



CONCEPTOS  
Y FENÓMENOS  
FUNDAMENTALES  
DE NUESTRO  
TIEMPO

---

UNAM

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES SOCIALES

DERECHO Y JUSTICIA INTERNACIONAL

JOAN E. GARCÉS

Marzo 2010

## DERECHO Y JUSTICIA INTERNACIONAL

Por Joan E. Garcés

El principio de jurisdicción universal es una aportación de juristas españoles del siglo XVI. En el contexto del gran debate que suscitaron las atrocidades que algunos españoles estaban cometiendo con las poblaciones aborígenes de América, Diego de Covarrubias y Leyva fue el primero en sostener, en 1556<sup>1</sup>, que a los autores de algunos de los crímenes más graves se les podía perseguir tanto en el país donde los cometieron como en el que se refugian, cuyas autoridades debían detenerlos y extraditarlos o juzgarlos según la máxima que después se conocería como “*aut daedere aut judicare*” (lo entregas o lo juzgas). Covarrubias respaldó a Bartolomé de las Casas antes de y durante la célebre controversia de Valladolid de 1550-1551 con Juan Ginés de Sepúlveda, que culminó en la prohibición formal por Carlos V de las guerras de “conquista”<sup>2</sup>.

El postulado de Covarrubias fue defendido en el siglo XVII por el holandés Hugo Grotius en *De iure belli ac pacis*<sup>3</sup>, bajo el principio de que los crímenes internacionales pueden ser enjuiciados y castigados por cualquier Estado pues afectan al conjunto de la sociedad humana y la de las naciones.

El Derecho Natural era el fundamento común de De las Casas -para condenar los crímenes contra los indios-, como de Sepúlveda y Grotius -para sancionar en cualquier país a los autores de los delitos contra el género humano. Grotius lo expresaba en los siguientes términos:

*“cada Estado o quienes lo gobiernan son los únicos dueños de castigar o no castigar, según lo juzguen adecuado, las faltas de sus súbditos que afecten propiamente el cuerpo [social] del cual son miembros. Pero no se les ha concedido un derecho tan absoluto y específico con respecto a los crímenes que, en cierto modo, afectan a la sociedad humana. Pues, en lo concerniente a ellos, los otros Estados, o sus jefes, tiene derecho a procurar su castigo, así como las leyes de un Estado en particular dan a cada uno la posibilidad de accionar ante la justicia para la persecución*

---

<sup>1</sup> COVARRUVIAS y LEYVA (Diego de), *Practicarum quaestionum*, Salamanca, 1556, Cap. II, No. 7.

<sup>2</sup> Real Cédula-Instrucción al Marqués de Cañete, Virrey del Perú, de 13 de mayo de 1556, donde el anterior concepto de “conquistas” es reemplazado por los de poblaciones, descubrimientos y preeminencia de la anexión pacífica. Sirvió de modelo a otras muchas Cédulas.

<sup>3</sup> *Del derecho de la guerra y de la paz*, Libro II, Cap. XXI, para. 4; Libro I, Cap. V. Esta obra, publicada en 1625, es el primer tratado sistemático de derecho internacional y se apoya en los postulados de la escuela de Salamanca del siglo XVI.

*de ciertos crímenes (...) Todos los soberanos tienen derecho a castigar no sólo los agravios hechos a ellos o a sus súbditos, sino también aquellos que no les conciernen en particular, cuando suponen una enorme violación del derecho de la naturaleza o del derecho de gentes, hacia quienquiera. Digo hacia quienquiera y no solamente a sus súbditos”.*<sup>4</sup>

Este principio tuvo un comienzo de aplicación tras el triunfo de algunas revoluciones liberales. Por ejemplo, en 1789 el gobierno de Georges Washington confirió en la Alien Tort Claims Act jurisdicción a sus tribunales para perseguir delitos cometidos a extranjeros que hubieran infringido el derecho de gentes. Esta ley, apenas aplicada desde entonces, lo viene siendo de manera cada vez más frecuente desde que en 1980 un Tribunal de Nueva York condenara al policía paraguayo Peña Lara por haber torturado en Paraguay hasta la muerte al ciudadano paraguayo Sr. Filártiga.

