

Aitor Martínez Jiménez
Manuel Miguel Vergara Céspedes

LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO INSTRUMENTO PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS

Una guía práctica para
defensores de derechos humanos

Introducción de Baltasar Garzón Real



LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO INSTRUMENTO
PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS:
una guía práctica para defensores
de derechos humanos

Aitor Martínez Jiménez
Manuel Miguel Vergara Céspedes

Fundación Internacional Baltasar Garzón



Grupo Internacional de Trabajo
sobre Asuntos Indígenas



FIBGAR
PRO DERECHOS HUMANOS Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Fundación Internacional Baltasar Garzón pro
Derechos Humanos y jurisdicción Universal

Copenhague – 2015

LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO INSTRUMENTO PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS: UNA GUÍA PRÁCTICA PARA DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS

Autores: Aitor Martínez Jiménez y Manuel Miguel Vergara Céspedes

Copyright: los autores, El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) y la Fundación Internacional Baltasar Garzón (FIBGAR)

Producción editorial: Alejandro Parellada

Foto de tapa: Juicio al general Efraín Ríos Montt, Guatemala. Sandra Sebastián/Plaza Pública (2003)

Layout: Jorge Monrás

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú ~~XXXXX~~

CATALOGACIÓN HURIDOCS (CIP)

Título: La jurisdicción universal como instrumento para la protección de pueblos indígenas: una guía práctica para defensores de derechos humanos

Número de páginas: 72

ISBN: 978-87-92786-56-2

Serie: Documentos de IWGIA

Idioma: castellano

Index: 1. Pueblos Indígenas 2. Justicia universal

Area geográfica: Global

Editorial: IWGIA

Fecha de publicación: marzo de 2015

Impresión: TAREA – Asociación Gráfica Educativa – Lima, Perú



**FUNDACIÓN INTERNACIONAL BALTASAR GARZÓN
PRO DERECHOS HUMANOS Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL**

Calle del Codo 5, 2802 Madrid, España
Tel: +34 91 433 29 40 – Fax: +34 91 219 42 90
www.figar.org



**GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO
SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS**

Classensgade 11 E, DK-2100 Copenhagen, Dinamarca
Tel: +45 35 27 05 00 – Fax: +45 35 27 05 07
iwgia@iwgia.org – www.iwgia.org

*Este informe ha sido producido con el apoyo financiero del
Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca*

CONTENIDO

Introducción	8
Concepto de jurisdicción universal	10
Evolución de la jurisdicción universal	
1. De un derecho para Estados al paulatino reconocimiento del individuo como sujeto de derecho en el ámbito internacional.....	13
2. Reacción ante las graves vulneraciones de derechos humanos. El derecho penal internacional: crímenes y mecanismos de persecución.....	14
3. Extensión y límites de la jurisdicción universal.....	16
Fuentes de la jurisdicción universal	19
Contenido material de la jurisdicción universal:	
crímenes que se persiguen	25
1. Genocidio	25
2. Crímenes de lesa humanidad.....	28
3. Otros crímenes	29
Contenido formal de la jurisdicción universal:	
su ejercicio ante los tribunales nacionales	32
1. Conflicto horizontal (entre Estados)	32
2. Conflicto vertical (entre Estados y tribunales internacionales)	33
Las comunidades indígenas como colectivo	37
Casos de jurisdicción universal con víctimas indígenas	40
A. Pinochet y la comunidad mapuche.....	40
B. Guatemala y el genocidio maya	43
C. Paraguay. El caso aché.....	45

Aplicación práctica

1. Preparación de la querrela o denuncia	49
a. Reconocimiento de la comisión de un crimen internacional	49
b. Elección de los tribunales competentes.....	51
c. El ejercicio de la jurisdicción universal desde los Estados.....	52
d. Legislación material aplicable	57
e. Aplicación de la jurisdicción universal	57
f. Elaboración y presentación de la querrela o denuncia.....	58
2. Investigación o instrucción de la causa	
a. El querellante como instrucción de la causa.....	59
b. La cooperación judicial.....	60
c. Órdenes de detención internacional: o juzgas o extraditas	61
3. Consecuencias del proceso	62
Conclusiones	64
Notas	68

INTRODUCCIÓN

Baltasar Garzón Real*

A lo largo de la historia los pueblos indígenas han sufrido constantes agresiones a gran escala. Desde la conquista de sus territorios por los europeos, pasando por los sucesivos gobiernos militares, hasta las actuales prácticas abusivas de algunas corporaciones que priorizan el beneficio frente al cumplimiento de los derechos humanos más elementales de los pueblos originarios. El desconocimiento y la vulneración sistemática de aquellos derechos son capítulos pendientes que necesitan del impulso y protección universal.

El hecho de que esta situación se haya prolongado durante siglos y siga siendo un asunto de actualidad podría llevarnos a caer en la desesperanza. Sin embargo, ha existido de manera paralela todo un movimiento de reconocimiento, reclamación y exigencia de respeto a sus derechos. Esas iniciativas han sido esencialmente impulsadas por las víctimas y por los miembros de aquellas comunidades damnificadas. Pero también ha despertado la sensibilidad de otros muchos colectivos y operadores jurídicos que consideran esencial para la dignidad de cada Estado cumplir y hacer cumplir los estándares que materializan el respeto merecido por los pueblos indígenas.

Estos mecanismos han proliferado según el país y la región apareciendo una pluralidad de instancias con múltiples herramientas a las que las víctimas pueden acudir para reclamar la aplicación del derecho que tanto tiempo y esfuerzo ha costado desarrollar. Así, dentro de este catálogo, se pueden hallar mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, herramientas convencionales y extraconvencionales, algunas universales en el marco de las Naciones Unidas y otras regionales como el Sistema Interamericano. Pero, además, se han desarrollado incluso herramientas específicas de protección y tutela de los derechos de las comunidades indígenas, consiguiendo a nivel internacional y regional establecer un conjunto de instrumentos que protegen a los pueblos indígenas de las graves violaciones de derechos humanos cuando no sean tuteladas por el Estado. De entre todas estas herramientas, el operador jurídico no debe olvidar otro instrumento que también está a su alcance: la jurisdicción universal.

La jurisdicción universal es el mecanismo que cierra el círculo dando plenitud a la lucha contra la impunidad derivada de la comisión de crímenes internacionales. Esto es así al involucrar a tribunales internos de otros Estados para que acaten su responsabilidad de investigar y per-

seguir aquellos crímenes. Los pueblos indígenas, por su naturaleza y sus singularidades, se presentan como víctimas potenciales de crímenes internacionales, y como tales, son actores legitimados para solicitar la protección de otros Estados en virtud de la jurisdicción universal.

Es precisamente ése el objetivo que busca esta guía práctica: acercar a las víctimas y sus defensores una herramienta en ocasiones olvidada, pero que bien puede convertirse en una excelente arma contra la impunidad, por la justicia y, en última instancia, por la reparación. La jurisdicción universal está al alcance de todas las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y, por supuesto, también de los pueblos originarios que merecen la protección que la comunidad internacional les viene reconociendo desde hace décadas en virtud, no sólo de su condición humana, sino también como colectivo merecedor de respeto a su cultura, costumbres y particular forma de entender la vida. ○

* Baltasar Garzón Real es presidente del patronato de la Fundación Internacional Baltasar Garzón (FIBGAR)

CONCEPTO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

La jurisdicción universal es un mecanismo de justicia cuyo objetivo es la lucha contra la impunidad. La aplican tribunales internos de los Estados para la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales por razón de la materia que les ocupa y sin necesidad de que exista ningún vínculo de conexión.¹

Definición formal

El Principio de Jurisdicción Universal determina la obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar, por parte de los tribunales internos que lo reconozcan, crímenes internacionales en nombre de la comunidad internacional, con independencia del lugar donde se hayan cometido, la nacionalidad del sospechoso, de las víctimas o la existencia de cualquier otro vínculo de conexión con el Estado que ejerza esta jurisdicción. Se fundamenta en la aplicación del derecho penal interno e internacional, siempre que los hechos no hayan sido juzgados en otro tribunal nacional o internacional competente o, en caso de haber sido enjuiciados, no se hubiera respetado el derecho al debido proceso con arreglo a estándares internacionales.

Por lo tanto, las **características** principales de la jurisdicción universal son:

- Se vincula a la persecución de crímenes internacionales
- La habilita el derecho penal internacional
- La reconoce la legislación nacional
- No es necesaria ninguna conexión territorial, de personalidad activa (autor), personalidad pasiva (víctima) o interés nacional con los hechos
- La conexión es por razón de la materia, al ser crímenes internacionales que afectan a toda la comunidad internacional en su conjunto

El origen de la jurisdicción universal se remonta a la necesidad y obligación de los miembros de la comunidad internacional de perseguir y reprimir todos aquellos actos considerados como crímenes internacionales. Los crímenes internacionales son aquellas agresiones reconocidas por el derecho penal internacional que han alcanzado dicho estatus por sus consecuencias especialmente lesivas contra la humanidad. Los fundamentos jurídicos que habilitan a los Estados a valerse de sus tribunales internos para perseguir dichos crímenes se localizan en el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, formando parte además del núcleo duro del derecho imperativo, a través del llamado *ius cogens*.²

Así pues, lo común es que los Estados desplieguen su poder jurisdiccional en base a principios clásicos como el de territorialidad (cuando el crimen se haya cometido en su territorio). Sin embargo, existen otros supuestos en los que se ejerce una competencia extraterritorial de la jurisdicción para crímenes cometidos en el extranjero, como el caso del principio de personalidad activa (cuando el autor del crimen sea un nacional), de personalidad pasiva (cuando la víctima sea nacional) o de defensa de intereses particulares del Estado (cuando ese crimen afecte a algún interés soberano de ese país). Pero más allá de estos títulos jurisdiccionales clásicos el derecho internacional invita a incluir un nuevo fundamento por el que se reconoce la competencia de un Estado: la jurisdicción universal. Mientras los principios clásicos exigen un vínculo de conexión entre el hecho cometido y el Estado que juzga, la jurisdicción universal faculta a los tribunales a intervenir, no por la existencia de un nexo directo con los hechos,

Principios de jurisdicción	Territorial	El crimen se ha cometido en el territorio del Estado.
	Personalidad activa	El crimen ha sido cometido por un nacional del Estado que enjuicia.
	Personalidad pasiva	El crimen ha sido cometido contra un nacional del Estado que enjuicia.
	Defensa de los intereses del Estado	El crimen atenta contra algún interés específico del Estado como su seguridad nacional, sus instituciones, su moneda, etc.
	Universal	En virtud de la materia del hecho cometido que reviste las características propias de un crimen internacional.

sino por la propia naturaleza del crimen. La naturaleza de los crímenes internacionales reviste unas características tan destructivas y aberrantes que dejan de constituir una agresión y amenaza contra el individuo particular o un Estado concreto, para convertirse en una ofensa contra la comunidad internacional en su conjunto, contra toda la humanidad, y, debido a ello, todos los Estados han de reaccionar e involucrarse investigando, y en su caso juzgando, a los responsables de los referidos crímenes, para evitar espacios de impunidad.

Esta falta de voluntad investigadora que suele producirse en torno a estos crímenes se debe fundamentalmente al hecho de que:

Los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad suelen ser organizados, orquestados o dirigidos desde las altas esferas estatales o, al menos, han de ser cometidos con su connivencia o beneplácito. Y ello ha tenido tradicionalmente como consecuencia que la actuación del Estado especialmente vinculado con los hechos en virtud de los tradicionales títulos de jurisdicción (territorialidad y personalidad activa) de cara a la represión de tales crímenes, no se haya caracterizado nunca por el entusiasmo.³

Como la jurisdicción viene generalmente activada con base en los principios de territorialidad o de personalidad (activa o pasiva), lo normal es acudir a los tribunales internos del país donde se comete la agresión. Pero cuando la justicia interna se revela ineficiente, ya sea por falta de voluntad o por falta de capacidad investigadora, se deben accionar los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos para evitar esa situación de impunidad. Es decir, la falta de tutela judicial frente a los crímenes internacionales por parte del país donde se han cometido, o de los países de nacionalidad de las víctimas o victimarios, no puede permitir que aquellos queden impunes, por lo que cualquier otro país de la comunidad internacional debe proceder a su investigación con la única conexión de jurisdicción universal.

Esta guía propone la conveniencia de presentar denuncias o querellas ante los tribunales internos de terceros Estados, siguiendo el principio de jurisdicción universal, como mecanismo de defensa y lucha contra la impunidad. A través de esta guía los operadores jurídicos contarán con una herramienta que se añade al catálogo de instrumentos de protección a su disposición, en concreto en lo referente a los derechos de las comunidades indígenas como potenciales víctimas de estas agresiones. ○

EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

1. De un derecho para Estados al paulatino reconocimiento del individuo como sujeto de derecho en el ámbito internacional

El derecho internacional clásico estaba principalmente vinculado a regular la actuación de los Estados. Era principalmente estatocéntrico, siendo los Estados los únicos sujetos de derechos y obligaciones de ese ordenamiento jurídico. Pero este derecho internacional entre Estados no pudo frenar las masivas violaciones de derechos humanos cometidas por el régimen nazi o por acciones previas como el genocidio armenio o los crímenes cometidos durante la Primera Guerra Mundial, la Guerra Civil española y otras acciones criminales masivas, dentro de las fronteras de los respectivos Estados, al amparo de su soberanía nacional, demostrándose que el derecho internacional estaba falto de mecanismos punitivos y de un auténtico derecho sustantivo para aplicar ante aquellas atrocidades. A lo largo de las primeras décadas del siglo XX, desde los Tratados de Versalles y de Sevres, nacían las primeras normas de *ius puniendi* internacional que trataban de proteger a los individuos desde el derecho internacional, incluso dentro de las fronteras de sus propios Estados, ante la ausencia de interés o imposibilidad para perseguir las graves violaciones a los derechos humanos, que dejan de ser una “cuestión interna” de los países. Con aquellos precedentes, y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, se podrá afirmar que “desde 1945, quedó claro que los derechos humanos no seguían siendo un asunto doméstico, escondido tras el velo de la soberanía de los Estados”.⁴ De esta forma se consiguió que “con el paso de los años hubiera una interpretación más flexible y los derechos humanos no quedaran únicamente bajo el arbitrio de la jurisdicción interna de los Estados”.⁵ El interés de la comunidad internacional por reconocer derechos y establecer mecanismos de protección desarrolló una creciente actividad, produciendo la conocida como “internacionalización de los derechos humanos”.⁶

En las décadas siguientes al final de la Segunda Guerra Mundial, hasta la fecha, se ha producido una proliferación de mecanismos de defensa de los derechos humanos a nivel universal y regional, con el fin de regular este universo por medio de múltiples tratados de derechos humanos. Se aprobaron declaraciones de derechos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948, y otras normas convencionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ambos de 1966. En el ámbito regional se aprobaron tratados como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1948, la Conven-

ción Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, la Carta Árabe de los Derechos Humanos de 2004 o la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático de 2012.

El siguiente paso en el proceso de evolución de los derechos humanos ha sido la especificación de los derechos según las características comunes de un grupo de sujetos. Surgen así los derechos del niño, de los trabajadores, de las mujeres y por supuesto, los derechos de las comunidades indígenas como colectivo diferenciado.

2. Reacción ante las graves vulneraciones de derechos humanos – El derecho penal internacional: crímenes y mecanismos de persecución

Así mismo, el incipiente derecho penal internacional para perseguir aquellas violaciones particularmente graves, conformadoras de crímenes internacionales, se fue consolidando a través de la ratificación de diversos tratados para la persecución del genocidio, (Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948), la discriminación racial (Convención Internacional de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965) el apartheid (Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973) la tortura (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes de 1984) la no prescripción de crímenes internacionales (Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968) la desaparición forzada de personas (Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006) entre otras normas convencionales.

El impulso universal a la protección frente a estas graves violaciones no sólo fue el producto de tratados internacionales, sino también a través de normas consuetudinarias pertenecientes al *ius cogens*, que obligan imperativamente a toda la comunidad internacional *erga omnes* (prohibición del genocidio, la tortura o la esclavitud, entre otras).

Va a ser en la década de los 90 cuando estas normas imperativas conformadoras de ese nuevo derecho penal internacional comienzan a plasmarse con trascendencia judicial. A través de diferentes instrumentos se crearon dos tribunales internacionales *ad hoc* (el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda), además de otros de naturaleza híbrida (nacional-internacional) como los de Sierra Leona, Camboya y Líbano. Finalmente, en 1998, con la aprobación del Estatuto de Roma se conformó la Corte Penal Internacional (CPI) que, a partir de 2002, se convierte en el único órgano judicial con jurisdicción permanente para la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de genocidio,

lesa humanidad,* de guerra y de agresión en los países que han ratificado el Estatuto y en aquellos casos que decida el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Pero, además, en esta misma década, surge un nuevo y decisivo empuje para la protección penal internacional de los más graves crímenes internacionales, a través de la ampliación, en las jurisdicciones domésticas, del principio de jurisdicción universal, que, hasta ese momento, era un mecanismo poco usado aunque ya reconocido internacionalmente como medio de persecución de la piratería (y más adelante para el comercio de esclavos) en alta mar.

