase Alain Winants, The Yerodia Ruling of the International Court of Justice and the 1993/1999 Belgian Law on Universal Jurisdiction, 16 LEIDEN J. INT'L L. 491, 503 n.65 (2003).

Secretario de Estado Powell le dijo a Bélgica que estaba arriesgando su estatus de capital diplomática y de sede de la OTAN.¹⁷⁷ Estas presiones impulsaron una reforma que estableció explícitamente la posibilidad de invocar inmunidad por ejercicio de funciones oficiales, aunque también estableció que la presencia de un presunto autor en territorio belga no constituía una precondition para el inicio de un proceso de jurisdicción universal contra él. La Cámara de Representantes aprobó esta disposición el 23 de abril de 2003, por un voto de 63 contra 48, que entró en vigor el 7 de mayo.¹⁷⁸ La reforma estableció una serie de limitaciones a los casos que los actores civiles podían instar, y ciertos mecanismos para que el Ministro de Justicia pudiera llamar la atención a otros Estados respecto de ciertos casos, de modo de poder dispensar a los tribunales belgas del ejercicio de la jurisdicción.¹⁷⁹ Uno de estos mecanismos fue rápidamente denominado “la cláusula Bush”, en tanto fue diseñado para lidiar con el caso de George H. W. Bush.¹⁸⁰ El Parlamento agregó esta cláusula para obtener el apoyo de la oposición, puesto que la mayoría todavía apoyaba la jurisdicción universal.¹⁸¹

Aprobada la reforma, Israel envió a su embajador de regreso a Bélgica.¹⁸² Sin embargo, la disposición fue rápidamente puesta a prueba y demostró ser insuficiente para evitar tensiones internacionales. El 14 de mayo de 2003, un grupo de presuntas víctimas presentó una denuncia contra el General Tommy Franks, comandante de las fuerzas de los Estados Unidos y del Reino Unido en la Segunda Guerra del Golfo, y contra el Coronel Bryan P. McCoy, comandante del Tercer Batallón del Cuarto Regimiento de los Marines estadounidenses, por presuntos crímenes de guerra cometidos en Irak.¹⁸³

¹⁷⁷ Ratner, *supra* nota 16, pág. 890; Michael Verhaeghe, *The Political Funeral Procession for the Belgian UJ Statute*, en *INTERNATIONAL PROSECUTION OF HUMAN RIGHTS CRIMES*, *supra* nota 35, págs. 139, 142.

¹⁷⁸ Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire de 23 de abril de 2003, Arts. 4, 5, M.B., 7 de mayo de 2003, 9412 [en adelante Ley de abril 2003] (reemplazando Art. 5, §3 and Art. 7 de la ley 1993/1999) Universal Jurisdiction Rejection Act of 2003, H.R. 2050, 108th Cong. §2(10) (2003) (describiendo la aprobación de la ley belga de 2003 y el voto en la Cámara de Representantes.).

¹⁷⁹ April 2003 law, *supra* nota 178, Art. 5 (reemplazando Art. 7 de ley 1993/1999).

¹⁸⁰ Verhaeghe, *supra* nota 177, pág. 142.

¹⁸¹ Walley, *supra* nota 139, págs. 402-03.

¹⁸² Ratner, *supra* nota 16, pág. 891.

¹⁸³ Véase Centre de droit international, Université libre de Bruxelles, *Developpements judiciaires, Affaire Franks: Plainte*, at http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Developpements_judiciaires.html; *KLACHT TEGEN TOMMY FRANKS (15 MEI 2003) & KI 24 SEPTEMBER 2003 (FRANKS EN MCCOY)*, en http://www.law.kuleuven.be/jura/art/40n1/genocidewet_rechtspraak.html#09092003 [en adelante *Chambre des mises en accusation, Franks & McCoy*].

El 20 de mayo de 2003, el Consejo de Ministros belga puso los presuntos crímenes en conocimiento de los Estados Unidos, conforme lo dispuesto por la sección 4 del artículo 7 de la reformada ley de jurisdicción universal. Al mes siguiente, de conformidad con una decisión del Consejo de Ministros, el fiscal federal decidió desestimar la denuncia de acuerdo con lo establecido por la sección 1 del artículo 7 de la reformada ley, determinando que la denuncia presentaba motivos insuficientes para el inicio de un proceso formal. Pero los actores civiles apelaron la decisión del fiscal federal -como lo permitía la sección 1 del artículo 7 de la ley reformada- y, en subsidio, solicitaron un pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto de si la sección 4 del artículo 7 de la ley reformada violaba los artículos 10 (que establece la igualdad ante la ley) y 11 (que prohíbe la discriminación) de la Constitución y el principio de separación de poderes.¹⁸⁴

Mientras tanto, el 10 de junio de 2003, el Tribunal de Apelaciones sostuvo que Ariel Sharon gozaba de inmunidad en su calidad de Primer Ministro de Israel, pero que la persecución penal contra el Brigadier General Amos Yaron podía avanzar.¹⁸⁵ Dos días más tarde, el Secretario de Defensa Rumsfeld anunció que los Estados Unidos se negarían a pagar por la construcción de un nuevo edificio para la sede de la OTAN en Bélgica y que considerarían suspender los viajes de sus agentes a reuniones en Bélgica a menos que ésta derogara su ley de jurisdicción universal, argumentando que “Bélgica parece no respetar la soberanía de otros Estados”.¹⁸⁶ A los pocos días, Verhofstadt acordó evaluar nuevas modificaciones que limitaran el alcance de la ley a casos directamente vinculados con Bélgica, y afirmó que la reforma de 1993 había “abierto la puerta a un uso manifiestamente abusivo y político de esta ley”.¹⁸⁷

El 5 de agosto de 2003, Bélgica aprobó una proyecto -que entró en vigor dos días después- que derogó la ley de jurisdicción universal e introdujo reformas al Código Penal, al Código Procesal Penal y a la Ley

¹⁸⁴ Chambre des mises en accusation, Franks & McCoy, supra nota 183.

¹⁸⁵ Arrêt de la Chambre de mises en accusation (Corpus de la décision), 10 de junio de 2003, en http://www.law.kuleuven.be/jura/art/40n1/genocidewet_rechtspraak.html (luego buscar “Corpus de la decision”)

¹⁸⁶ Ratner, supra nota 16, pág. 891 (citando News Transcript: Secretary of Defense Rumsfeld at NATO Headquarters (12 de junio de 2003), en http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid_2742); Véase también Walley, supra nota 139, pág. 403.

¹⁸⁷ Ratner, supra nota 16, pág. 891 (citando Projet de loi relative aux violations graves du droit humanitaire, 23 de julio de 2003, BELG. PARL. DOC. 51 0103/001).

del Poder Judicial.¹⁸⁸ La reforma de agosto de 2003 impuso limitaciones mucho mayores a la jurisdicción extraterritorial de Bélgica que aquellas adoptadas en abril. En primer lugar, estableció que sólo aquellas personas que se hayan convertido en ciudadanos o residentes belgas luego de cometer el hecho podrían ser perseguidos sobre la base de la jurisdicción universal por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio.¹⁸⁹ En segundo lugar, eliminó la posibilidad de que víctimas y ONGs pudieran iniciar un proceso formal instrucción como actores civiles bajo el principio de personalidad pasiva y la cláusula facultativa general del Artículo 12 bis del Código Procesal Penal, y permitió únicamente al fiscal federal instar la persecución de estos casos.¹⁹⁰

Una disposición transitoria de la ley de agosto de 2003 también estableció que, salvo que al menos uno de los actores civiles fuera un ciudadano belga cuando se presentó la denuncia (o que el imputado fuera un residente belga cuando la ley de agosto de 2003 entró en vigor) y que el juez de instrucción hubiera realizado un acto de investigación en el caso, cualquier procedimiento que hubiera sido iniciado ante un juez de instrucción debía ser enviado por el fiscal federal al fiscal del Tribunal de Casación, quien estaba obligado a solicitar al Tribunal que relevara a los tribunales belgas de jurisdicción sobre la causa.¹⁹¹ Sobre la base de esta disposición transitoria, el 24 de septiembre de 2003, el Tribunal de Casación despojó a los tribunales belgas de su jurisdicción sobre todos los acusados en los casos Sharon y Bush, así como en otros casos pendientes que incluían aquellos contra Castro y Kagamé.¹⁹² El mismo día, el Tribunal de Apelaciones sostuvo que, debido a la entrada en vigor de la ley de agosto de 2003, ya no podía hacer lugar a la apelación

¹⁸⁸ Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire de 5 de agosto de 2003, Art. 27, M.B., 7 de agosto de 2003, 21,182 [en adelante Ley de agosto 2003].

¹⁸⁹ C.I.C.R. Art. 6.1bis, enmendado por la Ley de agosto de 2003, supra nota 188, Art. 14; Luc Reydam, Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law, 1 J. INT'L CRIM. JUST. 679, 683 (2003) (citando BELG. PARL. DOC. 51 0103/001, supranota 187, pág. 5-6).

¹⁹⁰ C.I.C.R. Art. 12bis. La Corte Constitucional confirmó la validez constitucional de la mayoría de estas normas. Cour d'arbitrage, Mar. 23, 2005, Nro. 62/2005.

¹⁹¹ Ley de agosto 2003, supra nota 188, Art. 29.

¹⁹² Cass., Sept. 9, 2003, Nro. P.03.1217.F (Sharon); Cass., Nro. P.03.1216.F, supra nota 173 (Bush); Eric David, Belgium, in 8 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 396, 400-02 (2005) (describiendo el rol de la Corte de Casación y la Corte de Arbitraje en el rechazo de los casos Kagamé y TotalFinaElf); Vandermeersch, supra nota 145, pág. 408 (Sharon, Bush, Castro).

contra la desestimación del fiscal federal del caso contra el General Franks y Coronel McCoy.¹⁹³

En contraste con la desestimación de los casos contra imputados de costo alto y de costo medio, los procedimientos contra imputados de bajo costo han avanzado significativamente.¹⁹⁴ Por ejemplo, en junio de 2005, los empresarios Samuel Ndashyikirwa y Etienne Nzabonimana fueron condenados por un jurado belga por los crímenes de guerra de homicidio y tentativa de homicidio en Ruanda de ciudadanos ruandeses en abril de 1994, y sentenciados a diez y doce años de prisión respectivamente.¹⁹⁵ Ambos se encontraban residiendo en Bélgica al momento de sus arrestos en 2002.¹⁹⁶ En julio de 2007, Bernard Ntuyahaga, un Mayor del ejército ruandés, fue encontrado culpable por un jurado belga de los crímenes de guerra de homicidio y tentativa de homicidio en Ruanda en 1994 de diez soldados de mantenimiento de paz belgas y de un número indeterminado de ruandeses y fue sentenciado a veinte años de prisión.¹⁹⁷ En diciembre de 2009, Ephrem Nkezabera, un ex banquero y líder de las milicias Interahamwe fue condenado por crímenes de guerra, incluyendo homicidios y violaciones, cometidos en Ruanda en 1994 y fue sentenciado a 30 años.¹⁹⁸

España

Dado que la regulación española de la jurisdicción universal ha ido evolucionando con el correr del tiempo, esta discusión se concentra en dos períodos, el primero abarca los años 1985-2009 y el segundo se extiende desde noviembre de 2009 hasta el presente.

