

Presente y futuro de la jurisdicción universal.

El rol de la solidaridad internacional en su impulso y desarrollo, su relevancia frente crímenes atroces aún en curso, y los desafíos que implica su ejercicio.

Por Daniel E. Rodríguez Infante¹

1. Introducción.....	2
2. Jurisdicción universal y solidaridad internacional.....	2
2.1. La solidaridad como fundamento.....	2
2.2. La solidaridad desde la perspectiva de los pueblos.....	5
1.2.1. La experiencia de aquellas sociedades que han padecido acciones de criminalidad internacional: una mirada desde el activismo local.....	5
1.2.2. ¿Pueden proyectarse experiencias similares a futuro? El camino iniciado por otros diversos Estados en la lucha contra la impunidad.....	9
3. La especial incidencia de las investigaciones por jurisdicción universal en torno a experiencias criminales recientes o aún en curso. El ejemplo de Myanmar.	12
4. Desafíos jurídicos y complejidades en el ejercicio concreto de esta jurisdicción	19
4.1. Los desafíos que plantea la propia naturaleza de la jurisdicción universal y los principios que la condicionan.....	20
4.2. El modo en que tales extremos inciden sobre la praxis judicial durante la etapa inicial investigaciones. Algunas respuestas superadoras.	25
5. Conclusiones	28

¹ El autor se ha desempeñado, desde el año 2012 y hasta la fecha, como Fiscal Ad-Hoc y Auxiliar Fiscal en causas y juicios por delitos de lesa humanidad llevados adelante por la Oficina Fiscal de Asistencia en causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el Terrorismo de Estado en Mendoza, Ministerio Público Fiscal de la Nación, Argentina. Durante el año 2018 integró el Equipo Técnico Grupo Internacional de Expertos Independientes para Nicaragua (GIEI), en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y, entre los años 2008 y 2011, fue consultor y Funcionario (staff) –con el grado de especialista en Derechos Humanos- de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, OEA), Washington DC. Previamente integró Organizaciones no gubernamentales en Derechos Humanos (fue presidente del Consejo Latinoamericano de Derecho Internacional y Comparado –COLADIC-, coordinador del Área de Derechos Humanos de esa organización y socio fundador de la Organización no Gubernamental de Derechos Humanos XUMÉK). Es abogado por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina), magister en Derecho Penal y Ciencias Penales por esa misma Universidad, con estudios en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por American University Washington College of Law (EEUU) y graduado del programa de Formación de Aspirantes a Magistrados de la Escuela Judicial de la Nación -Consejo de la Magistratura- (Argentina).

1. Introducción

En esta breve reflexión procuraremos, en primer término, indagar respecto de la incidencia que sobre la promoción y desarrollo de procesos por jurisdicción universal han tenido y pueden tener ciertas expresiones de solidaridad internacional que emergen en aquellas sociedades que han atravesado determinadas experiencias de criminalidad masiva. Ello supondrá no sólo relevar algunas de las manifestaciones más importantes de activismo jurídico local vinculadas a tales procesos, sino también proyectar otros posibles escenarios que, cimentados sobre esos mismos principios, pudieren resultar favorables al avance de esta jurisdicción en el futuro cercano.

En segundo lugar, intentaremos dar cuenta del impacto diferenciado que los procesos por jurisdicción universal pueden tener frente a acciones criminales recientes o aún en curso. Concretamente, ponderaremos su potencialidad para condicionar la continuidad de tales crímenes -y, con ello, para contribuir a la eventual restauración institucional de los Estados en que estos son perpetrados-. Y es que, conforme lo señalaremos, entendemos que el sólo hecho de ser conscientes de esa potencialidad puede contribuir a robustecer los lazos de solidaridad que dan fundamento al ejercicio de esta jurisdicción. Tomaremos como ejemplo, por su representatividad, el caso de los crímenes perpetrados en Myanmar.

Finalmente emprenderemos, ya desde una perspectiva estrictamente vinculada a la praxis judicial, un análisis sobre los principales desafíos que enfrentan este tipo de procesos una vez que son impulsados. A tales efectos, relevaremos sucintamente los condicionamientos inherentes al ejercicio mismo de esta jurisdicción (en función de la naturaleza de los crímenes que la habilitan y de los principios de subsidiariedad, concurrencia, primacía y complementariedad que rigen la interacción entre las diversas jurisdicciones que pueden cernirse sobre un caso). Luego nos centraremos en la incidencia que estos factores exhiben durante los momentos iniciales de tales investigaciones y, por último, ensayaremos algunas posibles respuestas destinadas a superarlos.