Las primeras convenciones en dar el paso a la aplicación de este principio fueron los Convenios de Ginebra en su deseo de regular y perseguir los crímenes de guerra. La Convención de Ginebra de 1864 había comenzado a codificar el derecho humanitario, continuándose con las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, de donde nació la conocida “Cláusula Martens”⁷ como temprana aproximación del *ius cogens* internacional. Estos mismos principios fueron invocados de alguna manera posteriormente, durante la Comisión Multinacional de Responsabilidades que se reunió en París el 29 de marzo de 1919 con motivo del final de la Primera Guerra Mundial. Será el posterior Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 el que empiece a hacer efectiva una verdadera jurisdicción sobre aquellos crímenes que atentaban contra la humanidad y que comenzaban a ser protegidos desde el derecho internacional, ordenando en su artículo 227 el procesamiento del Kaiser Guillermo II por sus crímenes contra la humanidad. Algo que ocurrió igualmente con el Tratado de Sevres en 1920, por el que se ordenó el enjuiciamiento de los militares otomanos involucrados en el genocidio armenio de 1915, como ya se ha indicado antes.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el Estatuto de Núremberg de 8 de septiembre de 1945 creó los tribunales que juzgaron los crímenes perpetrados por los mandatarios del régimen nazi.⁸ Posteriormente, la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1956, en su Resolución 95-I, adoptada por unanimidad y bajo una incuestionable *opinio iuris*, confirmó de manera expresa los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg, momento en el que la comunidad internacional universaliza estos crímenes internacionales, iniciándose una creciente actividad codificadora que llega hasta nuestros días para tipificar estos crímenes internacionales y sancionarlos. Ejemplos de esta evolución en la codificación del derecho penal internacional son la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, de alcance universal y cuya finalidad es castigar la práctica sistemática de persecución contra grupos humanos por cuestiones de raza, etnia, religión o nacionalidad.

* Indistintamente llamado crimen contra la humanidad o crimen de lesa humanidad.

Paulatinamente se fue introduciendo el principio de la jurisdicción universal en diversos tratados en la década de los 70 y 80, permitiendo que los Estados conocieran de crímenes no cometidos dentro de sus fronteras, ejerciendo así de tribunales internacionales para propiciar una persecución universal de esos aberrantes crímenes y evitar que estas prácticas quedaran en la impunidad de las fronteras en las que se cometieron. Se trata de una fructífera producción de instrumentos internacionales tanto a nivel universal como regional.

La aprobación definitiva del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad en 1996 y del Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998 supusieron la consolidación del escenario actual en la persecución internacional de grandes vulneraciones de derechos humanos. Codificaron así los mayores crímenes internacionales: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

Por todo lo anterior, se puede afirmar que estos crímenes internacionales nacieron con una premisa básica: son conductas que agreden a toda la comunidad internacional, ya que son lesivas de la propia humanidad en su conjunto. Estas conductas son crímenes internacionales que generan responsabilidad penal internacional de las personas que los cometen.⁹ Por ello, deben ser perseguibles por parte de toda la comunidad internacional y por todos y cada uno de los Estados, ya que estas conductas no afectan a un individuo o a un grupo, ni a un Estado, sino que lo hacen a toda la especie humana por tratarse de las más brutales agresiones a la misma, formando parte del *ius cogens* internacional.¹⁰

3. Extensión y límites de la jurisdicción universal

La existencia de un *ius cogens* internacional que condena y persigue ciertas vulneraciones graves indica que el derecho internacional habilita, y en algunos casos podría afirmarse que incluso obliga, a que los Estados se arroguen ese principio de jurisdicción universal.

La doctrina *iusinternacionalista* reconoce desde largo tiempo atrás el ejercicio de jurisdicción extraterritorial¹¹. Sin embargo, esta posibilidad se estableció materialmente con la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) del año 1927 en el Caso Lotus, al pronunciarse el tribunal sobre la posibilidad de que un Estado ejerciera su jurisdicción penal de manera extraterritorial en relación a hechos ocurridos fuera de sus fronteras. La Corte afirmó que:

Lejos de prohibir de una manera general a los Estados que extiendan sus leyes y su jurisdicción a personas, bienes y actos fuera de su territorio, les deja, a este respecto, una gran libertad, la cual no está limitada más que en algunos casos por reglas prohibitivas; para los otros casos,

cada Estado sigue siendo libre de adoptar los principios que considere preferibles y más convenientes.¹²

Sin embargo, gran parte de la doctrina considera excesiva la concepción de extraterritorialidad sin límites del caso Lotus, entendiéndose que la jurisdicción penal extraterritorial no es genérica, sino que está limitada a la persecución de los criminales que han atacado a toda la humanidad (*hostis humanis generis*) al haber perpetrado los crímenes más atroces (*delictum iuris gentium*). De esta forma, el principio de jurisdicción universal quedaría vinculado *rationae materiae* a los referidos crímenes internacionales, estableciéndose como herramienta para acabar con la impunidad que se pueda generar en torno a ellos.¹³

Por tanto, podemos afirmar que al genérico principio de territorialidad del derecho penal se le encuentra una excepción extraterritorial, la persecución universal de los crímenes internacionales. La finalidad de esta excepción es evidente, permitir mediante la jurisdicción universal “la represión nacional de delitos especialmente odiosos y, por ello, atentatorios contra intereses esenciales de la Humanidad y la Comunidad Internacional”,¹⁴ procurando con ello, contrarrestar la impunidad de los mismos. ○

Cuadro II		
Hitos en el desarrollo del Derecho Penal Internacional y de la jurisdicción universal		
Año	Acontecimiento	Significación histórica
s. XVI Actualidad	Reconocimiento de la piratería como crimen de persecución universal	<ul style="list-style-type: none"> • Antecedentes de la jurisdicción universal
s. XIX - XX	Paulatina consolidación del comercio de esclavos como crimen de persecución universal	
1865	I Convenio de Ginebra	<ul style="list-style-type: none"> • Definición de los primeros crímenes de guerra • Jurisdicción universal obligatoria
1899 y 1907	Convenciones de La Haya	<ul style="list-style-type: none"> • Inclusión de la Cláusula Martens como aproximación al concepto de <i>ius cogens</i>.

Año	Acontecimiento	Significación histórica
1927	Caso Lotus (CPJI)	<ul style="list-style-type: none"> • Posibilidad de que un Estado ejerza su jurisdicción penal de manera extraterritorial.
1940 - 1945	Segunda Guerra Mundial	<ul style="list-style-type: none"> • Después de las atrocidades del conflicto resulta evidenciada la necesidad de reformular el derecho internacional.
1945	Carta de Naciones Unidas	<ul style="list-style-type: none"> • Inclusión del principio de no injerencia • Necesidad de formular el límite entre la aplicación extraterritorial de la ley penal de un país y la soberanía del otro. • El límite viene dado por el <i>ius cogens</i>, la costumbre internacional y el derecho convencional.
1945 - 1948	Juicios de los Tribunales de Núremberg y Tokio	<ul style="list-style-type: none"> • Definición de los crímenes de lesa humanidad.
1948	Convención del Genocidio	<ul style="list-style-type: none"> • Definición del crimen de genocidio.
1960 - 1962	Caso Eichmann	<ul style="list-style-type: none"> • Primer caso de jurisdicción universal sobre la base de crímenes de lesa humanidad y genocidio.
Años 70 y 80	Aprobación de convenciones internacionales para la persecución de ciertos delitos	<ul style="list-style-type: none"> • Muchas de ellas incluyen cláusulas que habilitan u obligan a activar la jurisdicción universal de un país en determinadas circunstancias (ver Cuadro III).
1998	Auto de procesamiento y solicitud de extradición de Augusto Pinochet	<ul style="list-style-type: none"> • Célebre caso de jurisdicción universal que resultó decisivo en la ulterior proliferación de casos de jurisdicción universal a nivel internacional.
2007	Condena definitiva de Adolfo Scilingo	<ul style="list-style-type: none"> • Uno de los primeros casos (aparte de Eichmann) que concluyó en la condena definitiva del responsable de delitos de lesa humanidad con base en la jurisdicción universal.

FUENTES DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Tal y como indica el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), las fuentes del derecho internacional son:

- Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes
- La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho
- Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas
- Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.¹⁵

Como ha quedado evidenciado, la jurisdicción universal es un mecanismo que se ha desarrollado de manera paralela al derecho penal internacional, como forma de dar un contenido de persecución universal a esos crímenes tipificados. De esta forma, el reconocimiento de la jurisdicción universal ha tenido lugar a través de diversas fuentes del derecho internacional según el crimen perseguible. Se puede afirmar, por tanto, que la fundamentación de la jurisdicción universal como instrumento legítimo halla su origen en fuentes diversas, tales como el *ius cogens*, el derecho consuetudinario internacional y el derecho convencional.

Muchos de los delitos reconocidos en el *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional han sido posteriormente cristalizados en tratados internacionales. Dicha codificación no presupone un conflicto en absoluto entre ambas fuentes. La aparición de una fuente escrita que regule la persecución universal de ciertos crímenes no puede limitar su implementación en los términos anteriores a dicha codificación. Por el contrario, la clarifica y la hace más operativa.

Se pueden encontrar tres escenarios diferentes: los crímenes cuya persecución universal sólo está basada en una fuente no escrita (*ius cogens* o consuetudinaria); los que vengan recogidos en ambas (fuentes no escritas y también en convencionales), o que sean el resultado de fuentes convencionales generadoras de mecanismos, derechos y obligaciones no presentes en el derecho consuetudinario con anterioridad.

Las fuentes de *ius cogens* y consuetudinarias no presentan *a priori* límites en su aplicación. Los tratados internacionales con vocación codificadora no contradicen la facultad de perseguir si bien la pueden concretar o incluso hacer obligatoria. Es el caso de los Convenios de Ginebra que establecen el mandato de perseguir y juzgar bajo cualquier circunstancia. Otras convenciones, como la de la tortura por ejemplo, introducen un elemento que activa y hace obligatoria la investigación y enjuiciamiento. Se trata del principio *aut dedere, aut iudicare* que convierte la facultad jurisdiccional en una obligación en el momento en que se constate la presencia del presunto criminal en su territorio y se rehúse su extradición. Finalmente, cabe mencionar aquellos tratados que extienden la extraterritorialidad de la ley penal sin contar con una fundamentación internacional previa. En estos casos la facultad, obligación, y cooperación tan sólo será oponible a los Estados parte en dichos tratados.

4. Legitimación de la jurisdicción universal

En lo referente a la legitimación propia derivada de cada crimen para ser perseguido universalmente, la jurisdicción universal, como mecanismo de lucha contra la impunidad, ha sido reconocida en diversas fuentes de derecho internacional. Un ejemplo de habilitación para el ejercicio de esta jurisdicción universal es la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973 referente a los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. En los apartados 1 y 4 de dicha Resolución se establece la obligación de los Estados de cooperar en castigar estos crímenes, procediendo para ello a investigar, procesar y condenar a sus responsables **“donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”**.¹⁶

Algo que se puede observar en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, donde en su artículo 9 se reconoce que el país donde se encuentre una persona sospechosa de haber cometido estos crímenes “deberá extraditar o procesar a esa persona”, a lo que añade el artículo 8 que “cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en los artículos 17, 18, 19 y 20, **sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores**”.¹⁷

La jurisdicción universal es un principio básico del derecho internacional, y como tal, en la línea de lo afirmado por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas en relación al caso Pinochet, al referirse al actuar de los tribunales españoles “el principio de jurisdicción universal contra los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, que ha sido **reconocido en el derecho y la práctica internacionales**”.¹⁸

Algunos ejemplos en los que se faculta a los Estados para ejercer la jurisdicción universal en este tipo de crímenes internacionales son la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, norma del *ius cogens* internacional, que establece en su artículo 5.3: “La presente Convención **no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales**”. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 que expone en su artículo 12 que “La presente Convención **no excluye la jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno**”. O la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 en su artículo 4 al afirmar que “cada Estado Parte adoptará las medidas para **establecer su jurisdicción**” en referencia a determinados casos. Finalmente, el principio de la jurisdicción universal también ha quedado recogido en el Estatuto de Roma de la CPI donde se expone en su preámbulo que “**es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales**”.

Además, son varias las recomendaciones emitidas desde diferentes instancias internacionales para que los Estados ejerzan la jurisdicción universal con la finalidad de investigar y enjuiciar estos crímenes. Por ejemplo, a través de la Resolución 60/147 de 2005 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, a interponer recursos y obtener reparaciones. O por ejemplo, la Recomendación sobre jurisdicción universal y Corte Penal Internacional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1998, donde se observa:

Por ello, considera que la consagración definitiva del principio de responsabilidad penal individual en el orden internacional y su complemento, el principio de jurisdicción universal, contribuyen de manera notable al fortalecimiento de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y, lo que es más significativo aún, a la consolidación del imperio del derecho y de las libertades fundamentales de la persona humana en la comunidad mundial [decidiendo] **Recomendar a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que adopten las medidas legislativas y de otra naturaleza que sean necesarias para invocar y ejercer la jurisdicción universal frente a los individuos en materia de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.**

Recomendación que se vio posteriormente secundada nuevamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución sobre juzgamiento de crímenes internacionales de 24 de octubre de 2003, en la que se aprobó “Exhortar a los Estados a combatir la impunidad de los crímenes internacionales a través de **invocar y ejercer su jurisdicción sobre estos crímenes con base en los distintos tipos de jurisdicciones existentes**”.

Pero, además, el principio de jurisdicción universal, al formar parte del derecho internacional general, ha motivado que incluso algunos tratados internacionales que regulaban la competencia territorial exclusiva para algunos crímenes internacionales, hayan tenido que ser reinterpretados de la mano del derecho consuetudinario para permitir la jurisdicción universal.¹⁹

Como se observa, múltiples instrumentos internacional invitan e incluso obligan a los Estados a imponer la jurisdicción universal para la persecución de este tipo de crímenes que atentan contra la humanidad en su conjunto y que no pueden quedar impunes. Ejerciendo por ello el tercer Estado, no su jurisdicción nacional, sino una jurisdicción internacional en aras de proteger los intereses de la humanidad. El motivo fundamental es la particularidad de que estos crímenes internacionales atentatorios contra la humanidad suelen ser cometidos por el propio Estado, o han podido contar con su connivencia, por lo que no se puede encomendar la investigación de los crímenes a sus propias autoridades, contribuyendo el principio de jurisdicción universal a un control “difuso” de este tipo de delitos, confiando la comunidad internacional el ejercicio del *ius puniendi* a terceros Estados. ○

Cuadro III		
Fuentes del derecho que habilitan la jurisdicción universal		
Fuente del derecho	Crimen	Fuente o alusión concreta
<i>Ius Cogens</i> y derecho consuetudinario internacional	Piratería	
	Comercio de esclavos	
	Crímenes de guerra	
	Crímenes de lesa humanidad	
	Genocidio	
	Tortura	
	Crimen de agresión	
	Apartheid	
Derecho convencional internacional	Piratería	Convención sobre el Derecho del Mar (art. 105)
	Crímenes de guerra	I Convenio de Ginebra (art. 49) II Convenio de Ginebra (art. 50) III Convenio de Ginebra (art. 129) IV Convenio de Ginebra (art. 146)
	Tortura	Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984 (art. 7)
	Apartheid	Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973 (art. 5)
	Desapariciones forzadas	Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 (art. 9.2)
	Actos de terrorismo	Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 (art. 4.2) Convención Internacional contra la toma de rehenes de 1979 (art. 5.2) Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas de 1997 (art. 6.4)

Fuente del derecho	Crimen	Fuente o alusión concreta
		<p>Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 (art. 7.4)</p> <p>Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (arts. 9-11)</p>
	Crímenes contra diplomáticos	Convención de las Naciones Unidas sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973 (art. 7)
	Corrupción	Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (art. 42.4)
	Bienes culturales en conflicto armado	Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (art. 28)
	Narcotráfico	Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 4.2)
	Delincuencia transnacional	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 15.4)
Derecho convencional regional (sistema interamericano)	Tortura	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (arts. 12 y 14)
	Desapariciones forzadas	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 (arts. 4 y 5)

CONTENIDO MATERIAL DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: CRÍMENES QUE SE PERSIGUEN

La jurisdicción universal está vinculada a la persecución de aquellos crímenes que son considerados internacionales, es decir, aquellos que suponen una agresión a toda la humanidad en su conjunto. Los principales crímenes que se encuentran dentro de esta categoría son: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura y las desapariciones forzadas.²⁰ Los dos primeros serán el objeto de un estudio específico en profundidad, ya que en ellos el elemento racial, étnico, religioso o nacional, queda normalmente vinculado a la sistematicidad de los crímenes cometidos contra una comunidad humana con vínculos identitarios, por lo que son tipos penales que afectarían a las comunidades indígenas como colectivo.

1. Genocidio

El genocidio es considerado el “crimen de los crímenes”. Es para muchos la más grave agresión que se puede cometer, ya que la acción está motivada por un componente racista cuya finalidad es el exterminio de ese grupo. El objetivo del criminal es hacer desaparecer a un grupo simplemente por su condición identitaria.

Conceptualizado por el jurista polaco Raphael Lemkin en 1943,²¹ su máxima expresión se produjo con el intento de exterminio sistemático y planificado del pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial. La agresión fue tal que conllevó que la comunidad internacional procediera a establecer mecanismos internacionales para que estos hechos no se volvieran a producir. La Convención para la Sanción y Prevención del delito de Genocidio fue aprobada en 1948.²²

Definición de Genocidio (Artículo 2 – Convención 1948)

Cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

La misma Convención de 1948 señala posteriormente en su artículo 3 y 4 que:

Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio

ya se trate de **gobernantes, funcionarios o particulares**.