¹⁹³ *Chambre des mises en accusation, Franks & McCoy*, supra nota 183.

¹⁹⁴ Bélgica también prosiguió con una investigación contra el ex-presidente Chad Hissène Habré. El 16 de febrero de 2009, Bélgica presentó una demanda ante la CIJ contra Senegal—el país donde Habré había estado en exilio desde su expulsión en 1990—pidiendo que Senegal persiguiera a Habré sobre la base de jurisdicción universal o lo extraditara a Bélgica para ser juzgado por casos de lesa humanidad y tortura. Sin embargo, Bélgica ha tomado la posición de que su jurisdicción en este caso no se basa en la jurisdicción universal sino en el principio de personalidad pasiva. Véase *Belg. v. Sen. Demanda CIJ*, supra nota 19.

¹⁹⁵ Véase *Centre de droit international*, supra nota 183, *Cour d'assises, Bruxelles*, [sentencia de] 29 de junio de 2005.

¹⁹⁶ Véase *Hague Justice Portal, Etienne Nzabonimana and Samuel Ndashyikirwa*, en <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/11/883.TD1GUg.html>.

¹⁹⁷ *Centre de droit international*, supra nota 183, *Cour d'assises, Bruxelles*, [sentencia de] 5 de julio de 2007.

¹⁹⁸ *Gashegu Muramira, Rwanda: Belgian Court to Decide Nkezabera's Fate, NEW TIMES (Kigali)*, 14 de enero de 2010, en <http://allafrica.com/stories/201001140053.html>. Como no pudo asistir al juicio porque padecía de cáncer, en marzo de 2010 la *Cour d'assises de Bruselas* decidió iniciar un nuevo juicio. Pero Nkezabera falleció poco después, lo que dio por terminado todos los procedimientos legales en su contra.

El marco jurídico e institucional original (1985-2009). La Audiencia Nacional -que incluye tribunales penales federales que investigan, juzgan y lidian con apelaciones interlocutorias respecto de ciertos crímenes en España- tiene competencia sobre delitos cometidos en el extranjero.¹⁹⁹ El artículo 23(4) de la Ley del Poder Judicial de 1985 -sancionada durante el proceso de democratización español- otorgó a los tribunales españoles competencia sobre genocidio y cualquier otra ofensa cometida fuera de territorio español en casos en que los tratados internacionales exigían su persecución por parte de España. Los tribunales españoles interpretaron posteriormente que el Artículo 23(4) confería jurisdicción universal a los tribunales españoles respecto de tortura y violaciones graves a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional I.²⁰⁰ Durante este período, el Artículo 23 no exigía expresamente que el presunto partícipe se encontrara en territorio español o que el caso tuviera algún otro tipo de vínculo con España.

En lo que respecta al proceso penal, España coloca la investigación de delitos graves en manos de jueces de instrucción que forman parte del Poder Judicial y permanecen en sus cargos de por vida.²⁰¹ El rol del fiscal durante la etapa de instrucción incluye requerir que el juez inicie la investigación y controlar el trabajo del juez.²⁰² Cada nuevo gobierno nombra a su propio Fiscal General de Estado,²⁰³ cabeza de una oficina organizada jerárquicamente.²⁰⁴

Existen dos maneras adicionales a través de las cuales un juez de instrucción puede iniciar una investigación. En primer lugar, el juez puede iniciarla por sí mismo;²⁰⁵ en segundo lugar, el juez puede iniciarla al recibir una querrela. Cualquier ciudadano español -o persona jurídica- puede convertirse en querellante sin ser la presunta víctima del delito, como actor popular.²⁰⁶ También, tanto los ciudadanos españoles como los extranjeros y las personas jurídicas pueden convertirse en querellantes en un proceso penal español si son las presuntas víctimas

¹⁹⁹ LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, Art. 65(1)(e).

²⁰⁰ Véase p. ej., S.T.S. [Tribunal Supremo], Nro. 1240/2006, 11 de diciembre de 2006 (sobre violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I).

²⁰¹ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA [C.E.] Art. 117.

²⁰² LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL [L.E. CRIM.] Arts. 105, 271, 306, 319.

²⁰³ La cabeza de la Oficina del Fiscal es nombrada por el rey mediante propuesta del gobierno, luego de que el Consejo Judicial haya sido escuchado.

²⁰⁴ TERESA ARMENTA DEU, LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL 82-83 (3d ed. 2007).

²⁰⁵ L.E. CRIM. Arts. 303, 308.

²⁰⁶ C.E. Art. 125; L.E. CRIM. Arts. 101, 270; ARMENTA DEU, *supra* nota 204, pág. 86.

del delito.²⁰⁷ Debido al principio de legalidad procesal, el juez puede desestimar las querellas populares o privadas sólo si los presuntos hechos no constituyen delito o si el juez determina que carece de competencia. Si el fiscal no está de acuerdo con el juez sobre cuestiones de competencia, el fiscal puede apelar, pero los tribunales tienen la última palabra.²⁰⁸

Mientras que el juez puede exigir al querellante popular que realice un depósito para pagar por los eventuales costos del proceso,²⁰⁹ la ley del Poder Judicial establece que el depósito no debe ser fijado de un modo que impida las querellas populares,²¹⁰ y el Tribunal Constitucional ha establecido que el monto del depósito debe ser proporcional a los bienes del querellante popular o privado.²¹¹ Sin embargo, si un caso es desestimado por falta de pruebas o porque la presunta conducta no constituye un delito, el querellante popular o privado puede ser perseguido penalmente.²¹²

En virtud del menor grado de control que el Poder Ejecutivo tiene sobre las persecuciones basadas en la jurisdicción universal en España que en Alemania, Inglaterra y Gales, y Francia, la estructura de incentivos postulada en este artículo predeciría que se iniciarían procesos penales contra un mayor rango de imputados. Además, si estas persecuciones generaran costos significativos en materia de relaciones internacionales, los poderes políticos deberían reformar el régimen de jurisdicción universal para reducir estos costos, garantizando que estos casos sean desestimados sin llegar a juicio. Nuevamente, los casos confirman estas predicciones.

Juicio bajo el marco jurídico original. El único caso de jurisdicción universal sobre crímenes internacionales que llegó a juicio en España fue contra el capitán militar retirado argentino Adolfo Scilingo, que surgió de una investigación mayor de las atrocidades en masa ocurridas en Argentina en los años 70. Scilingo había ganado notoriedad en Argentina por decirle a un periodista que la marina había matado alrededor de dos mil de las personas que había secuestrado y torturado, tirándolas

²⁰⁷ C.E. Art. 24; L.E. CRIM. Arts. 270(I), (II), 280-81; ARMENTA DEU, supra nota 204, pág. 85.

²⁰⁸ L.E. CRIM. Art. 313; ARMENTA DEU, supra nota 204, pág. 31-32.

²⁰⁹ L.E. CRIM. Art. 280. El artículo 281 de este código enumera algunas excepciones a esta regla.

²¹⁰ L.O.P.J. Art. 20(3).

²¹¹ Tribunal Constitucional [S.T.C.] Nro. 62/1983, 11 de julio de 1983; Nro. 113/1984; Nro. 1471/1989; Nro. 326/1994, 12 de diciembre de 1994, citado por ARMENTA DEU, supra nota 204, pág. 87.

²¹² L.E. CRIM. Art. 637; CÓDIGO PENAL Art. 205.

inconscientes y desnudas desde aviones al Río de la Plata, que separa a Argentina y a Uruguay.²¹³ El 6 de octubre de 1997, Scilingo viajó a España por invitación de un programa de televisión español que quería entrevistarlo. Tras la llegada de Scilingo, el juez de instrucción Baltasar Garzón lo interrogó y luego ordenó su detención.²¹⁴ Garzón también dictó autos de procesamiento contra alrededor de 120 personas y emitió ordenes de detención contra alrededor de 50 en el caso argentino, uno de los cuales fue arrestado en México, y luego extraditado, en primer lugar, a España, y luego a Argentina.²¹⁵ Argentina rechazó las solicitudes de pruebas de Garzón, argumentando que los tribunales argentinos tenían competencia exclusiva sobre los hechos.²¹⁶ Pero no hay indicación alguna de que Argentina haya amenazado o tomado algún tipo de represalia contra España.

Luego de la detención de Scilingo, el fiscal asignado al caso se volvió implacablemente crítico de la investigación de Garzón y terminó apoyando a la defensa de Scilingo en su cuestionamiento de la competencia del juez.²¹⁷ Pero para el momento en que Scilingo fue a juicio en diciembre de 2004, la situación había cambiado drásticamente en Argentina, en donde el gobierno ahora apoyaba las investigaciones españolas. La situación también había cambiado en España, en donde había asumido el primer ministro socialista José Luis Rodríguez Zapatero y la Oficina del Fiscal General había anunciado una política de no oposición a las persecuciones basadas en la jurisdicción universal.²¹⁸ El Tribunal de Juicio condenó a Scilingo por crímenes de lesa humanidad, participación en detenciones ilegales y tortura, y lo sentenció a un total de 640 años en prisión.²¹⁹ El 18 de julio de 2007, el Tribunal Supremo de

²¹³ HORACIO VERBITSKY, *EL VUELO* (1995).

²¹⁴ ROHT-ARRIAZA, *supra* nota 84, pág. 24.

²¹⁵ Véase p. ej., Juzgado Central de Instrucción n.º [J.C.I.] Nro. 5, Audiencia Nacional [A.N.] Madrid, Auto, 8 de mayo de 2000, en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/reitero.html>; España: comenzó el proceso de extradición del represor Cavallo, CLARÍN, 30 de marzo de 2008, en <http://edant.clarin.com/diario/2008/03/30/um/m-01639928.htm>.

²¹⁶ Véase Texto del apartado número 8 de la nota del Ministerio de relaciones exteriores argentino (15 de enero de 1997), en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/coop.html>; Decreto Nro. 111/98, 26 de enero de 1998, BOLETÍN OFICIAL, 9 de febrero de 1998 (Arg.).