En Francia e Italia Montesquieu<sup>5</sup>, Rousseau<sup>6</sup>, Voltaire<sup>7</sup> o Cesare Beccaria<sup>8</sup>, por el contrario, postularon el principio de “territorialidad” de la ley penal que la Revolución Francesa plasmó en el Decreto de 3 de septiembre de 1792:

*“los extranjeros acusados de delitos en su patria sólo pueden ser juzgados según las leyes de su país y por sus magistrados (...) no será retenido en los calabozos de Francia ningún extranjero por crímenes cometidos fuera del territorio francés”.*

Ayuda a entender esta discrepancia el hecho de que en la Revolución Francesa el concepto de “ciudadano” -como sujeto de derechos- estaba fundamentado no tanto en el Derecho Natural como en el “pacto social” regulador de la Nación-Estado, de ámbito territorial y cuya infracción se consideraba enjuiciable sólo por las instituciones del propio territorio.

No cabe, sin embargo, identificar los valores de la Ilustración y de la Revolución Francesa con el sólo principio de “territorialidad” de la ley penal. La conceptualización más trascendente de la experiencia revolucionaria francesa, la del alemán Emmanuel Kant, desde 1795 sostuvo que el principio de “sociedad humana universal” debía prevalecer sobre el de sociedad de los Estados. Al advertir que “ninguna potencia en

---

<sup>4</sup> Grotius, cit., Libro II, Cap. 21 (3.1) y Cap. 20 (40).

<sup>5</sup> L’esprit des lois, Libro 26, Caps. 16 y 21.

<sup>6</sup> Le contrat social, Libro II, Cap 12, y Libro III, Cap. 18.

<sup>7</sup> Dictionnaire philosophique, “Crimes et délits de temps et de lieu”.

<sup>8</sup> Tratado de las penas y delitos, publicado en 1764.

guerra debe permitirse actos de hostilidad que hagan imposible la confianza recíproca en la paz futura”, postulaba una jerarquía normativa que situaba al “derecho cosmopolita” por encima del “internacional”:

*“toda constitución jurídica, en cuanto concierne a la persona que se halla sometida, es: 1º conforme al derecho público nacional (Staatsbürgerrecht) de un pueblo (ius civitatis); 2º conforme al derecho internacional de los pueblos, en relación los unos con los otros (ius gentium); 3º conforme al derecho cosmopolita de los pueblos (Weltbürgerrecht), en cuanto hombres y Estados que están en relación de recíproca influencia, los unos sobre los otros, sean considerados como miembros de una sociedad humana universal (ius cosmopolitanicum).”<sup>9</sup>*

El concepto secular de la “humanidad” como sujeto de derecho entronca con el derecho cosmopolita kantiano.

Sin embargo, hasta después de las magnas hecatombes humanas de la II Guerra Mundial (1939-1945) dificultosamente se abrieron paso otras normas que no fueran las de ámbito intra-estatal o inter-estatal dirigidas a regular las prácticas y los medios de la guerra entre ejércitos regulares (Convenios de La Haya de 1899 y 1907; Convenios de Ginebra de 1864, 1906), o la protección legal de las víctimas de guerras internacionales (Convenio de Ginebra de 1929).

Así, en el Tratado de Versalles de 29 de junio 1919 las Potencias vencedoras de la I Guerra Mundial (1914-1918) habían previsto que las “*personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra*” (internacional) serían enjuiciadas por Tribunales nacionales en Alemania y los países Aliados y Asociados; el Kaiser Guillermo II debía serlo por un Tribunal internacional; los autores de crímenes de guerra contra ciudadanos de varias Potencias Aliadas por tribunales militares internacionales formados por “*miembros pertenecientes a los tribunales militares de las Potencias interesadas*».

Sin embargo, los Estados parte en el Tratado de Versalles no pusieron su fuerza al servicio de la aplicación de estos acuerdos. La Administración Wilson de EE.UU. consideraba que el depuesto Emperador alemán seguía gozando de “*inmunidad soberana*” y que sus subordinados inculcados debían comparecer ante tribunales

---

<sup>9</sup> KANT (E.): Por la paz perpetua, Parte I, Artículo VI

nacionales. El Secretario de Estado, Robert Lansing, y el delegado de EE.UU. en la conferencia de Versalles, James Brown Scott, sostenían que un Jefe de Estado sólo podía ser juzgado por su propio país, que el Kaiser no podía ser acusado de “*agresión*” porque ésta no estaba previamente tipificada como delito, y establecían una diferencia entre “*las leyes y costumbres de la guerra [que] tienen un nivel cierto, que se encuentra en los libros de referencia y en la práctica de las naciones*”, mientras que “*las leyes y principios de humanidad varían según los individuos, por lo que, sin perjuicio de otras razones, deben ser excluidas de toda consideración en un tribunal de justicia, en especial en aquellos que aplican la ley penal*”. Concluían Lansing y Scott que en vez de juicios por crímenes de guerra debiera pronunciarse una condena moral de Alemania, “*estos son asuntos para estadistas, no para jueces*”.<sup>10</sup>

Ningún Tribunal internacional alcanzó a constituirse. El Kaiser se refugió en Holanda, que se negó tanto a juzgarle como a extraditarlo. Las Potencias Aliadas acusaron a un millar de personas de crímenes de guerra para su enjuiciamiento por tribunales internos de Alemania, quien sólo aceptó imputar a 45, de las que inició proceso a 12 ante el Tribunal Supremo de Leipzig, condenó a 6 a penas simbólicas y absolvió al resto.