Además, hay que tener en cuenta que, como advierte la doctrina, existe una variante del genocidio que no se perpetraría a través del resto de actividades de destrucción física, sino que ese exterminio se haría mediante prácticas etnocidas, tendentes a la destrucción del grupo en términos culturales:

la destrucción de un grupo “como tal” puede conseguirse mediante la destrucción de la identidad del grupo, porque ésta conduce, al igual que la exterminación física del grupo, a la desaparición del grupo y tiene como consecuencia su pérdida para la humanidad (...) La aniquilación de la existencia social puede producirse, por ejemplo, mediante el traslado forzoso de la población y la dispersión de los miembros del grupo, mediante la destrucción sistemática de su conciencia de pertenencia a una unidad o mediante la eliminación de las clases dirigentes políticas o espirituales.²³

Por lo que es un delito que no sólo incluye prácticas como el asesinato, las torturas, la imposición de medidas para impedir nacimientos, el traslado forzado de niños del grupo y otras medidas de limpieza étnica, sino que incluye también lo que la doctrina ha denominado como la muerte lenta:

la destrucción del grupo por medio de una “muerte lenta”. Entre los métodos utilizados pueden mencionarse la denegación de nutrientes (comida y agua) a sus integrantes, la expulsión sistemática de sus casas y la reducción de los servicios médicos esenciales por debajo del nivel vital mínimo, así como someterlos a un trabajo excesivo o a un esfuerzo físico extenuante.²⁴

Deportaciones masivas, campos de concentración, violaciones y asesinatos de corte étnico fueron consideradas prácticas de genocidio en muchos de los procesos penales que se siguieron en el marco de conflictos como el de la Antigua Yugoslavia o Ruanda. Un caso de genocidio que vinculó a una comunidad indígena es el referente al genocidio cometido por la dictadura de Guatemala en los años 80 contra la comunidad maya y que fue documentado posteriormente por el informe “Memoria y Silencio” de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Posteriormente, la Audiencia Nacional española abrió una causa con base en el principio de jurisdicción universal para investigar los hechos.²⁵

Evidentemente las comunidades indígenas, como grupos humanos con lazos identitarios específicos, podrían ser objeto tanto de genocidio perpetrado a través de prácticas agresivas, como la subcategoría del etnocidio a través de su desaparición como grupo aniquilando a la fuerza sus características identitarias.

Sin embargo, es importante destacar que para la configuración del delito se exigen dos elementos determinantes que hacen que esos hechos sean conformadores de genocidio: un elemento volitivo y un elemento objetivo.

- El **elemento subjetivo o volitivo** exige que exista una voluntad de exterminio. Es decir, se trata de un delito de intención, no de resultado. El simple hecho de existir una voluntad de exterminio configura la existencia de genocidio, sin necesidad de que se acredite un cuantioso daño en la comunidad.
- El **elemento objetivo** exige que estemos, además, ante un delito que agrede a un determinado grupo humano con características comunes, y no a una generalidad de individuos. Para que se produzca un delito de genocidio se debe atacar a un grupo, y este debe tener como elemento de cohesión la religión, la raza, la etnia o la nacionalidad.

En el caso de que no se cumplieran estos dos elementos estaríamos ante crímenes contra la humanidad, que si bien son hechos igualmente graves y conformadores de un ataque a toda la comunidad internacional, y como su propio nombre indica una agresión a la humanidad, no serían conformadores de este específico crimen de genocidio.

2. Crímenes de lesa humanidad

Por crímenes contra la humanidad se entienden un conjunto de graves agresiones que, cuando son cometidas de forma sistemática o generalizada, conforman el tipo penal de los crímenes de lesa humanidad.

El Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 6 de octubre de 1945 fue de los primeros en identificar el contenido de los “Crímenes Contra la Humanidad”.²⁶ Con ese antecedente, el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 también se aventuró a transcribir el crimen comúnmente aceptado en la costumbre internacional.²⁷ No obstante, la acepción y contenido más aceptados son los reflejados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, que realiza una categorización más exhaustiva en su artículo 7, sobre los “Crímenes de Lesa Humanidad”.

Crímenes de Lesa Humanidad

(Artículo 7 Estatuto CPI)

Cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato,
- b) Exterminio,
- c) Esclavitud,
- d) Deportación o traslado forzoso de población,
- e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional,
- f) Tortura,
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable,
- h) Persecución de un grupo con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo,
- i) Desaparición forzada de personas,
- j) El crimen de apartheid,
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Pero estos hechos delictivos deben contar con un elemento para que sean considerados crímenes contra la humanidad: **la sistematicidad o generalización de los hechos**. Es necesario que se produzcan de forma continuada y bajo un esquema de planificación. De esta forma, la sistematicidad es el elemento determinante que permite que esas agresiones pasen a ser considerados un crimen internacional perseguible de manera universal bajo el tipo de crímenes de lesa humanidad.

Por otro lado, si esas agresiones se cometen con una finalidad de exterminio y el ataque es como consecuencia de cuestiones raciales, religiosas, étnicas o nacionales, se cumplirían los dos requisitos del genocidio. Por lo tanto, se puede entender que los crímenes contra la humanidad incluyen en líneas generales las mismas agresiones que el genocidio pero, aun siendo sistemáticas, no tienen esos dos elementos (volitivo y objetivo) y conforman otro tipo penal.

Las comunidades indígenas pueden ser objeto de graves agresiones a sus derechos que, cuando sean cometidas de manera sistemática, conformarán el tipo penal de crímenes de lesa humanidad. Los asesinatos, deportaciones, traslados forzosos, esclavitud, privaciones de libertad, torturas, desapariciones, violaciones y el apartheid de estas comunidades, serían conformadores de un crimen contra la humanidad, siempre que esas prácticas no se hicieran con una finalidad de exterminio, sino con la de cometer una agresión contra ese grupo humano. En el caso de que, además de acreditarse esos hechos se demostrara la intención del perpetrador de exterminarlos, reconduciríamos el tipo penal al genocidio. De esta forma, como vemos, ya sea subsumiendo estas conductas en el tipo penal del genocidio o el de los crímenes de lesa humanidad, las comunidades indígenas quedarían protegidas de estas violaciones a través del principio de jurisdicción universal, por lo que podrían encontrar amparo en cualquier tribunal de la comunidad internacional.

3. Otros crímenes

Como se ha expuesto anteriormente existen una serie de actos delictivos que también pueden ser perseguidos universalmente como los crímenes de guerra, la tortura o las desapariciones forzadas (estas dos últimas si son cometidas con un criterio sistemático serían, además, crímenes de lesa humanidad).

En el caso de **las torturas o las desapariciones forzadas**, si bien la comunidad indígena puede ser víctima de cualquiera de estas atrocidades, su componente identitario no serviría para calificar estos delitos, por lo que sólo supondrían agravantes.

Es por ello que no merece la pena detenerse y analizar en profundidad estas acciones más allá de su definición formal.

Tortura

(Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes)

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Desapariciones Forzadas

(Artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas)

El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Los **crímenes de guerra**, por su parte, son los de más larga data dentro del derecho penal internacional. Los inicios de su codificación se retrotraen al I Convenio de Ginebra de 1865. Su finalidad estaba muy vinculada al derecho internacional del momento, donde se regulaba el *ius in bello*, es decir, el derecho que se debía respetar en el ejercicio de la guerra, arma legítima de actuación en la sociedad internacional. En aquel momento todavía no existían normas del *ius ad bellum*, prohibición del uso de la fuerza y la guerra como herramienta diplomática, tal y como sucede hoy día tras la aprobación de la Carta de San Francisco de 1945.

Por ello, aunque nació en este contexto de regulación de la guerra, ha continuado hasta nuestros días estableciendo límites en los conflictos cuando estallan.

Hoy podemos encontrar los actos prohibidos bajo la tipificación de crímenes de guerra en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la CPI. Se trata de un extenso elenco de acciones delictivas que buscan minimizar los horrores naturales de la guerra, a través de la protección de todos aquellos que no son o dejan de ser combatientes (civiles, rehenes, prisioneros de guerra, personal sanitario o religioso, etc.) en el contexto de un conflicto armado. Además, se considera por conflicto no sólo el conflicto armado entre Estados, como se venía haciendo de manera clásica, sino cualquier conflicto armado interno.²⁸

Finalmente, es importante recordar que todos estos crímenes descritos son imprescriptibles, tal y como indica la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes contra la Humanidad aprobada por la Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su artículo 1. ○

CONTENIDO FORMAL DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: SU EJERCICIO ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES

La persecución de crímenes internacionales en virtud de la jurisdicción universal también encierra particularidades procesales que merecen hacer una referencia específica. Existen debates en torno a la relación que se produce entre los tribunales de los terceros Estados dispuestos a activar su jurisdicción, y los del Estado en donde se cometieron los crímenes. Incluso en relación con órganos jurisdiccionales internacionales, ya sean de carácter permanente o *ad hoc*. Se trata de una colisión de jurisdicciones que puede presentarse en dos niveles: horizontal (entre Estados) o vertical (entre Estados y tribunales internacionales). Para solventar esta colisión se debe dar respuesta a la cuestión que surge cuando más de un órgano jurisdiccional pretende investigar y enjuiciar un mismo hecho. Para resolver esas dudas conviene revisar cuatro principios relacionados: subsidiariedad y concurrencia (en relación al conflicto horizontal entre Estados); así como supremacía y complementariedad (en relación al conflicto vertical entre Estados y tribunales internacionales).

1. Conflicto horizontal (entre Estados)

Principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad denota un orden de jerarquía entre jurisdicciones estatales a la hora de enjuiciar un presunto delito. Se reconocería una posición de prevalencia por parte del tribunal del Estado en donde se cometió el delito. También prescribe la interrupción de la investigación o enjuiciamiento de un caso si ya lo está tratando otro Estado.

De esta forma, en virtud del principio de subsidiariedad todos los Estados están llamados a perseguir a los responsables de crímenes internacionales, pero esta facultad y obligación quedaría interrumpida si el Estado en donde se cometió el delito ha procedido a la investigación, y en su caso, al enjuiciamiento de los hechos. Teniendo en cuenta que el fundamento de la jurisdicción universal es la lucha contra la impunidad, es lógico pensar que, una vez que ésta está siendo mitigada por los tribunales más cercanos al lugar del crimen, la titularidad de aquellos tribunales sobre la investigación y enjuiciamiento debería prevalecer sobre la de terceros Estados. La jurisdicción universal sólo se activaría por tanto de manera subsidiaria cuando el Estado responsable de investigar y enjuiciar crímenes en

su territorio no responde a sus obligaciones nacionales e internacionales. Otra de las razones por las que se alega este principio se basa en la economía procesal y de utilización de recursos. Parece evidente que el Estado del territorio de la comisión de los crímenes tenga más facilidad para investigar y enjuiciar los hechos debido a la localización de las pruebas, las víctimas, los testigos e incluso los responsables.

Principio de concurrencia

El principio de subsidiariedad entra en conflicto con el de concurrencia, que enuncia la facultad de todos los Estados para investigar y enjuiciar los mismos hechos de manera concurrente, es decir, de forma simultánea. De este modo, un crimen cometido en un país podría ser objeto de investigación y juicio por ese mismo país (por principio de territorialidad) y por otros tantos (por jurisdicción universal). Lo único que se necesitaría es que por razón de la materia estuviéramos ante crímenes internacionales. Los fundamentos de esta postura se basan, en primer lugar, en la no prohibición de investigar de manera concurrente en derecho internacional. Además, tampoco existe ningún tratado que disponga una prioridad de jurisdicciones. Finalmente, lo que pretende la postura que promueve el principio de concurrencia es evitar que la jurisdicción de un Estado sea utilizada de manera fraudulenta prestándose a una farsa procesal que exonere de responsabilidad penal al presunto culpable o que en su caso dilate el proceso en el tiempo injustificadamente.

Si los principios de subsidiariedad y concurrencia suelen utilizarse en el contexto de conflicto de jurisdicciones a nivel horizontal entre Estados, el de supremacía y complementariedad dan respuesta a una posible colisión de jurisdicciones de manera vertical, entre tribunales internacionales y nacionales.

2. Conflicto vertical (entre Estados y tribunales internacionales)

Principio de supremacía

El principio de supremacía hace primar de manera absoluta la jurisdicción de los tribunales de naturaleza internacional sobre aquéllos de carácter estatal. Con esta premisa, la jurisdicción (basada en cualquiera de los principios clásicos o de jurisdicción universal) de un Estado podría activarse y desarrollarse siempre que un tribunal internacional no exprese su interés ni se declare competente sobre ese mismo hecho. Si eso ocurriera, los tribunales de todos los Estados que han tomado la iniciativa de instruir y juzgar tendrán que interrumpir su proceso en favor del tribunal internacional.

El fundamento de este principio se puede encontrar en la propia naturaleza internacional y convencional del tribunal supraestatal. Si los Estados miembros de una organización internacional han optado por crear una instancia superior, es de entender que dicho órgano jurisdiccional prime en el enjuiciamiento de los crímenes propios de su competencia con respecto a otros Estados. Este principio encuentra cabida, al menos, en la relación entre tribunales nacionales y tribunales internacionales *ad hoc*. Esto es así cuando lo contempla de forma explícita el estatuto de creación de cada tribunal internacional constituido *a posteriori*. Es el caso, por ejemplo, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda²⁹ y del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.³⁰

Principio de Complementariedad

El principio de complementariedad representa la interpretación opuesta en relación con la colisión de competencias entre tribunales internacionales y nacionales. En este caso, la función del tribunal internacional es la de complementar a las jurisdicciones nacionales siempre y cuando aquéllas no puedan o no quieran proceder a la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales. La razón que subyace es la realidad fáctica de que la Corte Penal Internacional (que no recoge en su Estatuto de Roma el principio de supremacía) no puede hacerse cargo, por la disposición de recursos materiales limitados, de todos los casos de crímenes internacionales. Por eso se propone una visión complementaria entre ambos niveles, el nacional y el internacional. En principio, todos los Estados miembros de Naciones Unidas están llamados a luchar contra la impunidad y a aplicar el derecho penal internacional. Es por eso que la competencia de la Corte Penal Internacional tan sólo debería activarse cuando ese primer mandato de todos los Estados haya sido incumplido por falta de voluntad o capacidad. La Corte Penal Internacional complementa así la lucha contra la impunidad imputable a los propios Estados.³¹

Armonización de estos principios en la práctica

Estos cuatro principios pretenden dar respuesta a los conflictos de jurisdicción a dos niveles: horizontal (entre Estados): subsidiariedad *versus* concurrencia; y vertical (Estados y tribunales internacionales): supremacía *versus* complementariedad. Aunque en principio parezcan opuestos, no son irreconciliables.

El **principio de subsidiariedad** cobra especial sentido al favorecer al Estado donde se cometió el crimen en cualquiera de las fases del proceso de enjuiciamiento, siempre y cuando de sus acciones se desprenda la existencia de un juicio efectivo conforme a los estándares internacionales. El **principio de concurrencia** entrará en juego siempre en la fase de investigación, por lo que puede terminar convirtiéndose en una efectiva cooperación judicial entre Estados, ya que las investigacio-

nes concurrentes no se detendrán hasta que un Estado inicie el enjuiciamiento en fase oral. El **principio de supremacía** debe respetarse cuando así se desprenda de los Estatutos de creación de tribunales internacionales *ad hoc*. Sólo si así se ha decidido de manera expresa por la comunidad internacional. En su defecto prevalece el **principio de complementariedad**. Es el caso de la Corte Penal Internacional con respecto a tribunales nacionales. Si un tribunal nacional ejerce la jurisdicción universal en la investigación o enjuiciamiento de un hecho delictivo, no podrá inhibirse por caer, *prima facie*, dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional. Esto es así ya que del Estatuto de Roma se destila la idea de que el objetivo de la Corte es investigar y juzgar los casos siempre que los Estados no puedan o no quieran, es decir, que complementa la labor de los tribunales nacionales. ○

Cuadro IV			
Principios que resuelven la colisión de jurisdicciones			
Niveles	Principios	Casos de aplicación	Fundamento
Horizontal (entre Estados)	Subsidiariedad	1) prima el Estado del territorio donde se ha cometido y 2) la jurisdicción que comience antes de un enjuiciamiento efectivo	<ul style="list-style-type: none"> • Facilidad de investigar y juzgar dentro del propio Estado donde se cometieron los hechos. • Economía de recursos. • Evitar la multiplicidad de procesos simultáneos.
	Concurrencia	Durante la investigación	<ul style="list-style-type: none"> • No prohibición o norma internacional que prime a una jurisdicción sobre otra. • Efectividad en la lucha contra la impunidad. • Cooperación judicial internacional.
Vertical (Estados y tribunales internacionales)	Supremacía	Con respecto a tribunales internacionales <i>ad hoc</i> según su propio Estatuto	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 8.2 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. • Art. 9.2 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para antigua Yugoslavia. • Art. 4 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano. • Art. 8 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.
	Complementariedad	Con respecto a la Corte Penal Internacional	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 1 y Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

LAS COMUNIDADES INDÍGENAS COMO COLECTIVO

El debate sobre la existencia de grupos específicos al referirnos a la atribución de derechos humanos es antiquísimo. Desde las primeras aproximaciones a los derechos humanos se han encontrado críticas a entender que los grupos pueden gozar de derechos. Lo cierto es que la característica fundamental de los derechos humanos es su atribución a todos los seres humanos, por encima de los reconocimientos que sus Estados les hagan en sus ordenamientos jurídicos, como elemento común denominador de toda la humanidad. Su esencia podría estar vinculada así a los seres humanos como individuos, por lo que no entrarían a proteger a grupos o colectividades de esos humanos, ya que su reconocimiento sería a cada uno de ellos individualmente.