²¹⁷ Véase Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, A.N. Madrid, Nro. 84/98, 4 de noviembre de 1998, en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/audi.html> [en adelante Auto Nro. 84/98]

²¹⁸ Véase Amnistía Internacional, La Audiencia Nacional condena al (sic) ex militar argentino Adolfo Scilingo por crímenes de lesa humanidad (19 de abril de 2005), en <http://ania.urcm.net/spip.php?article13324>.

²¹⁹ Véase A.N. Madrid, Sala de lo Penal, Nro. 16/2005, 19 de abril de 2005, at <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicial/#casa>.

España revirtió parcialmente la sentencia, reduciendo su pena a un máximo de 25 años.²²⁰

Otros casos iniciados bajo el marco jurídico original. La detención y el proceso de extradición de Pinochet en el Reino Unido han sido extensamente discutidos por la literatura.²²¹ Para nuestros propósitos, resulta suficiente decir que cuando Pinochet arribó a Londres para una operación de espaldas en septiembre de 1998, la investigación de las atrocidades en Chile también estaba siendo llevada adelante por el juez Garzón, cuya cartera de casos se había expandido para incluir tanto a Chile como a Argentina. Luego de consultarlo con la policía británica, ordenó la prisión preventiva de Pinochet y emitió una orden de arresto internacional imputándolo de los delitos de genocidio y de terrorismo por el homicidio doloso de ciudadanos españoles en Chile -aunque el pedido de extradición se extendería luego para cubrir también delitos de jurisdicción universal contra víctimas no españolas. Cuando el magistrado Nicholas Evans llamó al Ministerio del Interior, le dijeron que no se encontraba comprometida la inmunidad diplomática en el caso. Esa noche, Scotland Yard notificó a Pinochet de la orden de arresto. Aparentemente, la policía no informó al Secretario del Interior Jack Straw hasta después de llevado a cabo el arresto.²²²

La opinión pública británica estuvo dividida respecto del arresto; los conservadores lo criticaron y la izquierda lo aplaudió; la administración de Blair, que llevaba sólo un año en el poder, había prometido implementar una “política exterior ética”. En España, la investigación y la extradición de Garzón gozaban de un fuerte apoyo popular, claramente reconocido por el Partido Popular gobernante. Tanto en el Reino Unido como en España, los líderes políticos concluyeron que el curso de acción más prudente consistía en dejar el asunto en manos de los tribunales.²²³ Mientras tanto, el arresto fue generalmente bien recibido en Europa, en tanto Suiza, Francia y Bélgica se unieron a España en buscar la extradición de Pinochet.²²⁴

²²⁰ Véase S.T.S. Nro. 798/2007, 1 de octubre de 2007, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicial/#casa>.

²²¹ Véase p. ej., ROHT-ARRIAZA, supra nota 84; Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, Pinochet and International Human Rights Litigation, 97 MICH. L. REV. 2129 (1999).

²²² J.C.I. Nro. 5, A.N. Madrid, Auto, Sumario 19/97, 16 de octubre de 1998; ROHT-ARRIAZA, supra nota 84, págs. 1, 34-35; Sugarman, supra nota 89, pág. 114.

²²³ ROHT-ARRIAZA, supra nota 84, págs. 36-37; Sugarman, supra nota 89, págs. 112-14.

²²⁴ Véase p. ej., Reasons for Authority to Proceed by Secretary of State Jack Straw, 9 de diciembre de 1998, en THE PINOCHET PAPERS 183, 184 (Reed Brody & Michael Ratner eds., 2000).

Los procesos legales continuaron tanto en el Reino Unido como en España. La Cámara de Apelaciones española rechazó el argumento de falta de jurisdicción presentado por el fiscal español en una decisión que esencialmente repitió los argumentos elaborados por el tribunal el día anterior en el caso de Scilingo.²²⁵ La Cámara de los Lores emitió tres decisiones, la tercera de las cuales estableció que Pinochet podía ser extraditado sólo por los hechos de tortura cometidos después del 8 de diciembre de 1988,²²⁶ la fecha en la cual la ratificación del Reino Unido de la Convención contra la Tortura cobró efecto. Finalmente, en abril de 1999, el Secretario del Interior Straw emitió una segunda autorización para proseguir con el proceso de extradición que involucraba crímenes de tortura y conspiración para torturar.²²⁷

Sin embargo, poco tiempo después el clima político cambió dramáticamente, cuando la coalición de centro izquierda que gobernaba Chile comenzó a preocuparse con creciente intensidad por la amenaza que la detención de Pinochet significaba para sus chances en las próximas elecciones presidenciales.²²⁸ El primer ministro español José María Aznar había declarado públicamente que no quería que “España se convirtiera en un Tribunal Penal Internacional”.²²⁹ Además, con el tiempo el gobierno chileno cambió su discurso de cuestionamientos a la detención de Pinochet como una ataque a su soberanía por la promesa de que podía ser juzgado en Chile. Regresar a Pinochet a Chile se convertía entonces en menos costoso para el gobierno laborista de lo que había sido durante el inicio del proceso de extradición.²³⁰

Según los informes de varios periodistas, en el verano de 1999 los gobiernos de Chile, España y el Reino Unido acordaron liberar a Pinochet por motivos humanitarios.²³¹ Un equipo médico nombrado por el Reino Unido examinó al ex presidente de facto y concluyó que no estaba en condiciones de ser sometido a juicio y que no podían esperarse grandes

²²⁵ A.N. Madrid, Sala de lo Penal, Rollo de Apelación 173/98, Auto, Sumario 1/98, 5 de noviembre de 1998; Auto No. 84/98, supra nota 217.

²²⁶ R. v. Bartle & Commissioner of Police for Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet, [1999] UKHL 17, [2000] 1 A.C. 147 (H.L.).

²²⁷ Véase Second Authority to Proceed by Secretary of State Jack Straw, 15 April 1999, en THE PINOCHET PAPERS, supra nota 224, pág. 373; Reasons for Second Authority to Proceed by Secretary of State Jack Straw, 5 de abril de 1998, en id. pág. 375.

²²⁸ ROHT-ARRIAZA, supra nota 84, págs. 59-60; Sugarman, supra nota 89, págs. 114-15.

²²⁹ PILAR URBANO, GARZÓN: EL HOMBRE QUE VEÍA AMANECER 535 (2000).

²³⁰ ROHT-ARRIAZA, supra nota 84, pág. 64.

²³¹ Id.

cambios en su condición.²³² El Secretario del Interior Straw anunció la terminación del proceso de extradición el 2 de marzo del 2000 y Pinochet regresó a Chile.²³³

El 2 de diciembre de 1999, la guatemalteca Rigoberta Menchú Tum, Premio Nobel de la Paz de 1999, presentó una denuncia contra el general y ex presidente de facto Efraín Ríos Montt y otros siete funcionarios guatemaltecos, imputándolos de los crímenes de genocidio, tortura, terrorismo, homicidio agravado y detenciones ilegales cometidas en Guatemala entre 1962 y 1996. Durante este tiempo, la Fiscalía General de España estaba todavía bajo control del Partido Popular del primer ministro Aznar y, en enero del 2000, el fiscal cuestionó la competencia de los tribunales españoles.²³⁴

El 25 de febrero de 2003, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España sostuvo, en una decisión de 8 contra 7, que los tribunales españoles no tenían jurisdicción universal sobre el presunto crimen de genocidio en Guatemala porque (1) la Convención contra el Genocidio no establecía el principio de jurisdicción universal, (2) no había indicación alguna de que los presuntos delincuentes se encontraran en territorio español ni de que España hubiera denegado su extradición, y (3) el presunto genocidio no afectaba un interés nacional español. (El Tribunal Supremo también sostuvo que los tribunales españoles tenían jurisdicción sobre el crimen de tortura pero únicamente por los hechos cometidos contra ciudadanos españoles en Guatemala).²³⁵

Los querellantes populares y privados acudieron al Tribunal Constitucional para cuestionar la decisión. Mientras tanto, ocurrían importantes acontecimientos políticos. El socialista Zapatero se convirtió en primer ministro el 17 de abril de 2004 y, seis días después, Cándido Conde-Pumpido -uno de los jueces que había votado a favor de la jurisdicción universal pura en el caso de Guatemala- fue nombrado en el puesto de Fiscal General.²³⁶ El 26 de septiembre de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con el apoyo del fiscal, revirtió la sentencia

²³² Véase British Medical Report on Augusto Pinochet, en THE PINOCHET PAPERS, supra nota 224, pág. 447.

²³³ Véase Letters from the Home Office to the Spanish, Belgian, Swiss and French Ambassadors Announcing the Termination of Extradition Proceedings, 2 de marzo de 2000, en THE PINOCHET PAPERS, supra nota 224, pág. 465; Statement of Secretary of State Jack Straw in the House of Commons, 2 March 2000 [extracto], en id. pág. 481.

²³⁴ J.C.I. Nro. 1, A.N. Madrid, Diligencias previas 331/99, Auto, 27 de marzo de 2000.

²³⁵ S.T.S. Nro. 327/2003, 25 de febrero de 2003.

²³⁶ Véase Cándido Conde-Pumpido, La justicia universal en la jurisdicción española, 51 PERSONA Y DERECHO 49 (2004).

del Tribunal Supremo, puesto que consideró que esta sentencia violaba el derecho a un proceso judicial efectivo de los querellantes populares y privados, conforme lo establecido por el artículo 24(1) de la Constitución.²³⁷

Luego de que la Fiscalía General cambiara su rumbo en materia de jurisdicción universal y, todavía más importante, luego del cambio radical por parte del Tribunal Constitucional, España fue testigo de una avalancha de denuncias basadas en la jurisdicción universal y prestó una atención renovada a casos antiguos. De este modo, investigaciones preliminares o instrucciones formales fueron llevadas a cabo contra el presidente y miembros del ejército de Ruanda por, entre otros delitos, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; contra líderes marroquíes por genocidio y tortura;²³⁸ contra militares salvadoreños por el homicidio doloso de seis sacerdotes jesuitas y dos otras personas; y contra cuatro nazis por sus acciones en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial.²³⁹ Lo más significativo fue, sin embargo, el puñado de casos que analizaremos a continuación, que desencadenó importantes tensiones políticas e internacionales en España y que finalmente determinó la reforma de la ley de jurisdicción universal española en 2009.