La impunidad generalizada de los crímenes de la Primera Guerra Mundial fue así preservada durante las dos décadas y media que la separan del final de la Segunda. A su vez, los crímenes que los dirigentes de un Estado cometían sobre su propia población, en tiempos de paz y en los de conflicto interno, continuaban siendo considerados atributos del soberano e impunes fuera de sus fronteras.

Entre 1918 y 1945 crímenes sistemáticos y generalizados fueron cometidos en Estados de Europa y Asia cuyos jueces habían jurado lealtad a un Líder y a un Partido único, amparaban el “delito legalizado” y los “crímenes del gobierno” -*gesetzliches unrecht* y *regierungskriminalität* en la terminología de Radbruch<sup>11</sup>- y cerraban a las víctimas las puertas de los tribunales de justicia. En España, tropas sublevadas contra el Gobierno constitucional, apoyadas por la Alemania nazi y la Italia fascista, ocuparon el 1 de abril de 1939 el Tribunal Supremo, fusilaron y expulsaron a la magistratura profesional subordinada a la Constitución y la reemplazaron por jueces dispuestos a

---

<sup>10</sup> BASS (Gary): *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, NJ, Princeton Univ. Press, 2000, p. 103

<sup>11</sup> Gustav Radbruch (1878-1949) : profesor alemán de filosofía del derecho y autor de estos principios en relación con los crímenes nazis, según los cuales el derecho positivo debe ser considerado contrario a la justicia cuando la contradicción entre la norma legal y la justicia es a tal punto insoportable que la norma debe ceder ante la justicia.

prestar el juramento al Caudillo Franco y a los principios del Partido fascista vigentes hasta julio de 1977.

Por otro lado, tampoco alcanzaron a entrar en vigor las dos Convenciones de Ginebra de 16 de noviembre de 1937, sobre represión del terrorismo y creación de un tribunal penal internacional para juzgar a los autores de este delito.

### **1945. La coalición antifascista crea el Tribunal Internacional de Nüremberg**

La coalición contra las Potencias fascistas que ganó la II Guerra Mundial (1939-1945) innovó en la historia del derecho. El Presidente Franklin D. Roosevelt descartó la propuesta de su Secretario de Hacienda, Henry Morgenthau, y del Primer Ministro británico, Winston Churchill, de aplicar la ininterrumpida costumbre de ejecutar sin más a los vencidos, y acogió la del Secretario de Defensa, Henry Stimson, de someter a juicio a los más altos responsables políticos y militares del III Reich alemán y del Imperio japonés. El Gobierno soviético respaldó a Roosevelt y en junio de 1945 los EE.UU., la URSS, el Reino Unido y Francia aprobaron en Londres poner su fuerza detrás del Estatuto que confirió al Tribunal Militar Internacional de Nüremberg competencia para juzgar crímenes contra la paz, contra la humanidad y de guerra. Para el Fiscal Jefe de la acusación, el norteamericano Robert Jackson, la conspiración para desencadenar y hacer la guerra había sido la causa y el medio de cometer los otros delitos.<sup>12</sup>

En diciembre de 1946 las Naciones Unidas elevaron a norma internacional la sanción de los crímenes de lesa humanidad, de agresión y de guerra al aprobar los Principios del Estatuto y de la Sentencia del Tribunal de Nüremberg. Estos son el fundamento del desarrollo contemporáneo del derecho penal internacional.

El 9 de diciembre de 1948 las Naciones Unidas aprobaron el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio en tiempos de paz y/o de guerra, así como su sanción por tribunales internos o un tribunal internacional. Para esa fecha, sin embargo, la coalición antifascista estaba quebrada y los Estados parte no respaldaron la efectividad de esta norma mientras duró la Guerra Fría (1946-1990) -como tampoco la sanción de muchos otros crímenes contra la humanidad y de guerra con un balance trágico para la población civil: entre 1945 y 1992 se sucedieron 24 guerras

---

<sup>12</sup> Según Drexel Strecher, otro de los Fiscales de EE.UU. en Nüremberg, en una entrevista concedida en 1995 a Court TV ([www.courttv.com](http://www.courttv.com)).

internacionales con más de seis millones de víctimas, así como 93 guerras civiles con más de quince millones de muertos adicionales<sup>13</sup>.