Algunos autores minoritarios afirman que un grupo humano no existe como tal y no puede ser titular de ningún derecho humano, entendiendo que son los individuos únicamente los titulares de derechos.³² Otros entienden que si bien existen derechos colectivos, hay que determinar bien qué derechos y qué grupos, colectividades o minorías.³³ Aunque lo cierto es que la gran mayoría de la doctrina admite la existencia de derechos colectivos reconocidos a los grupos humanos.³⁴

Como afirma Hannum al reconocer el carácter colectivo de determinados derechos:

Los derechos humanos se organizan en sociedades, y algunos de estos derechos pueden considerarse como puramente "individuales". Como se señala más adelante, los derechos a la religión, la educación, y el lenguaje en general, tienen sentido solo si pueden ser ejercidos de acuerdo con otros. Derechos 'políticos', como el derecho a participar en el gobierno y la autodeterminación, presumen la existencia de una colectividad.³⁵

En esta misma línea Brownlie recuerda que desde el derecho internacional se produce una protección específica de los grupos:

No es necesario que exista un divorcio entre los derechos humanos de los grupos, por un lado, y los individuos, por el otro. Las garantías y normas que rigen el tratamiento de los individuos tienden, por su énfasis en la igualdad, a proteger a los grupos [...] Los derechos de los grupos han llegado a ser particularmente importantes en relación con el principio, o derecho, de autodeterminación.³⁶

Por lo tanto, **los pueblos indígenas son sujetos propios de protección**, al margen de la protección individual de cada uno de sus miembros, como comunidades con identidad colectiva propia. De esta forma, el derecho penal internacional tutelaré de forma específica a estos grupos contra las agresiones que puedan sufrir como colectivo.³⁷

Si se analiza el derecho penal internacional veremos que está lleno de referencias a los grupos como bien jurídico protegido. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 recoge en su artículo 2 que “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, recogándose entre los hechos delictivos que conforman el tipo de genocidio una categoría de gravísimas violaciones de derechos humanos siempre que atenten contra el grupo.³⁸ Es decir, la protección se realiza sobre un grupo humano, identificado como colectivo por cuestiones raciales, religiosas, étnicas o nacionales, al que se le atribuyen derechos.

Pero no se trata de la única norma de derecho penal internacional que tiene como sujeto de protección a los grupos. Para aquellos casos en que el ataque no tenga la voluntad de exterminio que informa el genocidio, o el grupo que se ataque se haga por cuestiones políticas, los hechos serán constitutivos de crímenes contra la humanidad. Según el Estatuto de la CPI de 1998 en su artículo 7, son crímenes contra la humanidad el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otras graves violaciones, “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. En concreto, el artículo 7.1.h) tipifica los casos de persecución, sobre la base de la protección de los grupos identitarios, entendidos en forma tan amplia que incluye incluso a aquellos que se forman sobre cualquier lazo de identidad, sancionando la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género [...] u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”. En el mismo artículo, en su numeral 2, se continúan tipificando conductas que son atentatorias contra los grupos, como el exterminio, entendiéndolo como hechos “encaminados a causar la destrucción de parte de una población”, o la “deportación o traslado forzoso de población”, o describiendo la persecución como “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”, o señalando que el “apartheid” será entendido como los cometidos “en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

En los anteriores casos, cuando esos crímenes se cometan en el contexto de un conflicto armado, serán conformadores también de crímenes de guerra, ya se trate de un conflicto internacional o un conflicto interno, por lo que en el marco de una represión contra un grupo,

cuando este se defiende y se genere un enfrentamiento, también entrarán en juego estos crímenes internacionales.

De hecho, incluso podríamos afirmar que la categoría de crímenes internacionales, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, tienen casi en exclusiva como sujeto de protección a los grupos humanos, ya que estos crímenes exigen sistematicidad y ataque generalizado contra un grupo, por lo que son principalmente protectores de comunidades, entendidas por motivos de religión, etnia, racial o religioso como en el caso de genocidio, o por motivos más diversos como los vínculos políticos de ese grupo como en el caso de los crímenes contra la humanidad.³⁹

Por ello, los grupos indígenas, al tratarse de colectivos humanos unidos por determinados aspectos étnicos, religiosos o culturales, son en sí mismos sujeto de protección de graves violaciones de derechos humanos, perseguibles por jurisdicción universal.

La comisión de crímenes internacionales contra ellos, al configurar el elemento objetivo del genocidio (grupo humano por cuestiones raciales, étnicas, religiosas o nacionales) conformarían normalmente el crimen de genocidio y sería perseguible bajo el principio de jurisdicción universal. Pero, en el caso de que no se pudiera determinar el segundo elemento, el de la voluntad de exterminio, dichos crímenes sistemáticos se convertirían en crímenes de lesa humanidad, y por ello, también perseguibles por medio de la jurisdicción universal.

Por todo lo anterior, en el caso en que se produzcan ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas sistemáticas, esclavitud, deportaciones, traslados forzados, y otros graves crímenes contra comunidades indígenas, estaríamos ante delitos que no pueden quedar impunes, por lo que los operadores jurídicos pueden acudir a la jurisdicción de terceros Estados para su tutela. ○

CASOS DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL CON VÍCTIMAS INDÍGENAS

Dado que los pueblos indígenas, por su especial condición de grupo, son víctimas potenciales de crímenes internacionales, algunos casos ya han sido denunciados e incluidos en la instrucción de procesos abiertos por jurisdicción universal.

La jurisdicción universal tiene efectos que trascienden al propio juicio y condena del acusado, por lo que muchos de estos casos han servido para hacer reaccionar al Estado del territorio en que se cometieron los crímenes de forma, consiguiendo que sus tribunales internos inicien su propia lucha contra la impunidad.

En este contexto podemos citar tres casos donde el componente indígena ha sido incluido durante procesos abiertos con base en la jurisdicción universal, como los casos de Pinochet y la comunidad mapuche o los Maya en Guatemala, ambos ante la jurisdicción española, así como los aché del Paraguay ante los tribunales argentinos.

A. Pinochet y la comunidad mapuche

Resumen del caso

El llamado caso Pinochet consistió en la instrucción y solicitud de extradición por los crímenes cometidos durante la dictadura del General Augusto Pinochet en Chile entre 1973 y 1990. Después de un golpe de Estado el 11 de septiembre de 1973 contra el gobierno democrático de Salvador Allende, Augusto Pinochet prolongó su gobierno dictatorial durante diecisiete años. Durante dicho régimen se sucedieron innumerables crímenes contra la población civil como torturas, desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales. Entre sus víctimas estaban, no sólo la oposición política, sino también ciertos grupos caracterizados por elementos étnicos o manifestaciones religiosas comunes, entre ellos los mapuches.

Ante la impunidad generalizada en Chile, en marzo y julio de 1996, la Unión Progresista de Fiscales presentó en la Audiencia Nacional de España sendas denuncias contra los responsables de las desapariciones de miles de personas durante las dictaduras de Chile y Argentina. El juez Baltasar Garzón, desde el Juzgado Central de Instrucción número Cinco investigaba los crímenes de la dictadura argentina que se componía de diversas piezas, entre ellas las

relativas a los delitos cometidos en el marco de la Operación Cóndor que también involucraba a Chile.

En octubre de 1998, Augusto Pinochet, que ostentaba el puesto de senador vitalicio, viajó a Londres en el contexto de una visita de carácter privado. Aprovechando esta circunstancia, el 16 de octubre de 1998, el juez Baltasar Garzón emitió una orden de detención internacional con fines de extradición contra aquel por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas. Desde ese momento comenzó un largo viaje jurídico que duraría quince meses. España confirmó su competencia y jurisdicción. El 10 diciembre de 1998, el juez Baltasar Garzón emitió su auto de procesamiento en el que se incluían todos los indicios que hacían referencia a los crímenes internacionales cometidos durante la dictadura, también aquellos contra los mapuches.

A Reino Unido se le planteó entonces la cuestión del reconocimiento o no de la inmunidad de Pinochet como ex jefe de Estado. La resolución judicial final se inclinó en contra de tal reconocimiento y a favor de la extradición. No obstante, esta decisión debía ser confirmada por el gobierno británico, el cual, antes de que concluyera el proceso (la extradición se concedió finalmente en octubre de 1999) tomó la decisión política de permitirle regresar a Chile por su presunto precario estado de salud.

Inclusión del pueblo indígena

El referido auto de procesamiento de 10 de diciembre de 1998 dedica varios puntos a la persecución, desaparición y ejecución de mapuches. Según el mismo, el régimen también persiguió la eliminación parcial de indígenas mapuches observándose mayor crueldad en el trato de éstos con respecto a otras víctimas de la dictadura.⁴⁰ Se aplicó pues un sistema de eliminación, muerte y desaparición, así como especiales dosis de crueldad en razón de su raza buscando evitar la consumación o realidad de las reivindicaciones de terrenos que venían defendiendo desde hacía siglos y que con el Gobierno de Salvador Allende obtuvieron a través de la reforma agraria.

Conviene resaltar el análisis introductorio que el auto se esfuerza en hacer sobre los mapuches: este pueblo indígena constituye una tribu amerindia de los araucanos, localizada entre los Ríos Bio-bío y Tolkén, y de antigüedad ancestral que tradicionalmente se ha dedicado a la agricultura, el pastoreo de llamas y la recolección. La palabra mapuche significa “pueblo de la tierra” (Mapu-, tierra y “-che”, Pueblo). Principalmente habitan en el centro de la zona sur de Chile y la integran más de medio millón de personas diseminadas por comunidades rurales y áreas urbanas del país. Además, los indígenas mapuches tienen lengua, religión propia y una forma tradicional de propiedad comunal de la tierra que constituye su identidad y esencia de vida.

Este pueblo que a lo largo de los siglos y desde la llegada de los españoles en el siglo XVI había sido expoliado y al que se le habían arrebatado la mayoría de sus tierras, ve cambiar su situación con el programa de reforma agraria iniciado y desarrollado por el Gobierno de Salvador Allende, que permite la recuperación de parte de esas tierras y consigue con ello unas condiciones de vida, salud y educación más dignas, finalidad perseguida por la Ley 17.729 de 1972 que se proclamó a tal efecto. En esta situación, cuando la Junta Militar consuma el Golpe de Estado, una de sus prioridades fue suprimir cualquier posibilidad de consolidación de esta tendencia de apoyo y progreso a la identidad indígena, por lo que se decide yugularla, matando, y/o haciendo desaparecer a numerosos jefes activistas y campesinos por razón de su pertenencia a esa etnia, llegando hasta un número aproximado de 300 personas, torturando a éstos antes de su muerte o antes de ser puestas en libertad, obligándoles a abandonar su tierra y estilo de vida e incluso a abandonar el propio país. Posteriormente, con el Decreto Ley 2568 dictado por la Junta Militar en marzo de 1979 se reestructura la división de las tierras de los indígenas, acabando así con las conquistas de estos y generando aún más opresión.⁴¹

El auto recoge además una lista con 112 víctimas del pueblo mapuche. Incluye sus nombres y otros datos personales que de forma sucinta permite identificarlos y dar una escueta información sobre las circunstancias en que desaparecieron, fueron torturados o ejecutados.

Finalmente, en los razonamientos jurídicos del auto de procesamiento de 10 de diciembre de 1998 se reconocen los elementos extraíbles a lo largo de la exposición de hechos como subsumibles en el crimen de genocidio:

se ha descrito [...] la existencia de un presunto delito de genocidio por razones étnicas. En efecto la Tribu o pueblo araucano de los mapuches tiene una identidad étnica propia con cultura, religión, lengua y costumbres propias y diferenciadas de la configuración moderna de la sociedad. Esa diferencia ha sido reconocida legalmente como parte de la cultura indígena amerindia y por tanto con derecho, reconocido por los Organismos Nacionales e Internacionales, a una propia existencia que no puede ser atacada en ninguno de sus aspectos y, que si lo es a través de alguna de las formas previstas en el Convenio contra el Genocidio y el artículo 607 del Código Penal, da lugar a la conducta generalmente reprochable que aquí se enjuicia. La agresión al pueblo mapuche no es ni casual ni puede diluirse en cualquiera de los grupos anteriores que se han descrito (autogenocidio o por motivos ideológicos) sino que tiene una identidad propia y [...] se produce con mayor intensidad por su pertenencia a ese grupo étnico, con el fin de romper su forma de vida, eliminando la distribución de tierras y propiedades y obligando a la dispersión de parte de sus miembros o simplemente eliminándolos.

Cabe resaltar tres puntos de interés en este auto que ofrece pistas en la utilización de la jurisdicción universal como mecanismo de protección de pueblos indígenas:

1. La inclusión de todo un contexto histórico, político y cultural que permite conocer y entender mejor los hechos acontecidos y los elementos propios que caracterizan a la comunidad indígena.
2. Un exhaustivo listado de nombres de víctimas que forman parte de ese pueblo originario y que padecieron las consecuencias de una política criminal y de terror.
3. La subsunción de dichos elementos en posibles tipos penales, inclusive el de genocidio, como crimen internacional reconocido en el derecho internacional convencional y consuetudinario.

Como vemos, los crímenes cometidos contra el pueblo mapuche, impunes en Chile por la falta de voluntad investigadora que precedió a la caída del régimen, fueron investigados con base en la competencia de jurisdicción universal que los tribunales españoles ejercieron. Esta iniciativa judicial, si bien no concluyó con la condena de Pinochet en España, sí que permitió la ulterior apertura de causas penales en Chile, la difusión de la tragedia sufrida por el pueblo mapuche, una primera investigación y análisis jurídicos y el cambio de rumbo en cuanto a la política anterior de mantenimiento de la impunidad.

B. Guatemala y el Genocidio Maya

Resumen del caso

El conflicto bélico que asoló a Guatemala se prolongó desde 1960 hasta 1996, momento en que se consiguió el Acuerdo de paz firme y duradera. Las estructuras sociales, la injusticia y la desigualdad heredadas de la época colonial se perpetuaron después de la independencia y fue el caldo de cultivo en el que explotó la violencia y el conflicto armado. Los diferentes gobiernos militares se iban sucediendo en el poder invirtiendo toda su energía en sofocar de manera violenta las demandas de justicia social y reparto más equitativo de la tierra y las riquezas, generando décadas de atroces crímenes.

La premio nobel de la paz guatemalteca y víctima directa del conflicto interno de Guatemala, Rigoberta Menchú, presentó en España su denuncia el 3 de diciembre de 1999 con base en el principio de jurisdicción universal.⁴² Por el auto de 27 de marzo de 2000 la Audiencia Nacional admitió a trámite la denuncia, iniciando así el procedimiento penal. Aunque la postura de la Fiscalía fue decididamente obstruccionista desde el principio, en 2005 una sentencia histórica del Tribunal Constitucional de España blindaba la interpretación absoluta y concurrente de la jurisdicción universal. A pesar de las sucesivas modificaciones de la ley reguladora de la competencia de los tribunales españoles, el caso sigue abierto hoy en España.

Inclusión del pueblo indígena

La denuncia señalaba una serie de hechos delictivos por los que se acusaba al Gobierno Guatemalteco, entre otros, de terrorismo y genocidio. Los tres puntos más relevantes del escrito de denuncia en que se basaban las acusaciones eran el asalto de la Embajada de España en 1980, los parientes directos de Rigoberta Menchú que fueron víctimas de la represión del régimen y las masacres contra los pueblos indígenas del triángulo ixil.

El Quiché es un departamento guatemalteco situado en el noroeste del país. Fue uno de los territorios que más sufrió las consecuencias de la guerra civil, especialmente en el Triángulo Ixil y el municipio de Ixcán. El denominado Triángulo Ixil lo configura la extensión de terreno delimitado por los pueblos de Santa María de Nebaj, de San Gaspar Chajul y de San Juan Cotzal. Toda esta área está poblada por una mayoría maya, pueblo originario de la región.

Al gobierno genocida de Ríos Montt, que se mantuvo en el poder entre 1982 y 1983, se le señalaba como responsable de la muerte de más de 29.000 ixiles desplazados de sus hogares y 1.771 personas asesinadas en 11 de las 626 masacres documentadas. Esto conllevó la destrucción significativa de ese grupo étnico.⁴³

Por otro lado, existe además un enfoque en esta causa relativa a los crímenes de género. En el periodo que va entre 1979 y 1986 las agresiones sexuales contra las mujeres mayas en Guatemala se incrementaron exponencialmente. Sus perpetradores eran miembros del Estado y paramilitares que entre sus tácticas de persecución recurrían a la agresión y esclavitud sexual. Los estudios cuantifican hasta 1.465 violaciones, en casi su totalidad, de ascendencia maya. Un 35% de ellas no alcanzaban la mayoría de edad. Esos crímenes de género consistían en conductas generalizadas y sistemáticas destinadas a acabar con la población maya, no sólo a través del exterminio físico, sino también mediante el quebrantamiento de su estructura social.⁴⁴

Consecuencias de la apertura del proceso en España

El proceso en España del caso Guatemala introdujo una serie de innovaciones en la defensa y protección de pueblos indígenas, así como en la lucha contra la impunidad de los crímenes que contra ellos atentan. Se trata de una denuncia que gira prácticamente en exclusividad en torno a los crímenes contra los pueblos indígenas de Guatemala. El elemento indígena no es una facción más de los múltiples crímenes cometidos por un régimen autoritario contra la población civil. Por el contrario, aquí se trata del punto central alrededor del cual se plantea todo el escrito de denuncia. La denuncia de Rigoberta Menchú también incluye una extensa referencia al contexto histórico, político y cultural desde antes de 1960 hasta 1996. Se incluye



Imagen del juicio al general Efraín Ríos Montt, Guatemala. Foto: Sandra Sebastián/Plaza Pública. 2003

además una visión de género en la comisión de los crímenes ampliando la visión tradicional del genocidio.