En 2003, un grupo de individuos presentó una denuncia y solicitó que se los considerara querellantes privados en un caso alegando crímenes de genocidio y tortura presuntamente cometidos por el ex presidente chino Jiang y otros importantes funcionarios en la persecución que se realizaba, desde la década del 90, de personas que pertenecían o eran partidarias del Falun Gong. Apoyándose en la decisión del Tribunal Supremo español de febrero de 2003 -es decir, sobre la base de la ausencia de los presuntos delincuentes en territorio español y la falta de cualquier otro vínculo entre España y el caso- el juez de instrucción, la cámara de apelaciones y el Tribunal Supremo rechazaron la denuncia. Sin

²³⁷ S.T.C. Nro. 237/2005, 26 de septiembre de 2005.

²³⁸ Véase J.C.I. Nro. 4, A.N. Madrid, Auto, Sumario 3/2008, 6 de febrero de 2008 (Rwanda); J.C.I. Nro. 5, A.N. Madrid, Diligencias previas 362/2007, Auto, 29 de octubre de 2007 (Morocco).

²³⁹ Véase p. ej., J.C.I. Nro. 6, A.N. Madrid, Diligencias previas 391/08, Auto, 10 de abril de 2009 (El Salvador); J.C.I. Nro. 2, A.N. Madrid, Diligencias previas 211/2008, Auto, Sumario 56/2009, 17 de septiembre de 2009 (Nazis). Otras denuncias presentadas por el querellantes privados o públicos fueron descartadas sobre la base de complementariedad transnacional o la doctrina de inmunidad. Véase p. ej., Amnistía internacional, Otros Casos Abiertos en España, en <http://www.es.amnesty.org/temas/justicia-internacional/otros-casos-abiertos-en-espana/>; Justicia española rechaza querrela contra Hugo Chávez y la envía a la CPI, LA CRÓNICA DE HOY, 25 de marzo de 2003, en http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_notas_56033

embargo, el 22 de octubre de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional rechazó estas decisiones, invocando mayormente los mismos argumentos que había articulado en el caso de Guatemala en septiembre de 2005.²⁴⁰

En un segundo caso contra imputados chinos, el 28 de junio de 2005, dos ONGs y un individuo presentaron una denuncia, y solicitaron ser considerados, respectivamente, querellantes populares y querellante privado, contra el ex presidente Jiang, Li Peng y otros seis funcionarios chinos por su presunta participación en el crimen de genocidio en el Tibet. El 10 de enero de 2006, nuevamente apoyándose en la decisión del Tribunal Constitucional en el caso de Guatemala, la cámara de apelaciones dejó de lado el fallo del juez de primera instancia, que había sido apoyado por el fiscal, y sostuvo que los tribunales españoles tenían competencia sobre el caso.²⁴¹ A través de su embajada en España, China denunció esta decisión como una interferencia en sus asuntos domésticos.²⁴² El 9 de abril de 2009, el juez de instrucción Ismael Moreno solicitó que el gobierno chino interrogara a Jiang y a otros seis imputados por los delitos de genocidio y tortura en el Tibet desde 1950.²⁴³

En un tercer caso, los mismos denunciante en el anterior caso del Tibet presentaron una denuncia y solicitaron convertirse en querellantes populares y privado contra el ministro de defensa Lian Guanglie, el ministro de seguridad del estado Geng Hichang y otros cinco líderes chinos por su presunta participación en crímenes de lesa humanidad por haber organizado un ataque generalizado y sistemático contra la población civil tibetana que causó 203 muertos y miles de heridos y de detenidos ilegales en los meses previos a las Olimpiadas de Beijing en 2008. El 6 de agosto de 2008, el juez de instrucción Santiago Pedraz Gómez afirmó su competencia sobre el caso y admitió la denuncia, iniciando formalmente la instrucción.²⁴⁴ En mayo de 2009, el juez Pedraz requirió autorización del gobierno chino para interrogar a los dos

²⁴⁰ S.T.C. Nro. 227/2007, 22 de octubre de 2007.

²⁴¹ A.N. Madrid, Sala de lo Penal, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias previas 237/05, Auto, 10 de enero de 2006.

²⁴² Christine A. E. Bakker, *Universal Jurisdiction of Spanish Courts over Genocide in Tibet: Can It Work?* 4 J. INT'L CRIM. JUST. 595, 599 (2006).

²⁴³ Véase Manuel Altozano, *Pedraz pide a China que le permita interrogar a tres ministros por la represión en Tíbet*, EL PAÍS (Madrid), 5 de mayo de 2009, en http://www.elpais.com/articulo/espana/Pedraz/pide/China/le/permite/interrogar/ministros/represion/Tibet/elpepuesp/20090505elpepunac_8/Tes.

²⁴⁴ Véase J.C.I. Nro. 1, A.N. Madrid, Diligencias previas 242/2008-10, Auto, 5 de agosto de 2008; Altozano, *supra* nota 243.

individuos mencionados previamente y a otros cuatro imputados por crímenes de lesa humanidad.²⁴⁵ La Embajada China respondió exigiendo que el gobierno español tomara “medidas inmediatas y efectivas” para asegurar la rápida desestimación del caso, “para evitar posibles obstáculos y daños a las relaciones bilaterales entre China y España”.²⁴⁶

El 24 de junio de 2008, seis palestinos de la ciudad de Gaza presentaron una denuncia como querellantes privados contra siete funcionarios israelíes, incluyendo al ex ministro de defensa Benjamin Ben-Eliezer por crímenes de guerra, argumentando que el 22 de julio de 2002, un avión israelí lanzó una bomba sobre el vecindario de Al Daraj en Gaza dirigida al presunto comandante de Hamas Sala Shehadeh pero que mató y lesionó a civiles y dañó propiedad privada.²⁴⁷ El 29 de enero de 2009, el juez de instrucción Fernando Andreu Merelles admitió al querellante privado y, de este modo, dio inicio formal al procedimiento penal, afirmando su jurisdicción universal.²⁴⁸ Cuando la ministro de relaciones exteriores israelí expresó su preocupación, su contraparte español Miguel Ángel Moratinos le aseguró que el poder ejecutivo español haría todo lo posible para asegurar que la investigación tuviera el menor impacto posible.²⁴⁹

El ministerio de justicia español emprendió posteriormente un pormenorizado estudio de una propuesta para limitar el ejercicio de jurisdicción universal a casos con algún tipo de vínculo con España, con el objetivo de minimizar las tensiones diplomáticas, según informes de la prensa.²⁵⁰ El fiscal también solicitó la desestimación del caso y apeló la decisión del juez de instrucción.²⁵¹ El 9 de julio de 2009, la cámara de apelaciones desestimó el caso sobre la base de la prioridad de los

²⁴⁵ Altozano, *supra* nota 243.

²⁴⁶ China pide “medidas efectivas” para que la Audiencia abandone el caso sobre el Tíbet, EL PAÍS, 7 de mayo de 2009, en http://www.elpais.com/articulo/espana/China/pide/medidas/efectivas/Audiencia/abandone/caso/Tibet/elpepuesp/20090507elpepunac_11/Tes.

²⁴⁷ Javier Fernández Estrada, *Querrela contra los responsables de crímenes de guerra cometidos . . . en Gaza* (June 24, 2008), en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/gaza.html>.

²⁴⁸ J.C.I. Nro. 4, A.N. Madrid, Diligencias previas 157/2008, Auto, 29 de enero de 2009.

²⁴⁹ Véase *La Audiencia Nacional provoca una tormenta política en Israel contra España*, EL CONFIDENCIAL (Madrid), 30 de enero de 2009, at <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/gaza3.html>.

²⁵⁰ Justicia estudia prohibir a la Audiencia Nacional juzgar asuntos que no tengan “nexo de conexión” con España, CADENA SER (Madrid), 31 de enero de 2009, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/gaza4.html>.

²⁵¹ Véase Pedro Martínez Torrijos, *Al Juzgado*, 6 de mayo de 2009, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/gaza7.html>.

tribunales israelíes en el ejercicio de la competencia en virtud del principio de complementariedad o subsidiariedad.²⁵²

Entre los casos contra imputados estadounidenses,²⁵³ una denuncia significativo como querellante popular fue presentada el 17 de marzo de 2009, por la ONG Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España contra seis ex funcionarios de la administración de Bush, incluyendo al procurador general Alberto R. Gonzales, por los delitos de tortura y de tratamiento inhumano de personas protegidas en un conflicto armado, y por la política de privar tanto a prisioneros de guerra como a civiles de juicios justos e imparciales. Aunque destacaba que cinco ciudadanos o residentes españoles se encontraban entre los detenidos en Guantánamo presuntamente sometidos a tortura, la denuncia se basó en el principio de jurisdicción universal.²⁵⁴

Poco después, Javier Zaragoza, el fiscal principal ante la Audiencia Nacional, se reunió en ese tribunal con William Duncan, consejero político de la embajada estadounidense en España.²⁵⁵ A pesar de su anterior apoyo a los casos de jurisdicción universal, el fiscal general de España Conde-Pumpido respondió duramente a este caso, atacando a la denuncia como “fraudulenta” y afirmando que hacer lugar a esta equivaldría a convertir a la jurisdicción universal en “un juguete en manos de personas que buscan un determinado protagonismo”.²⁵⁶ En abril de 2009, la Fiscalía General busco la desestimación de la denuncia en base a tres argumentos: (1) que los imputados habían actuado

²⁵² Véase A.N. Madrid, Sala de lo Penal, Apelación 31/2009, Auto, Nro. 1/09, 9 de julio de 2009.

²⁵³ El caso Couso —en el que un juez español de instrucción abrió una instrucción y emitió órdenes internacionales de arresto contra tres oficiales militares americanos por crímenes de guerra en relación a las muertes de un periodista español y otro ucraniano en el “Hotel Palestine” en Iraq— inicialmente se basó al menos parcialmente en jurisdicción universal dado que una de las víctimas no era española y que España no estableció competencia para sus tribunales en estos crímenes basada en el principio de personalidad pasiva. Pero el caso parece haberse convertido en uno de personalidad pasiva exclusiva luego de que se pasó la enmienda de noviembre de 2009 al artículo 23(4) de la ley de organización judicial española, discutida más abajo, y el acotamiento de las investigaciones al homicidio del periodista español como un ataque contra una población civil y como un acto de violencia dirigido a aterrorizar a la población civil y a los periodistas. Véase p. ej., J.C.I. Nro.1, A.N. Madrid, Auto, Sumario 27/2007, 29 de julio de 2010. Por esta razón, este caso no es analizado en este artículo.