### **Después de 1990. Nuevos tribunales penales internacionales**

Terminada la Guerra Fría en 1990, varios millones de personas han continuado siendo víctimas de acciones de violencia interna en Africa y Asia (Liberia, Rwanda, Sudán, Sri Lanka, etc), Europa (Yugoslavia) y América (Colombia, en particular).

Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido entre 1946 y 1990, la aplicación de las normas imperativas de derecho internacional ha hallado el apoyo de Estados dispuestos a enjuiciar a sus infractores ante Tribunales internacionales o internos.

En primer lugar, las Naciones Unidas han creado los Tribunales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (1993), Ruanda (1994), Sierra Leona (2002), y los Tribunales mixtos -internacional y nacional- para Cambodia (2003) y Líbano (2007). Su mandato se circunscribe a un determinado territorio y a los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra cometidos durante el período de tiempo especificado en el respectivo Estatuto.<sup>14</sup>

En paralelo, ciento diez Estados han aprobado, a fecha de hoy, reconocer la jurisdicción sobre los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, de guerra y agresión<sup>15</sup> del Tribunal Penal Permanente Internacional, creado por el Tratado de Roma de 17 de julio de 1998, entre ellos 30 de Africa, 14 de Asia, 17 de Europa oriental, 24 de América Latina y el Caribe, 25 de Europa occidental y otros Estados. La competencia de este Tribunal se extiende a los delitos cometidos a partir de julio de 2002 en el territorio de los Estados parte o contra ciudadanos de éstos, así como en el territorio de otro Estado cuando éste lo acepte o lo acuerde el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Así, lo hizo el 31 de marzo de 2005 el Consejo de Seguridad por once votos y cuatro abstenciones (Argelia, Brasil, China y EE.UU.), en relación con los crímenes de lesa humanidad cometidos en Darfur (Sudán) a partir del 1 de julio de 2002.

El tratado constitutivo del Tribunal Penal Internacional establece una relación de complementariedad positiva con los Tribunales internos de los Estados miembros.

---

<sup>13</sup> PERSICO (Joseph): *Nuremberg: Infamy on Trial*, New York, Penguin, 1994

<sup>14</sup> Para más información ver *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia* (International Courts and Tribunals Series), editado por Cesare P. R. Romano, André Nollkaemper y Jann K. Kleffner. Oxford University Press, Oxford, UK, 2004, ISBN 0199276749, 491 páginas.

<sup>15</sup> El delito de agresión está pendiente de un acuerdo sobre su definición y los términos de su aplicación.

Sin embargo, China, India, Estados Unidos, Rusia, Israel, Irak, Irán, se hallan entre los Estados que no respaldan con su fuerza el enjuiciamiento por este Tribunal Permanente de la infracción de los referidos delitos internacionales.

### **La jurisdicción universal como desarrollo del derecho contra la impunidad**

A partir de 1945 sucesivos tratados internacionales han establecido una red de obligaciones interestatales –bilaterales y multilaterales- dirigida a prevenir y sancionar los crímenes que ofenden a la Humanidad como sujeto de derechos, en tiempos de paz o de guerra. Algunos de estos tratados confieren a los Tribunales internos “jurisdicción universal” para sancionar determinados delitos, es decir con independencia de la nacionalidad del autor y de la víctima o del territorio en que fueron cometidos, cuando los tribunales de este último no puedan o no quieran perseguirlos de modo efectivo. Es el caso, en particular, de

1.- los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I, que establecieron el enjuiciamiento de los crímenes de guerra bajo los principios de la jurisdicción universal:

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

*Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes”<sup>16</sup>;*

2.- el Convenio sobre la supresión y sanción del delito de apartheid, aprobado en 1973;

---

<sup>16</sup> Artículo 146 del Convenio IV de Ginebra.

3.- el Convenio para la prevención y sanción del delito de torturas, aprobado en 1984;

4.- determinados actos de terrorismo, como los contemplados en el Convenio de Montreal de 1971 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil<sup>17</sup> (artículo 5.2).