Por otro lado, aunque el caso no haya concluido en España (debido a la reiterada negativa a colaborar por parte de las autoridades guatemaltecas), sí que tuvo una serie de consecuencias positivas. Permitió reabrir el debate sobre la impunidad en Guatemala y la conveniencia de iniciar procesos judiciales contra los presuntos culpables de crímenes internacionales como genocidio o lesa humanidad. El ejemplo más evidente de esta tendencia es el enjuiciamiento del ex dictador Efraín Ríos Montt.

C. Paraguay – El caso aché

Los crímenes de la dictadura

Los aché son una comunidad indígena que residía desde tiempos ancestrales en la región oriental de Paraguay. Este grupo indígena estaba compuesto por cazadores-recolectores nómadas sin sedentarizar, desplazándose por los bosques vírgenes como “modus vivendi” ancestral. De esta forma, residían en unas tierras que consideraban propias y sobre las que tenían derechos históricos.

Los aché no habían tenido contacto con el resto del país. Pero durante los años 60 el régimen paraguayo comenzó una política de expansión de carreteras hacia regiones del país que todavía eran vírgenes. Se crearon carreteras que comunicaban la capital paraguaya con la región oriental, abriéndose los bosques en los que residían los aché. A esta expansión de infraestructuras le acompañó un creciente desarrollo económico del país, principalmente en el sector agroganadero o la explotación de madera. Fue así como se comenzó a generar una actividad productiva en los bosques de esa región oriental, sobre todo debido a las nuevas comunicaciones que permitían el transporte de esa producción desde las nuevas fincas que se establecían en la zona boscosa aché, hasta la capital del país. Esta nueva actividad conllevó una injerencia en las tierras de unos aché que nunca habían sido contactados y que comenzaban a resultar incómodos para los colonos.

El conflicto con la comunidad indígena estalló porque los aché continuaban con su estilo de vida nómada y circulaban libremente por los bosques, entrando en las nuevas fincas que se habían establecido e incluso atacando en ocasiones el ganado de las estancias. En su esquema vital ancestral no se conocían las estructuras de propiedad privada que comenzaban a establecerse en su territorio. En ese momento, ante las protestas de propietarios, agricultores y ganaderos de la zona, se decidió llevar a cabo desde los poderes públicos una política de sedentarización forzada.

El Departamento de Asuntos Indígenas, dependiente del Ministerio de Defensa, estableció en 1968 la Colonia Nacional Guayakí.⁴⁵ El objetivo era trasladar a esa colonia todos los aché de los bosques para acabar con el problema que estaban generando a los propietarios de la zona. Para ello, el Ejército y algunos terratenientes de la región diseñaron operativos de cárceles de achés con la finalidad de concentrarlos a la fuerza en la Colonia.

Tal y como relataron los testigos de la época, durante los primeros años de la década de los 70 se llevó a cabo una campaña en la que se produjeron asesinatos, capturas masivas, venta de niños para el *criadazgo*, mano de obra esclava para las estancias cercanas, prostitución, traslados forzosos masivos y demás graves violaciones a los derechos humanos dentro de aquel proceso de sedentarización, con el traslado de los aché a la Colonia Nacional Guayakí, donde continuaron muriendo, documentándose incluso denegación de alimentos y medicamentos.⁴⁶ Como consecuencia de estas prácticas la población aché disminuyó considerablemente, sufriendo una merma poblacional que se estima pudo afectar a la mitad de toda la comunidad.⁴⁷

Durante los años 70, a raíz de la primaria denuncia realizada por IWGIA, a través del antropólogo Mark Münzel,⁴⁸ se produjeron múltiples acciones internacionales en orden a denunciar lo sucedido con la comunidad aché.⁴⁹ Concretamente los hechos se elevaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1974, procediendo a abrirse el caso 1802



Indígena Aché capturado en 1972 – Foto. A. Kohmann

el 17 de diciembre de 1974. Posteriormente, se dictó en 1977 resolución donde se decidía “Solicitar al Gobierno sancionar, de acuerdo con las leyes paraguayas, a los responsables de los hechos denunciados”,⁵⁰ sin que el Estado paraguayo procediera penalmente contra los autores. Además, con referencia a estos hechos se abrió el Procedimiento Confidencial 1503 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al que estuvo sometido Paraguay entre los años 1977 y 1990 en relación a la situación de los derechos humanos en el país, y donde se reportaron diversos informes de los padecimientos de la comunidad aché,⁵¹ sin que desde el Estado paraguayo se abrieran causas penales en relación a los hechos.

Tras la caída de la dictadura en 1989, el país vivió un proceso de transición democrática que no siempre conllevó una efectiva investigación de los crímenes cometidos durante el largo periodo dictatorial. Ante esta situación de impunidad generada, como respuesta a la presión ejercida por diversas instancias internacionales se consiguió aprobar en 2003 la Comisión

Verdad y Justicia, cuya finalidad era investigar las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura, determinar a sus responsables y dar traslado a los poderes públicos para su efectiva persecución. La Comisión Verdad y Justicia terminó sus trabajos en 2008, dedicando gran parte de sus investigaciones a los crímenes cometidos contra la comunidad aché. Incluso se llegó a realizar una Audiencia Pública en el Congreso Nacional donde se expusieron los terribles testimonios de los aché supervivientes en julio de 2008. Sin embargo, tras el traslado de las conclusiones de la Comisión Verdad y Justicia, la Fiscalía de Paraguay hizo caso omiso y no procedió a abrir investigaciones sobre los hechos referentes a los crímenes sufridos por los aché, sin investigar entre otros casos la desaparición de niños que seguían conformando un delito continuado ya que sus familias seguían reclamándolos.

La querrela ante las autoridades argentinas

Como consecuencia de esta falta de acción judicial las víctimas paraguayas decidieron presentar una querrela ante los juzgados argentinos, con base en el principio de jurisdicción universal, el 6 de agosto de 2013. Entre los querellantes se encontraba Margarita Mbywangy, líder aché que había sido vendida de niña a una familia que la sometió a régimen de servidumbre doméstica hasta que pudo escapar y regresar con su comunidad.

Se abrió por parte del Juzgado Federal número Cinco de Argentina la Causa 7300/2013, en la que se presentó posteriormente, el 8 de abril de 2014, la Federación Nativa de Pueblos aché como querellante dentro de la causa por los crímenes de la dictadura paraguaya, en lo referente a los crímenes cometidos contra su comunidad. Los hechos denunciados fueron tipificados por los querellantes como genocidio o lesa humanidad, atendiendo a la necesidad de investigar si verdaderamente hubo una voluntad de exterminio o si esos crímenes se cometieron únicamente con la intención de expulsarlos de sus tierras y sedentarizarlos.

Desde que se presentara la causa en Argentina el Juez Federal, Norberto Oyarbide, ha exhortado a Paraguay en repetidas ocasiones reclamándole información en relación a si los órganos jurisdiccionales del país están llevando a cabo investigaciones sobre los hechos denunciados ante su juzgado a través de jurisdicción universal. La colaboración de las autoridades paraguayas ha sido mínima y la causa se encuentra abierta en estos momentos. ○

APLICACIÓN PRÁCTICA

1 - Preparación de la querrela o denuncia

a. Reconocimiento de la comisión de un crimen internacional

El primer paso para comenzar con la acción penal es determinar la subsunción de los hechos cometidos en el tipo penal adecuado. Ante la constatación de la comisión de hechos delictivos contra una comunidad indígena, habrá que determinar la calificación penal de esos hechos, con vistas a ser capaces de encauzar la acción penal de manera adecuada. Sin embargo, la simple constatación material de los hechos, con un buen relato de los mismos, soportado con material probatorio suficiente y sólido debería ser suficiente para comenzar un reclamo penal, ya que la calificación final de aquellos presuntos actos delictivos recaería posteriormente en las autoridades encargadas de la instrucción del proceso, ya sean jueces instructores o fiscales investigadores, atendiendo al modelo procesal concreto. No obstante, sería deseable que el operador jurídico que pretenda comenzar la acción penal en defensa de esa comunidad sea capaz de realizar un análisis profundo de los hechos que consiga determinar el tipo penal en el que encajan esas violaciones. Para ello, es determinante realizar una acertada valoración de los elementos objetivo y subjetivo.

Elemento volitivo o subjetivo

Como advertimos en la descripción de los tipos penales de los considerados como crímenes internacionales (principalmente crímenes contra la humanidad y genocidio), el elemento subjetivo, es decir, la intención o voluntad del perpetrador es determinante para la tipificación del hecho. Se trata de dilucidar con claridad cuál era la intención del criminal, la voluntad que motivó el crimen. Al derecho penal internacional no le es ajena la intención que provocó la comisión de esos hechos, ya que ha establecido diferentes consecuencias jurídicas atendiendo al móvil del autor.

La comisión de graves violaciones a los derechos humanos como las matanzas, las lesiones graves a la integridad física o mental, el sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir

nacimientos o el traslado por fuerza de niños, cuando son cometidos contra un grupo por cuestiones raciales, étnicas, religiosas o nacionales, son conformadoras del tipo penal de genocidio. Sin embargo, para que se trate de genocidio debe realizarse por parte del criminal con una voluntad de exterminio total o parcial. Es decir, si esos hechos se producen sin la voluntad de exterminar a ese grupo, los hechos podrían pasar a calificarse de crímenes contra la humanidad, lo que no significa una menor consideración penal, pero sí la tipificación como crimen distinto. De esta forma, el genocidio sería un delito de intención, y no de resultado, ya que la voluntad de exterminio es lo que conforma el crimen, sin la necesidad de que se produzca efectivamente ese exterminio. Para acreditar que los hechos son conformadores de genocidio es necesario que se produzcan las conductas atentatorias y que el móvil haya sido exterminar en todo o en parte a ese grupo racial, religioso, étnico o nacional.

Evidentemente el crimen de genocidio plantea enormes dificultades para determinar su elemento subjetivo, ya que implica indagar en el pensamiento generado por el perpetrador. Exigen indagar la voluntad presente en su fuero interno. Tal y como en la aplicación del derecho penal para delitos ordinarios, aquí también urge reconocer la existencia de dolo. La única manera posible de probar la existencia de dicha voluntad es, más allá de las confesiones o testimonios previos (como por ejemplo las declaraciones públicas, discursos o documentos escritos donde se atestiguaba la existencia de un plan concebido en esa dirección como en el caso de *La Solución Final* en relación al pueblo judío), a través de un análisis de la consecución de actos que giran en torno a la comisión del delito y de los que se destilan una clara actitud dirigida en una u otra dirección.

En conclusión, en el caso de que los hechos no cuenten con ese elemento subjetivo de intención de exterminio, o no se pueda probar su existencia, deberán ser reconducidos al tipo penal de los crímenes de lesa humanidad.

Elemento objetivo

Por otro lado, en el ejercicio de subsunción de los hechos determinados en los tipos penales, el siguiente punto a concretar es el elemento objetivo; es decir, el relacionado con las características que han rodeado el hecho delictivo en sí.

Para que estemos ante un crimen de genocidio, esas graves violaciones señaladas deben cometerse contra un grupo racial, religioso, étnico o nacional. En el caso de que el grupo contra el que se cometan esos crímenes tenga otros vínculos conformadores de su especificidad colectiva, como por ejemplo elementos políticos, no estaríamos ante el tipo penal clásico de genocidio. Evidentemente, en el caso de la protección de los derechos de comunidades indígenas, el elemento objetivo siempre estará presente, ya que su característica identitaria

se incluye dentro de la protección del tipo de genocidio. Por ello, en el caso de graves violaciones de derechos humanos cometidas contra comunidades indígenas, el elemento fundamental será el subjetivo, ya que el elemento objetivo estará siempre presente.

En el caso del genocidio al tratarse de un delito de intención en el que el elemento subjetivo conformador exige que se tenga una voluntad de exterminio, no es necesario que exista una sistematicidad en la comisión de esos hechos contra el grupo en cuestión. Un solo crimen de los señalados como objeto del genocidio, con la intención de exterminio sería válido para su consideración como genocidio.

Sin embargo, en lo referente a los crímenes de lesa humanidad, para que esos hechos descritos se consideren bajo este tipo penal es necesario que se cometan de manera sistemática o generalizada. Se trata de acreditar que se han realizado de manera repetida y extendida, atendiendo además a un diseño y planeamiento conjunto en la comisión de los mismos. La sistematicidad y el carácter generalizado del ataque no precisan aparecer unidos. Basta con que se reconozca uno de ellos para alegar la existencia de un crimen de lesa humanidad. Así pues el **ataque generalizado** podría definirse como un acto a gran escala, masivo y frecuente llevado a cabo de manera colectiva conllevando una gravedad considerable y dirigido contra una multiplicidad de víctimas.⁵² El **elemento sistemático** sin embargo ha sido abordado por la jurisprudencia internacional como aquel presente en un ataque minuciosamente organizado y que sigue un patrón en base a una política común que implique recursos públicos y privados. Dicha política no requiere haber sido adoptada de manera formal como política de Estado. No obstante, sí debe haber un cierto plan preconcebido o política de actuación.⁵³

Si los hechos descritos son constitutivos de tortura o desaparición forzada, pero no tienen el carácter de sistemáticos, igualmente podrían ser perseguibles por jurisdicción universal, pero no bajo el tipo penal de crímenes de lesa humanidad, sino bajo el específico y singular del delito de tortura o desaparición forzada de personas. En este último caso no sería preciso alegar el elemento identitario propio de los pueblos indígenas.

b. Elección de los tribunales competentes

Es necesario que el operador jurídico en defensa de los derechos de la comunidad indígena víctima elija la jurisdicción nacional más viable para el ejercicio del principio de jurisdicción universal. Si bien la gran mayoría de los Estados ejercen algún tipo de jurisdicción penal extraterritorial, algunos países se han demostrado más proclives a su aplicación, manteniendo una notoria actividad en materia de jurisdicción universal. Sin embargo, para otros es una figura que jamás ha sido activada por sus tribunales. La elección del país en el que presentar

la acción es probablemente el ejercicio de análisis más determinante que debe realizar el operador jurídico que desea comenzar una causa con base en la jurisdicción universal.

Evidentemente, al margen del reconocimiento o no de la normativa de competencia jurisdiccional universal por parte de un país, el punto fundamental es dirigirse a aquellos países que ya hayan ejercido la jurisdicción universal y cuenten con tribunales con experiencia en la materia. El hecho de dirigirse a autoridades judiciales conocedoras de la necesidad de proveer tutela universal de estas graves violaciones, es garantía de que la acción será evaluada bajo un criterio técnico y con el conocimiento necesario en una materia tan sensible.

En ocasiones, una práctica usual por muchos operadores jurídicos ha sido la de sumar acumulativamente otros vínculos de conexión con los hechos a los tribunales en los que se han presentado estas causas. Si bien la jurisdicción universal es título competencial suficiente para conocer de estos crímenes, simplemente por razón de la materia, se han utilizado otras conexiones para soportar aún más la competencia de esos tribunales. Por ejemplo, argumentar que los hechos delictivos en algún momento de su ejecución se produjeron en territorio de ese país, reclamando también conexión territorial; o establecer un vínculo de conexión personal activo, por ser alguno de los perpetradores nacionales de ese país; o reclamar una conexión personal pasiva, al encontrarse entre las víctimas nacionales de esa jurisdicción.

c. El ejercicio de la jurisdicción universal desde los Estados

La jurisdicción universal viene haciéndose efectiva desde largo tiempo atrás.⁵⁴ Pero fue a partir de los años 90 cuando adquirió mayor notoriedad. Desde entonces se ha venido ejerciendo por parte de los tribunales de muchos Estados como una efectiva forma de luchar contra la impunidad de aquellos crímenes internacionales que quedarían sin investigar y juzgar si se sometieran en exclusividad al principio de territorialidad del país donde se cometieron.

En la actualidad, el ejercicio de la jurisdicción universal ha sido recogido en la legislación de muchos países. Se trata, sólo por citar algunos ejemplos, del caso de España (art. 23.4 LOPJ, hasta su reciente y restrictiva reforma de 2014), Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999 extendiendo la jurisdicción universal al genocidio, aunque restringida considerablemente en 2003), Portugal (art. 5.2 CP), Suiza (art. 6 bis CP), Dinamarca (art. 8.5 CP), Finlandia (art. 7 CP), Suecia (mediante su Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP), Austria (art. 64 CP), Alemania (art. 6.9 CP), Rusia (art. 12.3 CP), Bolivia (art. 1.7 CP), Brasil (art. 7 CP), Guatemala (art. 5.5 CP), Panamá (art. 10 CP), Honduras (art. 5.5 CP), México (art. 6 CP), Perú (art. 2 CP), Uruguay (art. 10.7 CP), Etiopía (art. 17.1 CP), Nueva Zelanda (International Crimes and Interna-

tional Criminal Court Act), India, Kenia, Malasia y Nigeria (a través de la incorporación dualista de las Geneva Conventions Act).⁵⁵

En lo sucesivo vamos a proceder a exponer ejemplos de la jurisdicción universal ejercida desde diversos países.