²⁵⁴ Javier Fernández Estrada, Decanato de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional para el Juzgado Central de Instrucción que por Turno Corresponda, 17 de marzo de 2009, en <http://www.nodo50.org/csca/agenda09/palestina/pdf/QUERELLAVERSIONFINAL.pdf> (denuncia)

²⁵⁵ Véase J. Yoldi, El fiscal rechaza investigar Guantánamo tras hablar con la EE UU, EL PAÍS, 18 de abril de 2009, en http://www.elpais.com/articulo/espana/fiscal/rechaza/investigar/Guantanamo/hablar/EE/UU/elpepiesp/20090418elpepinac_4/Tes

²⁵⁶ Id.

meramente como asesores jurídicos y no tenían la autoridad suficiente para tomar decisiones; (2) que la denuncia no hacía imputaciones concretas y específicas, por lo que requeriría una investigación de las políticas de la administración de Bush, lo que resultaría contrario a los objetivos de un proceso penal en un Estado de Derecho; y (3) que el principio de complementariedad o subsidiariedad exigía que los denunciantes demostraran que habían anteriormente presentado una denuncia ante la jurisdicción en la mejor posición para investigar el caso.²⁵⁷

El 4 de mayo de 2009, el juez de instrucción Velasco Núñez sostuvo que la jurisdicción universal de la Audiencia Nacional era subsidiaria y se limitaba a aquellos casos en los que cualquier país mejor posicionado para investigar y perseguir el crimen no planeaba hacerlo. Agregó que, antes de decidir si admitir o no la denuncia, enviaría una comisión rogatoria internacional a los Estados Unidos para determinar si los presuntos hechos serían investigados y eventualmente perseguidos, y, en caso afirmativo, por qué autoridad y a través de qué medios.²⁵⁸

En abril de 2009, el juez Garzón comenzó una investigación formal paralela de crímenes de guerra y tortura presuntamente cometidos por funcionarios estadounidenses contra cuatro detenidos en Guantánamo: un ciudadano español, un residente español, un libanés y un ciudadano marroquí.²⁵⁹ La Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España y el partido político Izquierda Unida, entre otros, se convirtieron en querellantes populares en el caso.²⁶⁰

Cambios en la legislación (Noviembre de 2009 – presente). Menos de un mes después de que el juez Velasco se negara a desestimar el caso contra los seis abogados de la administración de Bush y el juez Garzón iniciara una investigación por presuntos crímenes cometidos en Guantánamo -y pocos días después de que la Embajada China exigiera “medidas inmediatas y efectivas” para poner un freno al caso del Tibet- los Partidos Socialista y Popular llegaron a un acuerdo para limitar la ley de jurisdicción universal española.²⁶¹ El 25 de junio de 2009, el Congreso

²⁵⁷ Véase J.C.I. Nro. 6, A.N. Madrid, Diligencias previas 134/2009, Auto, 4 de mayo de 2009.

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ Véase J.C.I. Nro. 5, A.N. Madrid, Diligencias previas 150/09, Auto, 27 de abril de 2009.

²⁶⁰ Véase J.C.I. Nro. 5, A.N. Madrid, Diligencias previas 150/09, Auto, 27 de enero de 2010.

²⁶¹ Véase p. ej., F. Garea & A. Díez, PP y PSOE se alían para recortar la aplicación de la justicia universal, EL PAÍS, 19 de mayo de 2009; El Congreso insta al Gobierno a que limite la jurisdicción universal en España, DIARIO ABC, 19 de mayo de 2009, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/jun2.html>.

de los Diputados aprobó abrumadoramente una reforma a la disposición de jurisdicción universal, con 329 votos a favor, 9 en contra y 6 abstenciones.²⁶² El siguiente octubre, el Senado aprobó el proyecto con reformas menores. La nueva ley de jurisdicción universal entró en vigor a principios de noviembre.²⁶³

Bajo el reformado artículo 23(4), los tribunales españoles no pueden ejercer jurisdicción universal a menos que el imputado se encuentre en territorio español o exista otro tipo de vínculo relevante entre España y el caso.²⁶⁴ El reformado artículo 23(4) también prohíbe a los tribunales españoles invocar jurisdicción universal si el caso está siendo investigado o perseguido por un tribunal internacional o por otro Estado con competencia.

La ley reformada fue aplicada por primera vez a una denuncia por crímenes de guerra contra soldados iraquíes y agentes policiales que actuaban bajo las órdenes del teniente general Abdol Hossein Al Shemmari por presuntos actos de violencia indiscriminados contra civiles indefensos en el Campamento de Ashraf en Irak en julio de 2009, que causó diversas muertes y lesiones. Refiriéndose expresamente a la nueva reforma, el fiscal buscó la desestimación de la denuncia, entre otros motivos, por no cumplir con los requisitos de competencia: los presuntos delincuentes no se encontraban en España, las presuntas víctimas no eran españolas y no había ningún otro tipo de vínculo relevante entre España y el caso.²⁶⁵

A pesar de la clara intención del poder legislativo de restringir el alcance de la jurisdicción universal, el juez de instrucción Andreu argumentó que, incluso si la ley reformada había establecido los requisitos mencionados por el fiscal, la ley también especificaba que estos no debían impedir los procesos autorizados por tratados y convenciones ratificados por España. Apoyándose en el artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra, el juez estableció que los tribunales

²⁶² Véase El Congreso restringe la aplicación de la justicia universal a casos vinculados con España, EL CONFIDENCIAL, 25 de junio de 2009, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/jun18.html>

²⁶³ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO 2009, 1).

²⁶⁴ El artículo 23 (4) ahora también establece que las cortes españolas pueden ejercer jurisdicción si las víctimas son españolas.

²⁶⁵ J.C.I. Nro. 4, A.N. Madrid, Diligencias previas 211/2009, Auto, 26 de noviembre de 2009.

españoles tenían efectivamente competencia sobre el caso, a pesar de la falta de un vínculo relevante entre el caso y España.²⁶⁶

En otra aplicación liberal de la nueva ley, y luego de otro requerimiento del fiscal de que el caso sea desestimado por falta de competencia, el juez Garzón sostuvo en enero de 2010, antes de que se lo suspendiera en el cargo, que él continuaba teniendo competencia sobre su investigación de Guantánamo porque la ciudadanía española de una de las presuntas víctimas y la investigación anterior de Garzón en España de las cuatro presuntas víctimas por supuestamente pertenecer a la organización terrorista Al Qaeda constituían los vínculos necesarios con España.²⁶⁷

A pesar de estas decisiones -cuyas sentencias serán eventualmente revisadas por tribunales superiores- la reformada ley ya ha comenzado a restringir el uso de la jurisdicción universal en España. Por ejemplo, el 26 de febrero de 2010, el juez Pedraz desestimó la investigación contra agentes chinos por la falta de un vínculo relevante entre los crímenes presuntamente cometidos en el Tíbet en 2008 y España.²⁶⁸

Breve Agregado a la Traducción en Español: en un desarrollo posterior que también puede ser explicado usando el marco teórico desarrollado en este artículo, el parlamento español restringió mucho más seriamente el alcance de la jurisdicción universal de los tribunales españoles, mediante una nueva modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo de 2014. Según la prensa, esta reforma fue introducida en respuesta a presiones de países poderosos, especialmente China. Ver, por ejemplo,

http://politica.elpais.com/politica/2014/03/14/actualidad/1394798026_067802.html.

III. ¿CUÁN ESTABLE ES EL ACTUAL RÉGIMEN DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL?

Las dos secciones precedentes de este artículo han presentado un marco teórico respecto de los casos de jurisdicción universal y ofrecido pruebas consistentes con este marco para explicar por qué los Estados se han concentrado en acusados de bajo costo, y especialmente en aquellos

²⁶⁶ Id. For Geneva Convention Nro. 4, Véase supra nota 11.

²⁶⁷ Auto, 27 de enero de 2010, supra nota 260.

²⁶⁸ Véase J.C.I. Nro. 1, A.N. Madrid, Diligencias previas 242/2008, Auto, 27 de febrero de 2010.

sobre los cuales existe amplio consenso en la comunidad internacional. Pero, ¿cuán estable es este régimen? Esta sección demuestra que, a pesar de que diversos escenarios o factores podrían alterar el actual equilibrio del régimen de jurisdicción universal, existen también buenas razones para pensar que el riesgo de inestabilidad no es actualmente demasiado alto. Al afirmar esta conclusión, esta sección considera algunos incentivos que podrían estar presentes en las persecuciones y juicios de jurisdicción universal que no fueron abordados en las secciones precedentes, incentivos que podrían modificar el análisis costo-beneficio de los poderes políticos sobre estos casos, y desembocar en (mayores) persecuciones y juicios contra defendidos de costo medio y alto.

Uno de estos potenciales incentivos proviene de la posible utilización por parte de los poderes políticos de los procesos y juicios de jurisdicción universal para hostigar o neutralizar enemigos políticos o militares extranjeros.²⁶⁹ Para analizar esta posibilidad, comenzamos por mirar a los casos reales de jurisdicción universal para ver cuáles Estados han llevado casos de jurisdicción a juicio y la nacionalidad de quienes fueron juzgados en ellos (tabla 2).

TABLA 2. JUICIOS BASADOS EN JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR ESTADO PERSEGUIDOR Y NACIONALIDAD DEL IMPUTADO

Estado Perseguidor	Número	Nacionalidad del Imputado
Alemania	4	Ex Yugoslava
Australia	1	Nazi

²⁶⁹ Los principios de territorialidad, personalidad activa y personalidad pasiva normalmente proveerían una base jurisdiccional para juicios dirigidos a hostigar enemigos internos y oponentes, haciendo innecesaria la invocación de la jurisdicción universal. Sobre el uso de juicios para objetivos políticos, véase, por ejemplo, Otto Kirchheimer, *Political Justice: the Use of Legal Procedure for Political Ends* (1961); Richard H. Minear, *Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial* (1971).

Austria	1	Ex Yugoslava
Bélgica	8	Ruandesa
Canadá	2	Nazi, Ruandesa
Dinamarca	1	Ex Yugoslava
España	1	Argentina
Francia	2	Mauritana, Tunecina
Holanda	5	Afgana (3), Congolesa, Ruandesa
Israel	2	Nazi
Noruega	1	Ex Yugoslava
Reino Unido	2	Afgana, Nazi
Suiza	2	Ex Yugoslava, Ruandesa

Total

32

A pesar de que los cálculos políticos han jugado un rol en estas persecuciones y juicios, tal como ha sido explicado, la tabla 2 no recoge un patrón que establezca que la jurisdicción universal haya sido utilizada para hostigar o eliminar enemigos políticos o militares extranjeros. Ciertamente algunos supuestos nazis han sido juzgados por Israel y por Estados que pelearon contra Alemania en la Segunda Guerra Mundial, incluyendo Australia, Canadá y el Reino Unido. Pero muchos de estos juicios tuvieron lugar en los años 80 o 90, mucho después de la guerra, y no estaban dirigidos a los peores líderes nazis o partícipes impunes, sino a imputados que habían emigrado al Estado perseguidor y cuya presencia allí había generado conflictos políticos domésticos o internacionales que exigían una respuesta por parte de los poderes políticos.