Por su parte, en su interpretación del Convenio contra el Genocidio de 1948 la Corte Internacional de Justicia ha considerado, en 1996, que no existen límites territoriales a la obligación de cada Estado de prevenir y sancionar el genocidio<sup>18</sup>, y en 2007 ha agregado que

*"430. (...) la obligación en cuestión es una de comportamiento y no de resultado, en el sentido de que un Estado no puede ser obligado a tener éxito, independientemente de las circunstancias, en la prevención de la comisión de genocidio: la obligación de los Estados partes es más bien la de emplear todos los medios razonables a su disposición, a fin de prevenir el genocidio en la medida de lo posible. Un Estado no incurre en responsabilidad simplemente porque el resultado deseado no se logra; se incurre en responsabilidad, sin embargo, si el Estado manifiestamente no tomó todas las medidas que estaban a su alcance para prevenir el genocidio, y que podrían haber contribuido a impedirlo. En este ámbito la noción de "diligencia debida", que pide una evaluación en concreto, es de crucial importancia. (...) Importa poco (...) que el Estado cuya responsabilidad se busca alegue, incluso demuestre, que si hubiera puesto en obra los medios de que podía razonablemente disponer, éstos no hubieran bastado a impedir la comisión del genocidio. Tal circunstancia, por lo demás difícil de probar, es sin pertinencia respecto de la violación de la obligación de comportamiento de que se trata. Con tanto mayor motivo cuanto no se puede excluir la posibilidad de que los esfuerzos combinados de varios Estados, cada uno cumpliendo con su obligación de prevenir, podrían*

---

<sup>17</sup> Artículo 5.2: "Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 del artículo 1, así como en el párrafo 2 del mismo artículo, en cuanto este último párrafo se refiere a los delitos previstos en dichos incisos, en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo".

<sup>18</sup> CIJ: Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia, Preliminary Objections, Sentencia de 11 de Julio de 1996, p. 31.

*haber logrado el resultado de evitar la comisión de genocidio que los esfuerzos de un solo Estado no bastaron a lograr alcanzar".<sup>19</sup>*

En cuanto a otros crímenes contra la humanidad, los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda han desarrollado la doctrina de la necesidad de su persecución por tribunales de Estado según los principios de la jurisdicción universal, en conformidad con el actual desarrollo del derecho internacional.<sup>20</sup>

De manera adicional o complementaria a la establecida en los referidos tratados internacionales, la legislación interna de algunos Estados ha conferido a sus tribunales internos competencia para enjuiciar delitos contra el derecho internacional según los principios de la jurisdicción universal.<sup>21</sup> Es el caso de España, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, o de Bélgica, en la ley de 1999. En ambos países, sin embargo, los Gobiernos y Parlamentos han aceptado restringir el alcance su ley interna en 2003 y 2008, respectivamente, bajo presiones de países como EE.UU., Israel y China Popular que tratan de eximir a sus dirigentes de responder de presuntos crímenes de lesa humanidad o de guerra que no son juzgados por los tribunales de los países donde han sido cometidos.

### **La pugna entre adversarios y partidarios del derecho cosmopolita es permanente, interna y transnacional**

Dos siglos han transcurrido desde que Kant teorizara el provecho para la humanidad de que el derecho cosmopolita de los pueblos primara sobre el de los Estados y el interno. Viene a darle la razón la ascendente magnitud de las catástrofes humanitarias, con recursos técnicos cada vez más dañinos para el género humano y el ecosistema. Sin embargo, parece inherente al actual estado de desarrollo de la naturaleza humana y de las organizaciones socio-económicas y políticas la continuada división entre quienes desean preservar la impunidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad y quienes tratan de prevenirlos y, en su caso, sancionarlos.

Esta división trasciende, hoy como ayer, generaciones, fronteras, ideologías y los sistemas de organización social, económica y política. Está presente en el seno de cada

---

<sup>19</sup> CIJ: Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Sentencia de 27 de febrero de 2007, p. 430.

<sup>20</sup> Ver p. ej. Prosecutor v. Ntuyahaa, Decision on the Prosecutor's Motio to Withdraw the Indictment, Case No. ICTR-98-40-T (Trial Chamber I, March 18, 1999).

<sup>21</sup> Ver Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton University Program in Law and Public Affairs, 2001, accesibles en [http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\\_jur.pdf](http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf), y Universal jurisdiction in Europe since 1990 en <http://www.redress.org/documents/unijeur.html>.

nación y colectivo social, en una relación cambiante y movediza. Aquí y allá, los progresos alcanzados en interés de la humanidad no son más perdurables que los retrocesos. Se hacen y deshacen alianzas, de hecho y de derecho, de ámbito local y mundial, a favor y en contra de preservar la impunidad de los grandes crímenes de ayer como premisa de los de hoy y mañana. Es responsabilidad de cada persona, de cada colectivo social, tomar conciencia de que en su propio interés debiera tratar de, al menos, frenar las acciones inhumanas de otros individuos o colectivos. El desarrollo del derecho ha creado instrumentos dirigidos a este fin; su puesta en práctica y eficacia es una lucha permanente.

Madrid, 17 de marzo de 2010