La jurisdicción universal desde España

En el caso de España, desde 1996 la justicia española ha venido ejerciendo la jurisdicción universal con base en el artículo 23.4 de su Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en relación con genocidio, terrorismo de Estado y crímenes de lesa humanidad en los casos de Argentina, Chile o Guatemala entre otros.

Por ejemplo, la Sala Penal del Tribunal Supremo dictó sentencia firme 798/2007, de 2 de julio de 2007 por la que se condenaba al capitán de la Armada argentina Adolfo Scilingo a 1.048 años de cárcel. Anteriormente, la Audiencia Nacional en su sentencia condenatoria había afirmado que:

la característica que más singulariza a los delitos contra la humanidad es su perseguibilidad internacional, más allá del principio de territorialidad, a lo que se añade como importante coadyuvante la defensa de los intereses de las víctimas.⁵⁶

En las sentencias que condenaron al militar argentino Adolfo Scilingo se desplegó el principio de jurisdicción universal más allá de las fronteras de comisión del crimen. Se aplicó una *extensión espacial* de la jurisdicción española para conocer de crímenes de lesa humanidad cometidos en el extranjero. Además, se desplegó una *extensión temporal* para conocer de crímenes cometidos antes de la constitución de ese tribunal. También se permitió la condena por esos crímenes aunque no estuvieran específicamente tipificados en el derecho interno español, aplicando para ello la ley penal interna como marco jurídico adecuado para hacerlo.

Otro caso paradigmático de ejercicio de jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles conociendo de crímenes internacionales cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que los intereses de ese país se vieran afectados por esas acciones, lo encontramos en la detención y pedido de extradición del ex dictador chileno Augusto Pinochet el 16 de octubre de 1998 mientras se encontraba en Londres, Reino Unido. Con el Auto de 5 de noviembre de 1998 la Audiencia Nacional se entendía competente para enjuiciar los crímenes de genocidio y terrorismo de Estado en Chile, por lo que solicitaba la extradición del ex dictador chileno.

Con ocasión del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles en el caso Pinochet, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas se pronunció afirmando que “el principio de jurisdicción universal contra los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, que ha sido reconocido en el derecho y la práctica internacionales”.⁵⁷ Por lo que entendía que ni siquiera era necesario buscar una habilitación convencional en el derecho internacional sino que forma parte de un principio general del ordenamiento internacional.

Por otro lado, y al margen de la jurisdicción penal, en España, el propio Tribunal Constitucional, la más alta autoridad en materia de salvaguarda constitucional y protección de derechos fundamentales, tuvo ocasión de pronunciarse respecto a la jurisdicción universal. La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo habían dictado sentencias restrictivas del principio de jurisdicción universal en el caso del genocidio de Guatemala y Falun Gong. El Tribunal Constitucional dispuso anular dichas sentencias. En sus fundamentos jurídicos confirmó expresamente que en materia de jurisdicción universal se produce una concurrencia de jurisdicciones (no subsidiariedad como se había alegado). El Tribunal Constitucional español entendía que el principio de jurisdicción universal no requiere ningún vínculo de conexión con el país donde se cometieron esos crímenes, ya que su universalidad es consecuencia de la naturaleza de esos crímenes. Afirmaba así que es irrelevante para la admisión a trámite y la apertura de un procedimiento y el comienzo de la investigación de los hechos e identificación de los presuntos responsables que éstos se encuentren en el territorio del tribunal que ejerce la jurisdicción universal. Y lo más importante, que no sólo no existe prohibición de intervención, sino que es obligatoria la intervención de los tribunales de otros Estados para la persecución de crímenes contra la humanidad con el fin de evitar la impunidad.⁵⁸

La jurisdicción universal desde Francia

En Francia, con base en el ejercicio de la jurisdicción universal, se han investigado igualmente crímenes internacionales cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin tener ningún interés nacional vinculado. Uno de los casos más relevantes fue el que conllevó las investigaciones y posteriores actuaciones de los tribunales franceses contra los mandatarios de la República Democrática del Congo, el Ministro del Interior P. Oba y el propio Presidente, D. Sassou Nguesso.

Otros casos como el asunto Munyeshyaka tuvieron como consecuencia que la Corte de Casación francesa invocara el principio de jurisdicción universal para procesar a este sacerdote ruandés por crímenes de torturas contra un grupo de refugiados tutsis en 1994. La corte francesa no tenía ninguna conexión con el asunto más que la universalidad por razón de la materia. Este criterio fue continuado por los tribunales franceses en el caso del oficial mauri-

tano, Ely Ould Dha, acusado igualmente de torturas. En ambos casos el fundamento de jurisdicción universal fue encontrado tanto en el *Code de Procédure Pénal* como en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

En otros casos, como en el asunto Klaus Barbie, en sentencia de 6 de octubre de 1983 la Corte de Casación francesa afirmó que:

en razón de su naturaleza, estos crímenes, no corresponden solamente al derecho interno francés, sino también a un orden represivo internacional al cual la noción de frontera y las reglas de extradición que de él deriva son fundamentalmente extrañas.⁵⁹

La jurisdicción universal desde Bélgica

Otros países como Bélgica también han ejercido la jurisdicción universal de manera recurrente. De entre los diferentes casos sometidos a los tribunales belgas sin conexiones territoriales, nacionales activas o pasivas, ni intereses estatales en los hechos, encontramos la orden de detención internacional dictada por un juez belga contra Abdulaye Yerodia Ndombasi, Ministro de Exteriores de la República Democrática del Congo, acusado por haber incitado desde los medios de comunicación a la comisión de crímenes contra la población tutsi en la época en que ocupaba el cargo de Jefe de Gabinete del presidente Kabila, durante la rebelión militar de 1998 en el antiguo Zaire.

El proceso judicial y la correspondiente orden de detención internacional fue el producto de una investigación contra Ndombasi que se realizó desde los tribunales belgas a través del ejercicio de la jurisdicción universal. La Ley de 1993 (reformada en 1999) entendía que la jurisdicción belga era competente para enjuiciar crímenes internacionales independientemente del lugar en que los mismos hayan sido cometidos.⁶⁰

El principio de jurisdicción universal fue también esgrimido por los tribunales belgas en el marco de los crímenes de la dictadura chilena. En la decisión de 8 de noviembre de 1998 se dictó procesamiento y orden de captura del ex dictador Augusto Pinochet por crímenes contra la humanidad. En este caso el juez del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas afirmó el principio de jurisdicción universal *in absentia* para declararse competente. Dicho juez afirmó que:

antes de ser codificado en un tratado o en una ley, la prohibición de los crímenes contra la humanidad formaban parte del Derecho internacional consuetudinario y del *ius cogens* internacio-

nal, y que esta norma se impone imperativamente y erga omnes sobre nuestro ordenamiento jurídico interno.

Se eliminaba así cualquier duda sobre el carácter superior e imperativo con base en el derecho internacional general de la jurisdicción universal para crímenes de lesa humanidad, afirmando finalmente en su decisión que:

en virtud del Derecho internacional consuetudinario, o incluso con más fuerza, de conformidad con el *ius cogens*, existe jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad, que autoriza a las autoridades judiciales nacionales a perseguir y castigar a los responsables en toda circunstancia.⁶¹

La jurisdicción universal desde Argentina

La Constitución Argentina establece en su artículo 118 que:

Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero **cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.**

El desarrollo legal de este precepto constitucional se realizó a través de la Ley 26.200 de 13 de diciembre de 2006 donde se expone en su artículo 5 que “La competencia por la comisión de los delitos previstos en el Estatuto de Roma y en la presente ley corresponden a los Tribunales Federales con competencia en lo penal”. Es decir, la competencia para conocer de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra corresponde a los tribunales federales argentinos.

De esta forma, el ordenamiento argentino reconoce el principio de jurisdicción universal para la persecución de crímenes internacionales. Precisamente con base en este principio los tribunales argentinos ya se han declarado competentes para conocer de causas cometidas por extranjeros, contra extranjeros en territorio extranjero, con las que los tribunales argentinos sólo guardaban la conexión de jurisdicción universal.

Un precedente claro de ejercicio de jurisdicción universal en Argentina es el caso de la persecución y presunta comisión de crímenes de genocidio y lesa humanidad contra la etnia Falun Gong en China, que llevó a que con fecha 17 de diciembre de 2009 se dictara orden de captura y citación para tomar declaración indagatoria a los imputados Luo Gan y Jiang Zemin.⁶²

Otro precedente lo encontramos en la conocida como causa por los crímenes franquistas, querrela que se presentó el 14 de abril de 2010 ante el Juzgado Federal número uno en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, que se ha materializado en la orden de detención internacional de más de 20 altos cargos del régimen franquista, en 2014.

d. Legislación material aplicable

La legislación interna del Estado a cuyos tribunales se recurre para denunciar o presentar una querrela por crímenes internacionales debe reconocer de manera expresa la aplicación extraterritorial de la ley penal que pueda ser aplicable al caso. Dicha aplicación extraterritorial puede venir concretada en distintos cuerpos legales: en la constitución del Estado, en normas específicas de organización y reconocimiento de la jurisdicción, o en otros instrumentos legales del país como el Código Procesal Penal, leyes especiales del poder judicial o en leyes de ratificación y armonización del Estatuto de Roma como en algún caso.

Conviene también revisar la ratificación de otros tratados internacionales con contenido penal internacional que habiliten la jurisdicción universal como los Convenios de Ginebra o la Convención contra la Tortura, entre otros. En este último caso será preciso además indagar en las posibles reservas señaladas por el Estado en cada tratado.

e. Aplicación de la jurisdicción universal

Es igualmente importante para prever el recorrido y éxito de la causa que se pretenda plantear ante tribunales extranjeros la revisión de su jurisprudencia. Muchos Estados contemplan en su normativa interna la extraterritorialidad de la ley penal y la jurisdicción universal. Sin embargo, no todos aplican y activan dicha jurisdicción. Las razones que se alegan en cada Estado son diferentes y en ocasiones responden a la casuística, a cuestiones procesales de trasposición de la normativa internacional e incluso a la voluntad política. Si bien es cierto que los primeros casos de España, Argentina, Bélgica y Sudáfrica activaron un mecanismo que en aquel momento no contaba con precedentes jurisprudenciales en aquellos países, es aconsejable acudir a tribunales donde la jurisdicción universal no resulte un fenómeno extraño en pos de incrementar sus posibilidades de éxito y en aras de optimizar la estrategia procesal.

f. Elaboración y presentación de la querrela o denuncia

Elementos procesales

Una vez solventadas estas cuestiones previas, conviene profundizar en los requisitos procesales que habilitan a las partes a personarse en la causa, así como los requerimientos de tipo formal exigidos por la normativa interna para admitir a trámite la denuncia o querrela. Es necesario por tanto garantizar el éxito procesal del caso respetando todos los requisitos formales exigidos por la legislación del Estado donde se pide justicia.

En este sentido es recomendable acudir a abogados locales que puedan colaborar y dar asesoramiento procesal a lo largo de todo el proceso. Si bien es fundamental conocer el derecho material aplicable, en relación a crímenes internacionales y su tutela universal, no menos importante es conocer la especificidad procesal del país en el que se va a activar la jurisdicción. De esta forma, se hace necesaria la coordinación a tres bandas entre operadores jurídicos conocedores de los hechos delictivos y familiarizados con las víctimas, los especialistas en derecho internacional que aporten su conocimiento en materia de crímenes internacionales y jurisdicción universal, y por supuesto los abogados locales conocedores de los detalles procesales de la concreta jurisdicción.

Es crucial cumplimentar todas las exigencias propias de la legitimación procesal activa que permita personarse como parte para que el abogado pueda ser reconocido como tal. Cada ordenamiento presenta requisitos diversos como nacionalidad del letrado, lugar donde se cursaron sus estudios de Derecho, estar adscrito a un colegio profesional de abogados, contar o no con la figura de procurador, etc.

Del mismo modo se deberán analizar las formalidades demandadas con respecto a la presentación de querrelas o denuncias. Es aconsejable además incluir una referencia histórica y normativa del país de la comisión de los crímenes que facilite la comprensión del contexto al juez y a la fiscalía. También es elemental dedicar esfuerzos a la fundamentación y razonamiento de por qué el Estado extranjero es competente: alegar nociones de derecho internacional imperativo, *ius cogens*, derecho penal internacional, obligación de respetar los compromisos internacionales asumidos con base en la Convención de Viena sobre Tratados Internacionales, convenciones ratificadas por el Estado donde se cometió el crimen y aquel del foro, etc. Procede realizar además una revisión de la normativa penal interna, esclarecer posibles dudas con respecto al principio de legalidad y concretamente sobre la previsión de la pena.

2 - Investigación o instrucción de la causa

a. El querellante como instrucción de la causa

El impulso de la causa con las pruebas, testimonios y demás diligencias recaerá sobre las víctimas, ya que la autoridad jurisdiccional encargada de la investigación (ya sea juez o fiscal) no tendrá facultades en el territorio de comisión de los crímenes, por lo que su capacidad de actuación será muy limitada. De esta forma, el trabajo de los abogados y las víctimas se torna fundamental, ya que son los encargados de aportar las pruebas y en cierto modo guiar el proceso en esa tercera jurisdicción. Por ello, es importante la figura de la querrela más que la denuncia, ya que esta última quedaría en manos de la Fiscalía y dependería de ella todo el impulso de la causa.

La querrela permite a las víctimas y sus abogados ser una parte activa en el proceso, acercando las pruebas a la instrucción de la causa, ya que los órganos jurisdiccionales del Estado que está conociendo del asunto no tienen competencia para diligenciar pruebas, al haber sido los hechos cometidos en otro Estado en el que no tiene jurisdicción. Por eso es preferible descartar la figura de la denuncia, apostando por abrir la causa con la participación activa desde el rol procesal del querellante.

En definitiva, es necesario insistir en la necesidad de guiar las causas con base en el principio de jurisdicción universal desde la querrela, ya que en estos casos los abogados terminarán por ejercer el papel de instructor, convirtiéndose en una pieza fundamental en el desarrollo de las investigaciones.

Recolección de las pruebas

En este tipo de causas las principales pruebas de las que puede valerse la querrela para guiar las investigaciones son las siguientes:

Testimoniales: Es fundamental la prueba testimonial de las propias víctimas, ya que su relato de los hechos y sobre todo su identificación de los responsables van a ser parte esencial del proceso. Pero, además de los testimonios de las víctimas directas, parte implicada en el proceso, es necesario centrarse de igual forma en otras pruebas testimoniales que soporten lo declarado por la propia víctima, como testigos presenciales de los hechos, peritos o expertos. Del mismo modo, estos testimonios no sólo deben ser tendentes a aclarar los hechos singularizados sobre alguna de las víctimas determinadas, sino que su prueba testifical puede ser fundamental para enmarcar el contexto delictivo en el que se cometieron los crímenes.

Documentales: En este tipo de crímenes que suelen tener un contenido de sistematicidad en la agresión, se convierte en un aporte probatorio relevante la prueba documental. Todo soporte físico que acredite la existencia de órdenes, declaraciones registradas, la pertenencia de una persona a determinada jerarquía militar, puede llegar a ser una prueba fundamental durante la investigación. La posibilidad de soportar las pruebas testimoniales con documentación que acredite esos hechos descritos en los testimonios supone la mayor consistencia que puede conseguir la querrela.

Indiciaria: El recurso a la prueba indiciaria o indirecta, resulta esencial ante la dificultad de probar en forma directa y con pruebas de esta naturaleza, los crímenes cometidos. Especialmente en los casos en los que los perpetradores sean de la máxima responsabilidad.

b. La cooperación judicial

La mayoría de las causas abiertas con base en el principio de jurisdicción universal han terminado por enfrentarse a un problema principal, la falta de cooperación judicial por parte de los tribunales donde se cometieron los hechos o donde se encuentran los victimarios. El órgano judicial que se ha arrogado competencia con base en la jurisdicción universal normalmente necesita de la cooperación judicial de esos otros órganos, por lo que suele proceder a activar herramientas de cooperación judicial internacional para con esos otros Estados. En diversos momentos de la investigación el órgano judicial que investiga desde un tercer Estado requerirá diligencias probatorias, aportes probatorios documentales, prácticas tomas de declaración, realizar detenciones, etc. a las autoridades del país donde se cometieron los hechos o donde se encuentran los responsables. Por ello, lograr una efectiva cooperación judicial es fundamental para agilizar la investigación del proceso. Sin embargo, no es difícil imaginarse que si se ha activado el mecanismo de la jurisdicción universal, lo más probable es que en el país de comisión no haya una voluntad efectiva de investigación, por lo que la solicitud de cooperación judicial por terceros Estados para investigar los hechos no siempre cuenta con la necesaria colaboración de esas autoridades.

Es frecuente que se encuentre reticencia a esa cooperación, al entender los tribunales del país que tiene la competencia territorial o nacional, que se está invadiendo su soberanía. El hecho de que no haya querido entrar a conocer de esos hechos, demuestra en sí mismo la falta de voluntad investigadora que ameritó la activación de la jurisdicción universal, por lo que resulta lógico que esos Estados no admitan que esas causas terminen en otros juzgados que reclaman conocer del asunto que ellos no quisieron enjuiciar.