En lo que respecta a los ex yugoslavos, todos los Estados perseguidores han sido europeos y, con la excepción de Suiza, miembros de la OTAN, que se había enfrentado en conflicto armado con Yugoslavia en 1999 por la situación de Kosovo. Sin embargo, las persecuciones y juicios de muchos de estos imputados comenzaron antes de 1999 y, nuevamente, no estaban dirigidas a neutralizar u hostigar a importantes líderes yugoslavos, sino que involucraban imputados que habían emigrado a los Estados perseguidos.

Ciudadanos belgas fueron matados en el contexto del genocidio en Ruanda, por lo que ciertamente no es una sorpresa que Bélgica haya sido el Estado que más ruandeses ha juzgado. Hemos visto que la indignación local ante ciertas violaciones internacionales de derechos humanos constituye un incentivo para los poderes políticos de iniciar procesos y juicios; esta indignación fue fomentada en esta situación por la especial relación existente entre Bélgica y su ex colonia Ruanda. Estas pasiones, sin embargo, no equivalen a sostener que muchas de estas acusaciones y juicios fueron llevadas a cabo para hostigar o eliminar enemigos políticos o militares, dado que, nuevamente, muchos de los ruandeses que fueron llevados a juicio fueron objeto de persecución penal no porque fueran importantes líderes políticos sino porque habían emigrado a Bélgica. Además, ninguno de los demás Estados perseguidos (Canadá, Suiza y Holanda) tenían una historia de conflicto político o militar con los líderes Hutus.

Ningún patrón emerge claramente respecto de los demás imputados (cuatro afganos, un congoleño, un argentino, un tunesino y un mauritano), puesto que los Estados imputado no habían estado involucrados ni antes ni durante el proceso en conflictos con los líderes del Estado de nacionalidad del imputado.

El otro indicador de que las persecuciones y los juicios bajo jurisdicción universal no han sido utilizados para acosar o para eliminar enemigos políticos o militares es que estos juicios han tendido a ser verdaderos procesos adjudicativos -procedimientos en los cuales la sentencia no estuvo predeterminada por una razón política o militar sino que se basó en la prueba producida.²⁷⁰ La tabla 3 muestra que la tasa de absolución ha sido relativamente alta en estos casos, lo que sugiere que han sido verdaderos procesos adjudicativos.²⁷¹

TABLA 3. RESULTADOS DE LOS JUICIOS BASADOS EN JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Resultado del juicio	Número	Porcentaje
Absolución	5	15.63
Condena	17	53.13
Absolución respecto de algunas imputaciones	10	31.25
Total	32	100

²⁷⁰ Sobre la distinción entre procesos políticos o adjudicativos, véase, por ejemplo, Eric A. Posner, *Political Trials in Domestic and International Law*, 55 *Duke L.J.* 75 (2005); Jenia Iontcheva Turner, *Defense Perspectives on Law and Politics in International Criminal Trials*, 48 *Va. J. Int'l L.* 529 (2008).

²⁷¹ Otra crítica de debido proceso que este artículo no analizará es que los procesos de jurisdicción universal pueden ser injustos dada la falta de familiaridad del acusado con el sistema jurídico o el idioma del Estado perseguidor, o por la falta de comprensión de los jueces domésticos de la sociedad en la que tuvieron lugar los crímenes internacionales. Analizar esta crítica está fuera del objeto de este artículo porque refiere a problemas que surgen de la brecha cultural o idiomática entre jueces y acusados, y no de la interacción entre derecho y política.

Pero aun cuando hay pocas indicaciones que sugieran que los procedimientos y juicios basados en la jurisdicción universal han sido hasta ahora utilizados para acosar o para eliminar enemigos políticos o militares extranjeros, ¿que impediría a los poderes políticos de los Estados hacer este uso de ellos en el futuro? Para analizar esta pregunta, debemos distinguir entre los procedimientos contra enemigos políticos extranjeros y aquellos contra enemigos militares, ya que mientras algunos juicios han sido utilizados para acosar o suprimir a estos últimos, las partes de un conflicto armado en general han logrado invocar bases de competencia distintas de la jurisdicción universal, tales como la territorialidad, personalidad pasiva, y el principio protectorio.²⁷²

Un segundo elemento a considerar es que todo los Estados perseguidores en base a la jurisdicción universal identificados en el estudio de este artículo son democracias -la mayoría de ellas democracias bien establecidas, como refleja la tabla 2. De hecho, la jurisdicción universal puede ser caracterizada como una idea aplicada esencialmente por Estados de Europa occidental y Estados desarrollados del Commonwealth británico. Esta observación también resulta cierta si observamos qué Estados han recibido denuncias basadas en la jurisdicción universal o han considerado casos por iniciativa propia, como refleja la tabla 4 debajo.

Estado Perseguidor	Número	Porcentaje
Alemania	235	22.36
Australia	70	6.66
Austria	3	0.28

²⁷² Esta distinción aplica incluso al Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que es habitualmente mencionado como un ejemplo de jurisdicción universal. Dado que los Aliados habían derrotado a Alemania y se habían convertido en poder ocupante en Alemania, podían invocar competencia sobre estos casos sobre la base de los principios de territorialidad y de personalidad activa. Además, muchos de los crímenes tuvieron lugar en el territorio de Estados Aliados o contra ciudadanos Aliados. Por un argumento de que los cuatro Aliados ejercieron competencia en Nuremberg como poderes ocupantes, véase, Robert K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law* 77-79, 88-89 (1960).

Bélgica	63	5.99
Canadá	216	20.55
España	259	24.64
Estados Unidos*	1	0.09
Dinamarca	7	0.67
Finlandia	2	0.19
Francia	37	3.52
Holanda	9	0.86
Islandia	2	0.19
Israel	3	0.28
Luxemburgo	1	0.09
Noruega	12	1.14
Nueva Zelanda	1	0.09

Senegal	1	0.09
Sudáfrica	2	0.19
Suecia	11	1.05
Suiza	16	1.52
Turquía	17	1.62
Reino Unido	85	8.09
Total	1051	100

*Ya que no es muy conocido ni siquiera para el público estadounidense, vale la pena resaltar que la denuncia en cuestión se refiere al caso de Tomás Ricardo Anderson Kohatsu, un oficial de inteligencia peruano. El 10 de marzo del 2000, funcionarios estadounidenses interrogaron a Anderson Kohatsu en un aeropuerto de Houston y quisieron arrestarlo por haber supuestamente cometido torturas en Perú. Sin embargo, fue puesto en libertad luego de que el Departamento de Estado sostuvo que el detenido contaba con el derecho a la inmunidad diplomática. Ver, por ejemplo, State Dept. Helped Peruvian Accused of Torture Avoid Arrest, N.Y. TIMES, Mar. 11, 2000, en A7. El caso de los EEUU contra Charles Emmanuel, el hijo de Charles Taylor, por participar en torturas en Liberia, fue también considerado, pero no contabilizado, ya que se trataba de un imputado nacido en los Estados Unidos, por lo que el principio de nacionalidad activa posibilitó una base jurisdiccional plena para esta persecución penal.

Una de las razones por las que la forma de gobierno del Estado perseguidor puede ser relevante es que, como fue previamente señalado, la independencia de los jueces es generalmente protegida en democracias desarrolladas, lo que reduce la probabilidad de que los

jueces puedan ser sujetos a manipulación política. Los jueces independientes pueden desechar o absolver a los acusados basándose en razones legales, incluyendo la falta de prueba, y tienden a reaccionar negativamente a los intentos por parte de los poderes políticos de hacer un uso político del sistema judicial. Además, en aquellos Estados donde votantes valoran el Estado de Derecho y los tribunales independientes, la clara manipulación de las persecuciones basadas en la jurisdicción universal puede generar costos adicionales que pueden superar cualquier ganancia que el uso de estos procedimientos para acosar o para eliminar enemigos políticos extranjeros podrían generar.

Los incentivos pueden operar de forma diferente en Estados autoritarios, los cuales pueden manipular con mayor facilidad sus tribunales con propósitos políticos. Esta habilidad representa otro posible desafío al equilibrio del régimen global de jurisdicción universal. Sin embargo, mientras tales regímenes autoritarios han históricamente utilizado los juicios para sus propios propósitos, ellos también encuentran escasos incentivos -y fuertes desincentivos- para utilizar la jurisdicción universal. Primero que nada, las ONGs de derechos humanos e individuos preocupados por los derechos humanos en el extranjero tienden a ejercer menos influencia sobre los poderes políticos de estados autoritarios y a concentrarse más en la situación de los derechos humanos en el contexto doméstico. En consecuencia, es menos probable que los incentivos relacionados con los grupos e individuos domésticos tengan un rol -si es que tienen alguno- en alentar a los poderes políticos de Estados autoritarios para que aprueben leyes estableciendo la jurisdicción universal y para que impulsen persecuciones penales basadas en este principio. Segundo, teniendo en cuenta que los poderes políticos en los Estados autoritarios tienen una mayor tendencia a cometer crímenes internacionales, su iniciación de procedimientos basados en la jurisdicción universal presenta riesgos especiales, ya que cualquier de tales procedimientos puede tener un efecto boomerang y llamar la atención sobre las propias violaciones a los derechos humanos del Estado perseguidor, lo cual incrementaría los costos potenciales de las persecuciones basadas en la jurisdicción universal.

Una tercera posible amenaza al actual equilibrio del régimen global de jurisdicción universal es que los Estados perseguidos podrían iniciar procedimientos con la expectativa de ser comprados por el Estado de la nacionalidad del imputado. Esta estrategia podría llevar a la investigación de imputados de mediano y alto costo, especialmente

aquellos con lazos cercanos a Estados poderosos, que están en una posición de otorgar beneficios considerables a posibles Estados perseguidores. Sin embargo, mientras este es un escenario plausible, ciertos factores nuevamente militan en su contra. Primero, a pesar de que la mayoría de las negociaciones se llevan a cabo a puertas cerradas, los Estados de nacionalidad de los imputados tienden a amenazar con la imposición de costos adicionales al Estado perseguidor, no de ofrecerle beneficios. Esto es, favorecen generalmente las sanciones en lugar de las recompensas. Segundo, iniciar procedimientos de jurisdicción universal con el solo objetivo de obtener beneficios podría fácilmente resultar contraproducente, ya que puede crear costos de reputación domésticos e internacionales que superen ampliamente los beneficios.