Si bien se encuentran múltiples instrumentos de cooperación judicial entre los tribunales del país que asume la competencia y las autoridades del país de comisión, existe una principal

figura de cooperación judicial que suele producirse siempre en el arranque de las investigaciones. Estamos hablando de la figura de la comisión o carta rogatoria para identificar si se están investigando los hechos en ese país. Normalmente, una vez una causa es presentada con base en el principio de jurisdicción universal, al acreditar que efectivamente se trata de una materia vinculada a crímenes internacionales, el siguiente paso es acreditar que los tribunales del país donde se cometieron los hechos no los están investigando. Esta primera comunicación (a veces puede realizarse a través de Interpol) de identificación de la judicialización de los hechos suele entenderse por el Estado que lo recibe como una agresión e intrusión en su soberanía nacional, por lo que en ocasiones encuentra reticencias para su respuesta o son contestados de manera fraudulenta en un intento de falsear la existencia de impunidad.

c. Órdenes de detención internacional: o juzgas o extraditas

Los casos abiertos por jurisdicción universal en ocasiones han contado con la presencia del culpable en ese territorio, por lo que el proceso ha terminado con una condena efectiva del mismo.⁶³ En otras ocasiones, cuando el derecho procesal de ese país permitía el enjuiciamiento *in absentia*, es decir, sin la presencia física del acusado, han terminado en condenas de los perpetradores aun encontrándose en el extranjero. Pero lo normal es que la jurisdicción universal termine por determinar la responsabilidad de los hechos de un grupo de personas que se encuentran en otro Estado. En esta ocasión, ante su negativa a declarar por los hechos que se le imputan, los jueces del país que está conociendo procederán a dictar una orden de detención internacional contra ese individuo responsable de crímenes internacionales. El trámite de esta orden no es un asunto menor, no sólo porque restringe el movimiento del perpetrador al no poder salir del país en que se encuentre ante una orden de búsqueda de la Interpol, sino porque el país que lo acoge se ve obligado por el principio *aut dedere aut judicare*, o juzgas o extraditas.

Este principio ha sido recogido en diversos tratados internacionales con la finalidad de desbloquear las situaciones de impunidad que se generaban en torno a los responsables de estos graves crímenes. Algo que definió la propia CDI en el marco de sus comentarios al proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, afirmando que:

El Estado de detención puede decidir discrecionalmente si trasladar a la persona a otra jurisdicción para que sea juzgada, en respuesta a una solicitud de extradición recibida, o juzgar al supuesto delincuente en sus tribunales nacionales. Puede cumplir la obligación que reimpone la primera alternativa accediendo a la solicitud de extradición recibida y, en consecuencia, trasladando al Estado solicitante la responsabilidad de juzgar el asunto. Sin embargo, no está obligado a acceder a esa solicitud si prefiere confiar a sus propias autoridades el enjuiciamiento.⁶⁴

Por tanto, el Estado donde se encuentran los presuntos responsables, ante una investigación de un tercer Estado que determina que existen sospechosos de la comisión de crímenes internacionales en su territorio tiene la obligación de extraditarlos o juzgarlos ante sus autoridades.

El ejemplo más paradigmático en esta materia tuvo lugar en el denominado caso Argentina, investigado en España, referido al capitán de la Armada argentina Ricardo Miguel Cavallo, que se hallaba oculto bajo identidad falsa en México, y que fue entregado en extradición por crímenes de genocidio, terrorismo y tortura, al juez español Baltasar Garzón que investigaba en base al principio de jurisdicción universal y que posteriormente fue entregado a las autoridades judiciales argentinas desde España, en virtud de demanda de extradición, después de haber sido anuladas las leyes de impunidad de Obediencia Debida y Punto Final en Argentina, hasta su condena actual a perpetuidad por crímenes de lesa humanidad en este último país.

De esta forma, a través de este principio regulador de las relaciones procesales se entiende que el país donde se encuentra el responsable, normalmente el país donde perpetró los crímenes, puede arrogarse la competencia de juzgar a su nacional con base en las pruebas recogidas en el marco de la causa abierta en el otro Estado. Así se salvaría su primacía para juzgar a sus nacionales y personas que residen en su territorio. Sin embargo, en el caso de que se niegue a su enjuiciamiento, su obligación es la de extraditar al tercer Estado que lo reclama.

3 - Consecuencias del proceso

Si bien es cierto que el fin último de la jurisdicción universal es luchar contra la impunidad, condenar a los culpables de crímenes internacionales y hacerles cumplir su condena, no conviene minusvalorar el resto de efectos positivos que un proceso de jurisdicción universal puede desencadenar.

El inicio de un proceso de estas características se suele presentar como el último recurso al que acuden las víctimas una vez constatada la atmósfera de impunidad y la imposibilidad de obtener justicia en el país donde las graves agresiones tuvieron lugar. Al involucrarse un tercer Estado en la defensa de los derechos humanos más básicos de las víctimas, la comunidad internacional dirige su atención de manera inmediata a dicho Estado, por lo que se verá sometido a un escrutinio público en torno a su sistema legal, su capacidad o voluntad de dictar justicia y sus niveles de impunidad. La experiencia ha demostrado que este controvertido protagonismo despierta en el Estado un compromiso por reformar su sistema y actitud frente a la impunidad si bien no lo había hecho de *motu proprio* con anterioridad. Son los ca-

sos de Argentina, Chile o Guatemala que tras ser objeto de investigación en el extranjero han cambiado su dinámica con vistas a perseguir a los culpables y resarcir a las víctimas adoptando políticas que garanticen la no repetición.

Es también notable el efecto psicológico en las víctimas y testigos que, después de años viendo negada su versión o la mera investigación de los hechos que sufrieron o atestiguaron, contemplan a través del proceso todo un análisis jurídico, serio, sólido y de carácter técnico (más allá del periodístico) que satisface su sed de recibir un trato adecuado y respetuoso conforme a su situación personal. Es el caso de las víctimas de los crímenes de la dictadura franquista de España o las de la dictadura paraguaya que tras décadas de silencio y olvido han podido dar testimonio o ver tramitadas sus denuncias, respectivamente, ante la justicia argentina. ○

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se va a proceder a sistematizar las conclusiones que se derivan de la presente guía, como documento de referencia para la protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de la herramienta del principio de jurisdicción universal:

1. El conocido como principio de jurisdicción universal es un mecanismo de justicia cuyo objetivo es la lucha contra la impunidad. La aplican tribunales internos de los Estados para la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales por razón de la materia que les ocupa y sin necesidad de que exista ningún vínculo de conexión con los hechos.
2. Para el ejercicio de la competencia por jurisdicción universal no es necesaria ninguna conexión territorial (lugar de comisión), de personalidad activa (autor), personalidad pasiva (víctima) o interés nacional con los hechos. La conexión es por razón de la materia, al ser crímenes internacionales que afectan a toda la comunidad internacional en su conjunto.
3. La jurisdicción universal ha sido una herramienta recogida en diversos tratados internacionales de manera estratégica con la finalidad de permitir una más eficaz lucha contra la impunidad de los crímenes más atroces, al permitir su persecución por cualquier tribunal del mundo, consiguiendo así que esos hechos no queden en impunidad por la inacción de los tribunales del lugar de comisión.
4. Los crímenes internacionales son aquellas agresiones reconocidas por el derecho penal internacional que han alcanzado dicho estatus por sus consecuencias especialmente lesivas contra la humanidad. Se trata principalmente del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, además de otros delitos como la tortura o la desaparición forzada de personas.
5. La naturaleza de los crímenes internacionales reviste unas características tan destructivas y aberrantes que dejan de constituir una agresión y amenaza contra el individuo particular o un Estado concreto, para convertirse en una ofensa contra la comunidad internacional en su conjunto, contra toda la humanidad, y, debido a ello, todos los Estados han de reaccionar e involucrarse investigando, y en su caso juz-

gando, a los responsables de los referidos crímenes, para evitar así espacios de impunidad.

6. En ocasiones la jurisdicción universal se ha vinculado a la persecución de crímenes cometidos contra pueblos indígenas, ya que estos son víctimas potenciales por su condición de grupo identificado con unas características comunes, pudiendo ser objeto de genocidio o crímenes contra la humanidad, entre otras agresiones.
7. Algunos casos de ejercicio de la jurisdicción universal para perseguir crímenes cometidos contra los pueblos indígenas son el caso de Pinochet y los mapuches o del genocidio del pueblo maya en Guatemala, ambos investigados desde la justicia española; así como el caso de los Aché del Paraguay, sometido a la jurisdicción argentina actualmente.
8. Para la preparación de la acción es importante tener en cuenta la conveniencia de la querrela antes que la denuncia. La querrela permite a las víctimas y sus abogados ser una parte activa en el proceso, acercando las pruebas a la instrucción de la causa, ya que los órganos jurisdiccionales del Estado que está conociendo del asunto no tienen competencia para diligenciar pruebas, al haber sido los hechos cometidos en otro Estado en el que no tiene jurisdicción. Por eso es preferible descartar la figura de la denuncia, apostando por abrir la causa con la participación activa desde el rol procesal del querellante.
9. Es recomendable acudir a abogados locales que puedan colaborar y dar asesoramiento procesal a lo largo de todo el proceso. Si bien es fundamental conocer el derecho material aplicable, en relación a crímenes internacionales y su tutela universal, no menos importante es conocer la especificidad procesal del país en el que se va a activar la jurisdicción.
10. Es elemental dedicar esfuerzos a la fundamentación y razonamiento de por qué el Estado extranjero es competente: alegar nociones de derecho internacional imperativo, *ius cogens*, derecho penal internacional, obligación de respetar los compromisos internacionales asumidos con base en la Convención de Viena sobre Tratados Internacionales, convenciones ratificadas por el Estado donde se cometió el crimen y aquél del foro, etc.
11. En la querrela es aconsejable incluir también una referencia histórica y normativa del país de la comisión de los crímenes que facilite la comprensión del contexto al juez y a la fiscalía.

12. Además, ante la constatación de la comisión de hechos delictivos contra una comunidad indígena, habrá que determinar la calificación penal de esos hechos, con vistas a ser capaces de encauzar la acción penal de manera adecuada. Para ello, es necesario analizar los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal, determinantes para discernir ante qué tipo delictivo nos encontramos.
13. Es necesario que el operador jurídico en defensa de los derechos de la comunidad indígena víctima elija la jurisdicción nacional más viable para el ejercicio del principio de jurisdicción universal. De esta forma, aunque casi todos los tribunales del mundo reconocen de alguna forma la extraterritorialidad de sus normas penales, es recomendable acudir a la jurisdicción de aquellos países que ya hayan ejercido la jurisdicción universal y cuenten con tribunales con experiencia en la materia. Además, en ocasiones, una práctica usual por muchos operadores jurídicos ha sido la de sumar acumulativamente otros vínculos de conexión con los hechos a los tribunales en los que se han presentado estas causas.
14. Conviene también revisar la ratificación de tratados internacionales con contenido penal internacional que habiliten la jurisdicción universal como los Convenios de Ginebra o la Convención contra la Tortura, entre otros. En este último caso será preciso además indagar en las posibles reservas señaladas por el Estado en cada tratado. Es igualmente importante para prever el recorrido y éxito de la causa que se pretenda plantear ante tribunales extranjeros la revisión de su jurisprudencia.
15. En este tipo de causas las principales pruebas de las que puede valerse la querrela para guiar las investigaciones son las testimoniales, documentales e indiciarias.
16. La mayoría de las causas abiertas con base en el principio de jurisdicción universal han terminado por enfrentarse a un problema principal, la falta de cooperación judicial por parte de los tribunales donde se cometieron los hechos o donde se encuentran los victimarios.
17. Lo normal es que la jurisdicción universal termine por determinar la responsabilidad de los hechos de un grupo de personas que se encuentran en otro Estado. En esta ocasión, ante su negativa a declarar por los hechos que se le imputan, los jueces del país que está conociendo procederán a dictar una orden de detención internacional contra ese individuo responsable de crímenes internacionales. El trámite de esta orden no es un asunto menor, no sólo porque restringe el movimiento del perpetrador al no poder salir del país en que se encuentre ante una orden de búsqueda de la Interpol, sino porque el país que lo acoge se ve obligado por el principio *aut dedere aut judicare*, o juzgas o extraditas.

18. Si bien es cierto que el fin último de la jurisdicción universal es luchar contra la impunidad, condenar a los culpables de crímenes internacionales y hacerles cumplir su condena, no conviene minusvalorar el resto de efectos positivos que un proceso de jurisdicción universal puede desencadenar. En primer lugar, la jurisdicción universal suele ser el último recurso al que acuden las víctimas para desbloquear una situación de impunidad, por lo que su existencia ha permitido a las víctimas desbloquear situaciones que parecían perdidas. Por otro lado, en segundo lugar, al involucrarse un tercer Estado en la defensa de los derechos humanos de las víctimas, la comunidad internacional dirige su atención de manera inmediata al Estado que no investiga que se verá sometido a un escrutinio público en torno a su sistema legal, su capacidad o voluntad de dictar justicia y sus niveles de impunidad. La experiencia ha demostrado que esta medida de presión ha conseguido cambiar la actitud de muchos Estados frente a la impunidad existente. ○

NOTAS

- 1 Para más información, *vid et al.* INAZUMI, Mitsue. *Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*. Interestia. Utrecht. 2005; OLLÉ SESE, Manuel. *Justicia universal para crímenes internacionales*. La Ley. Madrid. 2008; MACEDO, Stephen. *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. University of Pennsylvania Press. Pennsylvania. 2006; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *El principio de justicia universal: fundamento y límites*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012; SÁNCHEZ LEJIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.
- 2 La Corte Internacional de justicia (CIJ) ha determinado en varias ocasiones las obligaciones *erga omnes* que derivan del *ius cogens* como aquellas en la que todos los Estados tienen un interés en su protección y por las que quedan obligados. *Cfr.* CIJ. Sentencia. *Caso Barcelona Traction*, de 5 de febrero de 1970; CIJ. Sentencia. *Caso sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina vs Serbia), de 14 de febrero de 1997.
- 3 SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. p. 55.
- 4 JOSEPH, Sarah y KYRIAKAKIS, Joanna. "The United Nations and human rights", en JOSEPH, Sara y McBETH, Adam (eds.) *Research Handbook on International Human Rights Law*. Edward Elgar Publishing. Northampton. 2010. p. 1.
- 5 SHAW, Malcom N. "The international protection of human rights", en *International Law*. Cambridge University Press. New York. 2008. p. 278. "this has over the years been flexibly interpreted, so that human rights issues are no longer recognized as being solely within the domestic jurisdiction of states" [traducción propia].
- 6 VILLALPANDO, Waldo. "Los derechos humanos. La conciencia moral del siglo XX", en *De los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal*. Abeledo-Perrot. 2000. p. 83.
- 7 "imperio del principio del Derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública"
- 8 De igual forma, y tras la II Guerra Mundial, el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente de Tokio recogió en su artículo 5 del Estatuto de Londres de 1945 los mismos Crímenes contra la Humanidad.
- 9 El propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque anuncia en su artículo 15.1 que "*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional*", posteriormente matiza en el párrafo siguiente que "*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*". De esta forma, queda clara la posibilidad de que el derecho internacional general y sus principios generales puedan servir de marco penal para el procesamiento de responsables de crímenes internacionales.
- 10 En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 recoge en su artículo 53 la superioridad absoluta que tiene dicho *ius cogens* internacional, al afirmar: "*Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens")*". *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*".
- 11 Hugo Grocio ya establecía en 1625 en su obra *De iure belli ac pacis* que la jurisdicción extraterritorial estaba habilitada para perseguir crímenes que afectaran a toda la humanidad por su gravedad, afirmando que: "*Los soberanos, y aquéllos que están investidos con un poder igual al de los soberanos, tienen derecho a castigar no sólo las injurias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también aquéllas que no les conciernen especialmente pero que son, para cualquier persona, graves violaciones de la ley natural o de las naciones [...] Los soberanos, junto a la responsabilidad*

- de sus particulares dominios, tienen a su cargo el cuidado de la sociedad humana en general*" (extraído y con traducción de SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. op. cit. p. 41.
- 12 C.I.J. Sentencia. *Caso Lotus*, de 7 de septiembre de 1927.
 - 13 Una excepción a la territorialidad que ya había sido recogida por la doctrina desde hacía siglos. Como reflejara De Vattel en su obra de 1758 *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, al señalar que: "Aun cuando la jurisdicción de cada Estado está en general limitada a castigar los crímenes cometidos en su territorio, una excepción debe hacerse respecto a los criminales que, por el carácter y la gravedad de sus crímenes, son una amenaza a la seguridad pública allá donde estén y se proclaman enemigos de la raza humana en su conjunto" (extraído y con traducción de SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. op. cit. p. 42).
 - 14 SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. op. cit. p. 39.
 - 15 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 26 de junio de 1945. Artículo 38.
 - 16 Esta Resolución, que es parte del derecho internacional general, está en línea con anteriores resoluciones que venían exigiendo la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y afirmando que la negativa a perseguir, investigar, arrestar y enjuiciar a sus responsables contraviene la propia Carta de Naciones Unidas y el *ius cogens* internacional (Resolución 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971, Resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969, Resolución 2712 (XXV) de 15 de diciembre de 1970 y Resolución 3020 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972).
 - 17 Esta norma, aunque forma parte de un proyecto de la CDI, tiene un valor declarativo del derecho internacional general existente en torno a la extraterritorialidad del *ius puniendi* de los Estados cuando se trata de crímenes internacionales de especial gravedad.