IV. ALGUNAS IMPLICANCIAS NORMATIVAS Y DE DISEÑO INSTITUCIONAL

En conjunto con el rol descriptivo y predictivo del marco teórico postulado en este artículo, el análisis anterior tiene importantes implicancias para debates normativos y de diseño institucional respecto de la jurisdicción universal. A pesar de que un análisis completo de estos debates está más allá del alcance de este artículo, esta parte explica tres caminos que pueden ser explorados y discutidos.

Limitando el Debate sobre la Jurisdicción Universal

Para empezar, la jurisdicción universal no establecerá un estado de derecho internacional mínimo en el sentido de castigar a una porción sustancial de aquellos que cometen crímenes internacionales, o de ser aplicada igualmente entre los imputados. Dado que los costos esperados de los poderes políticos rápidamente sobrepasan los beneficios esperados en este tipo de casos, el análisis realizado en este artículo sugiere que no es una coincidencia o evaluación demasiado prematura que, en los últimos veinticinco años, solamente veintiséis personas alrededor del mundo²⁷³ han sido condenadas criminalmente en base a la jurisdicción universal a pesar del fin de la Guerra Fría, la posición sin precedentes de los derechos humanos en la agenda de una gran cantidad de sociedades, y la aprobación de legislación estableciendo jurisdicción universal para sus tribunales por parte de una gran cantidad de Estados.

²⁷³ El caso Eichmann está excluido de este número total porque ocurrió en la década del 60.

Por el contrario, el limitado potencial para condenar partícipes en crímenes internacionales parece ser un rasgo estructural del régimen global de aplicación de la jurisdicción universal. Además, teniendo en cuenta que los imputados de alto y mediano costo pueden imponer mayores costos que lo que cualquier potencial Estado perseguidor está dispuesto a pagar, estos imputados están de hecho más allá del alcance de este régimen de aplicación de la ley penal.

El análisis anterior también sugiere que una serie de críticas comunes a la jurisdicción universal son injustificadas. En primer lugar, teniendo en cuenta la tendencia del régimen de la jurisdicción universal a enfocarse en imputados de bajo costo, es poco probable que se provoquen tensiones internacionales inmanejables o que se creen conflictos entre Estados que peleen en investigar al mismo imputado, como estos críticos han predicho. Segundo, como fue expuesto anteriormente, el régimen de la jurisdicción universal ya posee mecanismos de coordinación que alientan a los Estados a concentrarse en casos respecto de los cuales hay amplio acuerdo internacional sobre su persecución penal y juicio. Esta característica contradice las críticas que la jurisdicción universal se fundamentaría en un peligroso idealismo utópico que no considera la estructura de poder existente en el orden internacional.²⁷⁴ Tercero, en sentido contrario a los temores de los críticos, el régimen de jurisdicción universal actual ya deja espacio para consideraciones consecuencialistas y crea incentivos para que Estados individuales eviten interferir con las soluciones políticas a conflictos armados y atrocidades masivas. Esta característica contradice los argumentos de los críticos que dicen que la jurisdicción universal está basada en asunciones deontológicas que probablemente interfieran con tales soluciones.²⁷⁵

Este análisis indica, entonces, que las dos posiciones más activas en los debates sobre jurisdicción universal han exagerado la importancia del tema en cuestión. Es improbable que la jurisdicción universal establezca el amplio tipo de rendición de cuentas deseado por sus defensores o que conduzca a escenarios apocalípticos como los que proponen sus detractores. Esta conclusión sugiere que el debate acerca de la jurisdicción universal debería ser reformulado de una manera más

²⁷⁴ Sobre esta crítica, véase Goldmith & Krasner, *supra* nota 3.

²⁷⁵ Sobre esta crítica, véanse los trabajos citados en *supra* nota 3. Además, es importante destacar que si un grupo de Estados decide perseguir ciertos imputados y consecuentemente interfiere con soluciones políticamente beneficiosas, el problema recae en el grupo de Estados y no en el régimen de derecho penal internacional invocado para ejecutar su decisión.

modesta. No hay dudas de que hay beneficios y costos en las leyes, las persecuciones penales y los juicios penales basados en la jurisdicción universal. Pero uno debe evaluar de modo realista estos beneficios y costos, antes de discutir si los beneficios o los costos- o las consideraciones deontológicas -prevalecen en este contexto.

Repensando la Relación Entre el Derecho y la Política en la Jurisdicción Universal

El análisis de este artículo también sugiere que la política necesariamente juega un rol en el régimen de la jurisdicción universal pero que los procedimientos criminales y los juicios basados en la jurisdicción universal han tendido a ser verdaderos procesos judiciales basados en las pruebas presentadas. Si esta percepción acerca de la relación entre el derecho y la política es correcta, tanto los partidarios como los detractores de la jurisdicción universal podrían considerar revisar sus posiciones acerca de esta relación.

Los partidarios de la jurisdicción universal han tendido a tomar una perspectiva legalista, otorgándole un pequeño o ningún rol a los poderes políticos en el régimen de jurisdicción universal y buscando evitar los potenciales peligros que presenta la jurisdicción universal mediante la promulgación de normas sustantivas y procesales tales como el otorgamiento de inmunidad para ciertos funcionarios y el requisito de que el imputado se encuentre en el territorio del Estado perseguidor como un prerrequisito para el inicio de procedimientos penales formales.²⁷⁶ Pero si el marco postulado en este artículo está en lo correcto, los partidarios de la jurisdicción universal no deberían preguntar si los poderes políticos deberían ser parte del régimen de la jurisdicción universal- dado que esto es un hecho inevitable- sino cuál sería la mejor manera de darles voz en este régimen.

Una pregunta crítica es cuánta discreción fiscal y cuánto control por parte del poder ejecutivo sobre los fiscales son deseables. Como los cinco casos de estudios presentados previamente demuestran, esta no es una pregunta dicotómica, dado que hay una gran cantidad de maneras de estructurar las relaciones entre los fiscales, los tribunales, las víctimas, las ONGs y los poderes políticos. Los partidarios de la jurisdicción

²⁷⁶ Véase Reydamas, supra nota 10; Cassese, supra nota 17. Sobre algunos de los riesgos generales de los enfoques legalistas a asuntos internacionales, véase, por ejemplo, Richard H. Pildes, *Conflicts Between American and European Views of Law: The Dark Side of Legalism*, 44 Va. J. Int'l L. 145 (2003).

universal han dado por sentado, en general, que cuanto menor sea la discreción fiscal, mejor, con la esperanza de así evitar cálculos políticos en casos de jurisdicción universal. Sin embargo, si tal como fue indicado previamente, la discreción fiscal es sólo una de las herramientas utilizadas por los poderes políticos para controlar los casos de jurisdicción universal, los partidarios deberían considerar las ventajas y desventajas posibles de las normas legislativas en comparación con la discreción fiscal.

Por ejemplo, aceptar un nivel más alto de discreción fiscal en un determinado Estado puede resultar en una reducción de las restricciones legales sobre la jurisdicción universal, tales como qué delitos están sometidos a este tipo de jurisdicción, los requerimientos de presencia del imputado en el Estado perseguido para iniciar un proceso penal formal, y la regla de la “doble tipificación” (*double criminality*). Mayores grados de discreción fiscal pueden permitirles a los partidarios de la jurisdicción universal darle mayor alcance a este principio si, por ejemplo, como resultado de esta discreción adicional, la afirmación de la jurisdicción universal no es limitada legalmente a casos en que el presunto partícipe esté de visita o residiendo en el Estado perseguidor. La ausencia de estas limitaciones podría darles a los partidarios de la jurisdicción universal mayor control sobre el tipo de abusos de derechos humanos que suceden alrededor del mundo en los que desean que los poderes políticos se concentren, en lugar de limitarlos a un enfoque esencialmente reactivo que depende de la presencia aleatoria de un presunto partícipe en un crimen internacional en un posible Estado perseguidor.

Los detractores de la jurisdicción universal, que la han considerado esencialmente una herramienta política para acosar líderes mundiales, deberían tomar al derecho más seriamente.²⁷⁷ El análisis de este artículo ha mostrado que, aunque los incentivos políticos explican el comportamiento estatal en esta área, la jurisdicción universal ha sido mayormente un proyecto de democracias desarrolladas- esencialmente Estados europeos y los miembros desarrollados del Commonwealth británico- y que las instituciones y el derecho hacen una diferencia en su práctica. En lugar de denunciar la jurisdicción universal como meramente política, sus opositores deberían considerar más seriamente los argumentos legales que han sido presentados para

²⁷⁷ Sobre la caracterización de la jurisdicción universal como una herramienta para hostigar líderes democráticos del mundo, véase John Bolton, *Democracy Under Arrest*, Wall St. J., 16 de diciembre de 2009, en A27.

justificar el uso de la jurisdicción universal bajo el derecho internacional consuetudinario y los tratados internacionales, articulando requisitos legales o disposiciones que podrían hacer a la jurisdicción universal más aceptable para ellos, y explicando por qué las acciones de los funcionarios estatales en ciertas situaciones no constituyen crímenes internacionales.

Las Dos Caras de la Selectividad

Como una tercera vía de investigación y discusión, el marco propuesto en este artículo provee elementos para una reevaluación de la selectividad -uno de los problemas tradicionales de los juicios penales internacionales.²⁷⁸ Una de las más recientes iteraciones de esta crítica en contra de la ley penal internacional ha sido la acusación de que la CPI es una corte exclusivamente para África, lo cual uno podría intentar explicar utilizando el tipo de marco articulado en este artículo, observando los incentivos del Fiscal de la CPI. Los líderes africanos recientemente han manifestado su insatisfacción con la jurisdicción universal en términos similares.²⁷⁹

La selectividad de la jurisdicción universal respecto a los líderes africanos ciertamente podría ser un escenario posible dado que los Estados africanos tienden a tener relativamente poco poder de presión respecto de otros Estados. Sin embargo, como indican los datos del estudio de este artículo, los juicios basados en la jurisdicción universal no se han centrado en líderes africanos sino en imputados de aun menor costo -aquellos respecto de quienes sus Estados de nacionalidad no han demostrado interés en ejercer su influencia, y especialmente en aquellos cuya persecución penal cuenta con el apoyo de gran parte de la comunidad internacional.

A pesar de que el régimen de la jurisdicción universal, en contraposición al régimen de la CPI, no ha sido un régimen internacional de aplicación de la ley penal enfocado exclusiva o principalmente en África, ha sido selectivo en el sentido indicado previamente en este artículo. Sus partidarios han tendido a dejar de lado estos problemas de selectividad o a considerarlos un resultado inapropiado de los cálculos políticos de las ramas políticas de los gobiernos. Pero aun si estas

²⁷⁸ Véase Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence* 31, 40 - 46 (1999).

²⁷⁹ Véase, por ejemplo, Grupo Experto AU-EU, *supra* nota 26, párr. 34; Legal Committee Delegates See Principle of Universal Law as Safeguard Against Impunity for Major Crimes; Some Caution on Risk of Abuse, UN Doc. GA/L/3371 (20 de Octubre de 2009).

consideraciones políticas fueran inapropiadas o moralmente incorrectas, una implicancia relevante de este artículo sería que la selectividad es un rasgo estructural de la jurisdicción universal al punto que cualquier justificación de las leyes, persecuciones y juicios efectivamente existentes basados en la jurisdicción universal debería explicar porque no quedan invalidados por la selectividad.

Por ejemplo, la disuasión o prevención general negativa como es tradicionalmente concebida por el derecho penal no parece justificar la pena en este contexto, dado que las chances de condena y de una sentencia severa son tan bajas, incluso para imputados de bajo costo, que la probabilidad de los costos de la pena difícilmente supere los posibles beneficios de perpetrar crímenes internacionales. De manera similar, si la retribución es propuesta como justificación para la pena en este contexto -quizás bajo la idea de que un sistema legal legítimo requiere satisfacer la intuición de que el significado moral de las personas o de las acciones no debería depender de accidentes geográficos-²⁸⁰ quizás uno debería evaluar si la selectividad estructural de la jurisdicción universal socava dicha justificación en los casos individuales en que la jurisdicción internacional es aplicada. Sin duda, es posible desarrollar argumentos plausibles en favor de porqué la selectividad no invalida estas y otras justificaciones de la jurisdicción internacional, pero cualquier justificación que no asumir un mundo ideal debería lidiar expresamente con este tema.

La estructura de incentivos propuesta en este artículo también sugiere que la actual selectividad de la jurisdicción universal puede jugar un rol positivo en este régimen por dos razones diferentes. En primer lugar, la legalidad de la jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales bajo el derecho internacional consuetudinario es controvertida, y su base en los tratados internacionales sufre de considerables lagunas y debilidades.²⁸¹ Concentrarse mayormente en

²⁸⁰ Para una defensa cosmopolita de la jurisdicción universal que se basa en esta idea, ver Noah Feldman, *Cosmopolitan Law?*, 116 *Yale L.J.* 1022, 1061 – 65 (2007) (reseña bibliográfica).

²⁸¹ Para un argumento sobre por qué la jurisdicción universal pura sobre los crímenes internacionales centrales es contraria al derecho internacional consuetudinario, véase, por ejemplo, Orden de Arresto, *supra* nota 15, págs. 40-42; párrafos 10-12 (voto separado del Juez Guillaume). La base en tratados internacionales para la jurisdicción universal sobre crímenes de lesa humanidad y genocidio es débil puesto que no existe un tratado internacional específico sobre crímenes de lesa humanidad, la Convención contra el Genocidio no establece la jurisdicción universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional no exige ni autoriza a los Estados parte a establecer jurisdicción universal sobre los crímenes bajo jurisdicción de la Corte. Con respecto a los crímenes de guerra, los académicos tienden a coincidir en que las violaciones graves a los Convenios de Ginebra establecen jurisdicción universal, al menos cuando el imputado se encuentra presente

imputados cuyos estados de nacionalidad no los apoyan y respecto de quienes hay un amplio consenso en la comunidad internacional que deben o pueden ser perseguidos, aporta entonces una base política y legal más firme para estas persecuciones.²⁸²

En segundo lugar, la estructura de incentivos analizada en este artículo reduce las chances de sobreinclusión de casos basados en la jurisdicción universal -esto es, las chances de que casos que no deberían ser perseguidos sean perseguidos-. La jurisdicción universal es un régimen de persecución y castigo de los crímenes internacionales descentralizado y la maleabilidad o ausencia de reglas legales no siempre resulta en criterios de política criminal claros y confiables respecto de cuándo deberían llevarse a cabo estas persecuciones. Para comenzar, a pesar de que los crímenes internacionales centrales abarcan las más atroces violaciones de derechos humanos, también pueden incluir conductas moralmente ambiguas. Por ejemplo, es considerado un crimen de guerra violar el principio de proporcionalidad al lanzar un ataque con conocimiento de que causará la pérdida de vida a civiles que sería excesiva en relación con la anticipada concreta y efectiva ventaja militar total.²⁸³ Pero qué constituye “excesiva” permite un amplio margen de interpretación, y la gente puede razonablemente estar en desacuerdo respecto de si la conducta que podría posiblemente violar la proporcionalidad es moral y legalmente permisible.

Al alentar a los Estados a concentrarse en imputados sobre los que existe amplio consenso, la estructura de incentivos planteada en este artículo puede jugar un rol positivo en el régimen global de la jurisdicción universal, al promover la desestimación de muchas denuncias que, de hecho, no deberían ser investigadas y perseguidas. Dado que la comunidad internacional es más proclive a lograr consenso sobre casos que claramente constituyen los más serios crímenes internacionales -

en el territorio del Estado perseguidor. Pero los Convenios no son explícitos respecto de este punto y, hacia el fin de la década del 90, sólo uno de cada seis Estados que habían ratificado los Convenios había establecido jurisdicción universal sobre las violaciones graves. Véase Richard van Elst, *Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions*, 13 *Leiden J. Int'l L.* 815 (2000). Existe mayor consenso respecto de que la Convención contra la Tortura establece jurisdicción universal cuando el imputado está presente en el territorio del Estado perseguidor. Pero aun en este caso, la Convención no es explícita -sólo establece el principio de *aut dedere aut prosequi*. Véase Bassiouni, *supra* nota 12, págs. 55-56.

²⁸² La no objeción a la persecución penal por parte del Estado de nacionalidad del imputado lidia con una de las principales objeciones legales a la jurisdicción universal: que viola el principio de soberanía estatal.

²⁸³ Véase, por ejemplo, Protocolo Adicional I, *supra* nota 11, Art. 85 (3)(b); Estatuto de Roma, *supra* nota 11, Art. 8(2)(b)(iv) (donde la pérdida debe ser “manifiestamente excesiva”).

como ser los cometidos por los Nazis, la ex Yugoslavia y Rwanda- uno podría argumentar que esta selectividad juega un rol positivo también en este sentido.

Este sistema de selección de casos basados en la jurisdicción universal es claramente imperfecto porque los Estados pueden sopesar consideraciones distintas de la gravedad de los crímenes al tomar las decisiones y porque no todo acuerdo es alcanzado de igual manera. En los casos de la ex Yugoslavia y Rwanda, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas fue un instrumento relevante en la obtención de consenso a través de la creación del TPIY y del TPIR. Sin embargo, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad tienen poder de veto para restringir la generación de consenso amplio por este medio. Sin embargo, este tipo de consenso no siempre es generado desde arriba hacia abajo. Por ejemplo, la renuencia del gobierno británico a liberar a Pinochet tras su arresto en Londres, a pesar de la fuerte oposición de Chile al arresto, puede ser explicada por el amplio consenso que había en Europa y en otros lugares respecto de que Pinochet merecería ser perseguido y castigado. A pesar de que este amplio consenso puede ser atribuido a varias causas, grupos de chilenos exiliados en Europa y en otros países contribuyeron crucialmente con este proceso.²⁸⁴

V. CONCLUSIÓN

Este artículo ha argumentado que tomar en cuenta los incentivos que operan sobre los poderes políticos es crucial para entender el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales centrales. La explicación sobre la naturaleza asimétrica de los incentivos y desincentivos que afectan a los poderes políticos en esta área provee un marco que explica la práctica actual de la jurisdicción universal y permite predecir cómo este régimen de aplicación del derecho penal internacional puede llegar a evolucionar en el futuro.

Este marco sugiere que es improbable que la jurisdicción universal establezca el estado de derecho internacional mínimo al que sus partidarios aspiran o que conduzca al peligroso abismo que sus detractores temen. Ambos escenarios son improbables porque la jurisdicción universal se concentra en imputados que imponen un costo mínimo o nulo a los Estados perseguidores, principalmente en imputados

²⁸⁴ Véase Roht-Arriaza, *supra* nota 84, págs. 37-40.

sobre quienes existe amplio consenso en la comunidad internacional que deberían ser perseguidos y castigados. Además, los incentivos mencionados alientan a los poderes políticos de los Estados individuales a seguir usando la jurisdicción universal de esta misma manera. Si esto torna a la jurisdicción universal en deseable o indeseable excede el objeto de este artículo. Lo que aquí se deja en claro es que cualquier discusión productiva respecto de este tema y de temas relacionados debería tener en cuenta el marco y las conclusiones desarrolladas en estas páginas.

* Me gustaría agradecer a Rick Abel, Kai Ambos, Asli Bali, Gabriella Blum, Rachel Brewster, Hernán Charosky, Kevin Davis, Joseph W. Doherty, Einer Elhauge, Jack Goldsmith, Ryan Goodman, Duncan Kennedy, Robert Keohane, Adriaan Lanni, Martha Minow, Luis Moreno Ocampo, Mark Ramseyer, Jacqueline Ross, Kim Lane Scheppele, Joseph Singer, Carol Steiker, Matthew Stephenson, Alex Whiting, James Q. Whitman, Noah Zatz y a los participantes del Summer-Works-in-Progress Workshop de UCLA, de la Reunión Anual de 2009 de la Asociación Estadounidense de Derecho Comparado, el Noveno Encuentro de Juristas en la Universidad de Guadalajara, México (diciembre de 2009), el Criminal Justice Workshop de Harvard, el ciclo de Seminarios del Programa en Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton, y los talleres de profesores en la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston, la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, la Escuela de Derecho de NYU, la Escuela de Derecho de Boalt Hall y la Escuela de Derecho de Nueva York por sus comentarios y las conversaciones sobre distintos borradores de este trabajo. Me gustaría agradecer también a Julie Rieber-Mohn, Sarah-Eve Pelletier, Tamar Senikidze y Tanja Stanossek por su colaboración en la investigación, y a Amy Gutman, Ariel McNichol y Matt Secombe por su ayuda editorial. Este trabajo es una traducción del artículo originalmente publicado en inglés por Máximo Langer, *The Diplomacy of University Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes*, 105 *American Journal of International Law* 1 (2011). Ha sido traducido con el permiso de la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional (American Society of International Law). La

Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional no se hace responsable por la traducción y no certifica su exactitud respecto del original. La traducción al español de este trabajo ha sido realizada por Manuel Ayarra y Francisco José Quintana y revisada por Máximo Langer.