Algo que se deduce precisamente del comentario que la CDI hace al artículo 8 en el que se recoge ese principio de jurisdicción universal dentro del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996. En el comentario al artículo 8 la CDI dejó claro en su Anuario (1994), Vol. II, 2ª parte, lo siguiente: "Se ha usado la frase 'sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores' en la primera disposición del artículo para despejar toda duda en cuanto a la existencia de una jurisdicción universal respecto de esos crímenes".

- 18 Subcomisión de Derechos Humanos. Resolución 2000/24 de 18 de agosto de 2000. "Papel de la competencia universal o extraterritorial en las medidas de prevención de la impunidad".
- 19 Es el caso de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, que en su artículo 6 expone que las personas responsables "serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido". Ante este vínculo de la jurisdicción competente con el territorio de comisión del hecho, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en los comentarios a su artículo 8 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, donde otorga jurisdicción universal al genocidio contraviniendo a la Convención, salió a reinterpretar este precepto de la mano del derecho internacional general, afirmando que: "Por lo que respecta al crimen de genocidio, la Comisión observó que en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. VI) se restringe la competencia de los tribunales nacionales a los del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen. La disposición actual extiende la competencia de los tribunales nacionales respecto del crimen de genocidio enunciado en el artículo 17 a todos los Estados Partes en el Código. La Comisión consideró que dicha ampliación se justificaba plenamente en vista de la naturaleza del genocidio, que era un crimen de derecho internacional respecto del cual **existía jurisdicción universal según el derecho consuetudinario para los Estados que no eran partes en la Convención y, por consiguiente, no estaban supeditados a la restricción que en ella se imponía**". Comentario al artículo 8 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 de la CDI en su Anuario (1994), Vol. II, 2ª parte.

Una reinterpretación posteriormente secundada por la propia CIJ al afirmar que "Los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones erga omnes. La Corte observa que la obligación que de esta forma alcanza a todo Estado de prevenir y castigar el crimen de genocidio **no está territorialmente limitada por la Convención**". CIJ. *Caso entre Bosnia-Herzegovina y Yugoslavia concerniente a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*. Excepciones Preliminares de 11 de julio de 1996.

De esta forma, la Sala Penal de la Audiencia Nacional española extendió su jurisdicción a través del principio de jurisdicción universal al Caso Pinochet por genocidio afirmando que: "Sería contrario al espíritu del Convenio –que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave– tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. **Que las partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comu-**

- nidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende**". Audiencia Nacional española (Sala Penal). Auto de 5 de noviembre de 1998. Fundamento Jurídico 2º.
- 20 Por ejemplo, el Estatuto de Roma de 1998 recoge en su artículo 5 que son competencia de la Corte Penal Internacional: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Aunque el propio Estatuto deja abierta la necesidad de aclarar qué se entiende por agresión, por lo que nos vamos a centrar en los tres anteriores.
 - 21 El concepto fue acuñado por el jurista polaco Lemkin, y deriva de la conjunción del griego *genos* (raza) y del latín *caedere* (matar). En LEMKIN, Raphael. *Genocide as a Crime under International Law*. AJLL. Vol. 41. 1947, Pp. 145 y ss.
 - 22 Aprobada por Resolución 260 A (III) de 9 de diciembre de 1948 por mandato de la Asamblea General en Resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946.
 - 23 WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. p. 315.
 - 24 AMBOS, Kai. *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 2004. p. 27.
 - 25 Admitido a trámite por auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional española el 27 de abril de 2000. Su admisión a trámite y competencia fue refrendada por el propio Tribunal Constitucional español en la Sentencia 237/2005 de 26 de septiembre de 2005. La tipificación fue de Genocidio contra la comunidad indígena y la jurisdicción fue ejercida por conexión universal.
 - 26 Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg (artículo 6), consideraba crímenes de lesa humanidad: *"el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron"*.
 - 27 Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (artículo 18), entendía por crímenes de lesa humanidad: *"a) Asesinato, b) Exterminación, c) Tortura, d) Esclavización, e) Persecución política, racial, religiosa o étnica, f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales religiosos o étnicos (...) g) Deportación arbitraria o traslado forzoso de población, h) Detención arbitraria, i) Desaparición forzada de personas, j) Violación, prostitución forzada y otras formas de abuso sexual, k) Otros actos inhumanos que causen daños físicos o mentales sobre la salud o dignidad humanas"*.
 - 28 En este sentido resulta relevante recordar la decisión del 2 de octubre de 1995 en relación al Caso Tadić por parte del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), que interpretaba como crímenes de guerra aquellos cometidos en el marco del conflicto interno de la disolución yugoslava. Se acababa así con la distinción entre conflictos internacionales e internos a efectos de crímenes de guerra.
 - 29 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Artículo 8.2): *"El Tribunal Internacional para Randa tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales de todos los Estados Miembros. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional para Randa podrá presentar oficialmente a los tribunales nacionales una petición de inhibitoria de jurisdicción de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional para Randa"*.
 - 30 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para antigua Yugoslavia (Artículo 9.2): *"El Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. En cualquier estadio del procedimiento, puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor de acuerdo con el presente Estatuto y con su reglamento"*.
 - 31 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Artículo 1): *"Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto"*.
 - 32 Como expone Guimón, "Los derechos y las obligaciones de las colectividades humanas solo pueden ser derechos y deberes de todos o algunos de sus componentes", entendiendo que equipar derechos humanos a los grupos es "una aberración lógica". GUIMÓN, Julen. *El derecho de autodeterminación: el territorio y sus habitantes*. op. cit. pp. 152-153. Otro ejemplo de esta corriente, que afirma la titularidad exclusiva de los individuos, la encontramos en GEORGE DE, Richard T. "The Myth of the Right to Collective Self-Determination", en TWINING, William (ed.). *Issues of Self-Determination*. Aberdeen University Press. 1990.

- 33 Cfr. MICHALSKA, Anna. "Self-Determination in International Law", en TWINING, William (ed.). *Issues of Self-Determination*. Aberdeen University Press. 1990.
- En esta línea, Musgrave discierne los diferentes conceptos que los textos jurídicos han dado a una misma realidad, a través del concepto de pueblo, minoría, o grupo (étnico, religioso, racial o nacional), pero en definitiva destinado siempre a la protección de una misma realidad. Cfr. MUSGRAVE, Thomas D. *Self-Determination and National Minorities*. op. cit. p. 126-147.
- 34 Cfr. et al. ANAYA, James S. *Indigenous people in international law*. op. cit.; BROWNLIE, Ian. "The Rights of Peoples in Modern International Law", en CRAWFORD, James (ed.). *The Rights of Peoples*. Clarendon Press. Oxford. 1988; BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. op. cit.; CASSESE, Antonio. *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. op. cit.; CASTELLINO, Joshua. *International Law and Self-Determination*. op. cit.; DIEZ DE VELASCO, Manuel. "La subjetividad internacional (II): la personalidad internacional de otros sujetos", en *Instituciones de Derecho Internacional Público*. op. cit.; HANNUM, Hurst. *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Right*. op. cit.; NANDA, Ved P. "Self-Determination Under International Law: Validity of Claims to Secede". *Case W. Res. J. Int'l L.* Vol. 13. pp. 257-280. 1981; SANDERS, Douglas. "Collective Rights". *Human Rights Quarterly*. Vol. 13. No 3. The Johns Hopkins University Press. pp. 368-386. 1991; SHAPIRO, Ian y KYMLICKA, Will (eds.). *Ethnicity and Group Rights*. NYU Press. New York. 2000; SHAW, Malcom N. "The international protection of human rights", en *International Law*. op. cit.; TOMUSCHAT, Christian. "Secession and self-determination", op. cit.; VILLALPANDO, Waldo. *De los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2000.
- 35 HANNUM, Hurst. *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Right*. op. cit. p. 109. "Human rights are organized in societies, and few rights can be thought of as purely 'individual'. As noted below, rights to religion, education, and language generally have meaning only if they can be exercised in concert with others. 'Political' rights, such as the right to participate in government and to self-determination, presume the existence of a collectivity" [traducción propia].
- 36 BROWNLIE, Ian. "The protection of individuals and groups", en *Principles of Public International Law*. op. cit. p. 580. "it is not necessarily the case that there is a divorce between the legal and human rights of groups, on the one hand, and individuals, on the other. Guarantees and standards governing treatment of individuals tend, by their emphasis on equality, to protect groups as well [...] The rights of important groups as such become particularly prominent in connection with the principle, or right, of self-determination" [traducción propia].
- 37 E incluso se están empezando a prever constitucionalmente y el ámbito del derecho interno de muchos Estados derechos humanos a favor de la Madre Tierra y de la Naturaleza (como el Buen Vivir en la Constitución de Ecuador o la Ley de derechos de la madre tierra de Bolivia).
- 38 Se refiere específicamente a la "Matanza de miembros del grupo; Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo".
- 39 En esa línea Aust expone que se trata de crímenes "colectivos", afirmando que "Crimes against humanity may be seen as *collective violations of basic human rights, rather than those of an individual*". AUST, Anthony. *Handbook of International Law*. op. cit. 271. Por su parte, Shaw afirma la evolución del derecho internacional desde los derechos reconocidos al Estado, a los derechos reconocidos al individuo, llegando finalmente a los derechos colectivos reconocidos a los grupos, entre los que se encuentran las normas protectoras de las graves violaciones de derechos humanos de los grupos. "Some rights are purely collective, such as the right to self-determination or the physical protection of the group as such through the prohibition of genocide, others constitute collective manifestations of individual rights, such as the rights of persons belonging to minorities to enjoy their own culture and practice their own religion or use their own language". SHAW, Malcolm N. "The international protection of human rights", en *International Law*. op. cit. p. 281.
- 40 Auto de 10 de diciembre de 1998 del Juzgado Central de Instrucción número Cinco, antecedentes, segundo.
- 41 Auto de 10 de diciembre de 1998 del Juzgado Central de Instrucción Nº5, hechos decimo octavo.
- 42 Denuncia de Rigoberta Menchú ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia de la Audiencia Nacional, 3-12-1999.
- 43 <http://www.centrodehistoria.gov.co/descargas/guatemala-memoria-silencio/guatemala-memoria-del-silencio.pdf>
- Auto de Prisión del Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional, 7 de noviembre de 2006; Auto de extradición del Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional, 22 de noviembre de 2006.
- 44 Auto del Juzgado Central de Instrucción número Uno de 26 de abril de 2011.

- 45 Guayakí significa en guaraní, "rata de monte". Con este nombre despectivo se ha conocido a los indígenas Aché en Paraguay desde largo tiempo atrás.
- 46 Cfr. et al. COLOMBRES, Adolfo. La colonización cultural de la América indígena. Ediciones del Sol. 1987. p. 162-165; International Working Group for Indigenous Affairs (IWGIA). *Los Achés del Paraguay: Discusión de un Genocidio*. IWGIA. Copenhague. 2008; LEWIS, Norman. *Crónica de una cacería humana*. Visión. 1975. p. 18.
- 47 Tal y como señalaba el Padre Bartomeu Meliá, "del total de los muertos por las más diversas razones, incluyendo la desaparición de niños que tal vez no habían muerto un 28% se habían perdido como consecuencia de las persecuciones. El porcentaje se elevaba al 56% en la generación más joven, es decir, sobre las muertes de las cuales en los años sesenta y setenta se podía obtener información más exacta". IWGIA. *Los Achés del Paraguay: Discusión de un Genocidio*. op. cit. p. 16.
- 48 MÜNZEL, Mark. "Los Indígenas Aché: Genocidio en Paraguay". En Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). *Los Achés del Paraguay: Discusión de un Genocidio*. IWGIA. Copenhague. 2008; MÜNZEL, Mark. "Los Aché: El Genocidio continúa en Paraguay". En Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). *Los Achés del Paraguay: Discusión de un Genocidio*. IWGIA. Copenhague. 2008.
- 49 Por señalar algunas denuncias de la época, ya en 1971, en el simposio sobre conflictos interétnicos en Sudamérica, realizado en Barbados del 25 al 30 de enero de 1971, se había hablado de genocidio en Paraguay contra la comunidad Aché. Por otro lado, en Estados Unidos el senador James Abourezk denunció el 8 de marzo de 1974 ante el Senado norteamericano lo que describió como actividades genocidas en Paraguay. Algo que igualmente denunció la ONG Anti-Esclavismo Internacional ante el Subcomité contra la discriminación de las Naciones Unidas en agosto de 1974, para que se investigara a Paraguay, entre otras.
- 50 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 1802. 27 de mayo de 1977 (Comunidad Aché vs Paraguay). Resolución aprobada en sesión 539 a de 27 de mayo de 1977 (41º Período de Sesiones) y transmitida al Gobierno de Paraguay el 27 de mayo de 1977.
- 51 Los principales informes desclasificados a día de hoy referentes al Procedimiento 1503 los encontramos en: Dirección General de Verdad, Justicia y Reparación. *La Situación de Derechos Humanos del Paraguay entre 1978 y 1990: El Procedimiento 1503 de las Naciones Unidas*. 2010.
- 52 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Caso Akayesu, Sentencia en Primera Instancia de 2 de Septiembre de 1998, para. 580.
- 53 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Caso Akayesu, Sentencia en Primera Instancia de 2 de Septiembre de 1998, para. 580.
- 54 Ejemplo de ello es el proceso abierto por los países vencedores de la guerra contra Carlos el Terrible, por el que se condenó a muerte a Peter Von Hagenbach, gobernador de la ciudad de Breisach, por los crímenes cometidos contra su población. O el proceso abierto por crímenes internacionales con base en el Tratado de Versalles de 1919 contra el Kaiser Guillermo II por parte de los vencedores de la I Guerra Mundial. O finalmente los procesos llevados a cabo tras la II Guerra Mundial por los Tribunales de Nuremberg en 1945 y de Tokio en 1946.
- 55 Extraído del análisis de SÁNCHEZ LEJIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.
- 56 Audiencia Nacional española (Sala Penal). Sentencia de 19 de abril de 2005.
- 57 Subcomisión de Derechos Humanos. Resolución 2000/24 de 18 de agosto de 2000. "Papel de la competencia universal o extraterritorial en las medidas de prevención de la impunidad".
- 58 Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional de España de 26 de septiembre de 2005.
- 59 Cour de Cassation. Sentencia de 6 de octubre de 1983, en lo relativo a detención y entrega a las autoridades francesas por parte de las autoridades bolivianas del sospechoso.
- 60 Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia limitó el ejercicio de la Jurisdicción Universal en los casos de inmunidad diplomática. CIJ. *Caso Ndombasi*. Sentencia de 14 de febrero de 2012.
- 61 Extracto de la decisión de 8 de noviembre de 1998, en REYDAMS, Luc. "In Re Pinochet". 1999, en AJIL, vol. 93. Pp. 701-703 (extraído y con traducción de SÁNCHEZ LEJIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. op. cit. p. 207).
- 62 Actualmente la causa se encuentra sometida a recurso de casación ante la Cámara Nacional de Casación Penal.
- 63 Caso Eichmann, condenado en 1962; Caso Scilingo, condenado con sentencia firme en 2007.
- 64 CDI en su comentario al artículo 9 apartado 6 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 (Doc. A/51/10).

LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO INSTRUMENTO PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS

El principio de jurisdicción universal es un mecanismo que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan perseguir determinados crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, sin tener ninguna conexión territorial o nacional con los hechos. Su fundamento se basa simplemente en la lógica de que al tratarse de graves violaciones a los derechos humanos afectan a toda la comunidad internacional en su conjunto, por lo que pueden ser perseguidos por cualquier tribunal del mundo como forma de luchar contra la impunidad.

En orden a aplicar el principio de jurisdicción universal se deben cumplir ciertos requisitos: el reconocimiento de este mecanismo en la jurisdicción interna o que el país en el que se cometieron los crímenes no esté investigando los hechos, entre otras exigencias.

Debido a los elementos específicos que definen a los pueblos indígenas (étnicos, raciales o religiosos), estas comunidades cumplen con los requisitos para ser objeto de crímenes internacionales y, por lo tanto, perseguibles por cualquier tribunal del mundo en nombre de la comunidad internacional a través del principio de jurisdicción universal.

Existen algunas experiencias relevantes en la aplicación del principio de jurisdicción universal para la persecución de crímenes cometidos contra comunidades indígenas. Ejemplos de ello son el caso de Guatemala (en lo referente al genocidio cometido contra el pueblo Maya), el caso Pinochet (por la persecución sistemática contra la población mapuche en Chile), ambos guiados desde la jurisdicción española, o el caso Aché (relacionado con la deportación forzada de este pueblo en Paraguay durante la dictadura de Stroessner), sometido a los tribunales argentinos.

Con la intención de proveer de herramientas legales a los defensores de derechos humanos en relación a las comunidades indígenas, la presente guía busca ofrecer los elementos esenciales, así como algunos aspectos prácticos, del principio de jurisdicción universal.



FUNDACIÓN INTERNACIONAL
BALTASAR GARZÓN
PRO DERECHOS HUMANOS
Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL



GRUPO
INTERNACIONAL
DE TRABAJO SOBRE
ASUNTOS INDÍGENAS