2. Jurisdicción universal y solidaridad internacional

2.1. La solidaridad como fundamento

Es bien sabido que uno de los principios que da sustento y fundamento a la jurisdicción universal es el de la solidaridad. El propio Lemkin, creador e impulsor del vocablo genocidio² -que la humanidad haría propio para designar al hasta entonces *crimen sin nombre*³-, sostenía ya en octubre de 1933 que el concepto mismo de delitos contra el *derecho de gentes* (*delicta iuris gentium*) provenía “de la lucha interdependiente de la

² Raphael Lemkin, *Axis Rules in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Segunda Edición ed., New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd, 2008).

³ Lemkin mismo expresó en su momento haberse dado a la búsqueda de una palabra para este crimen, tras escuchar que Winston Churchill declaraba en 1941, respecto de las acciones perpetradas por el nazismo, que se estaba “ante un crimen sin nombre”. Véase: Berg Institute, *Totalmente extraoficial - Autobiografía de Rafael Lemkin*, D. Frieze y J. González Ibáñez, Edits. (España: Berg institute-fundación Berg oceana aufklärung, 2018); y

comunidad mundial civilizada contra la criminalidad”, explicitando que, “(d)esde el punto de vista formal, esta solidaridad aparece en el principio de represión universal, basado en el principio de que un delincuente puede ser llevado ante la justicia en el lugar donde fue detenido (forum loci deprehensionis), independientemente del lugar donde se cometió el delito y de la nacionalidad del autor”⁴.

Para diversos autores la cuestión puede remontarse incluso más atrás en el tiempo, hasta -por ejemplo- la denominada ley de la solidaridad humana, propiciada por Hugo Grocio (y vinculada con los crímenes que para entonces afectaban la libre navegación en altamar), en cuyo marco determinadas infracciones constituían una ofensa a la humanidad en su conjunto y, por tanto, generaban una obligación universal que exigía extraditar o juzgar a los responsables -*aut dedere, aut judicare*-⁵. Y si bien entendemos que este último principio y el de jurisdicción universal no deben confundirse, lo cierto es que, en lo que aquí interesa, ambos han sido desarrollados a partir de la noción de solidaridad⁶.

Desde entonces, infinidad de voces han encontrado en la idea de solidaridad uno de los anclajes elementales para dar sustento a la jurisdicción universal. Así, por ejemplo, Blanco Cordero ha señalado que *“(e)l principio de jurisdicción universal responde a la idea de que existen unos intereses jurídicos reconocidos y amparados por la Comunidad internacional, y que los ataques a los mismos, por razones de solidaridad internacional, pueden ser sancionados por cualquier Estado con independencia del lugar de comisión y con independencia de la nacionalidad de los sujetos responsables y de las víctimas”*⁷. En similar sentido se han pronunciado Manuel Ollé Sesé⁸, Cristina Rodríguez Yagüe⁹, Juan José Díez Sánchez¹⁰, y Cryer-Friman-Robinson-Wilmshurst¹¹, entre otros.

Por su parte, también la jurisprudencia internacional y comparada ha recogido la relación inescindible que se verifica entre las nociones de cooperación y solidaridad y el deber de investigar y juzgar crímenes internacionales con independencia del lugar

⁴ Raphael Lemkin, "The Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offenses Against the Law of the Nations, 1933" (en <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>).

⁵ Isidoro Blanco Cordero, Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo, Diario La Ley, año XXV, número 5980, 22 de marzo de 2004.

⁶ Al respecto puede verse: Mahmoud Cherif Bassiouni, Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea (Título original: *"Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice"*, publicado en Virginia Journal of International Law Association, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81), versión en español disponible en <https://corteidh.or.cr/tablas/R08116.pdf>.

⁷ Isidoro Blanco Cordero, Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo, Diario La Ley, año XXV, número 5980, 22 de marzo de 2004.

⁸ Manuel Ollé Sesé, Justicia Universal para Crímenes Internacionales, Madrid, 1ª ed., LA LEY grupo Wolters Kluwer, 2008.

⁹ Cristina Rodríguez Yagüe, "Criterios de Resolución de Conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales "ad-hoc" y la Jurisdicción Española: a vueltas con la Justicia Universal", Revista Electrónica de Estudios de Internacionales Nº 14, diciembre de 2007.

¹⁰ Juan José Díez Sánchez, "La Ley Penal en el Espacio, Teoría General y Análisis de la Legislación Española", Tesis Doctoral de la Universidad de Alicante, 1987.

¹¹ Robert Cryer, Hákan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, "An Introduction to international criminal law and procedure", Second Edition, Cambridge University, 2010.

donde fueron perpetrados. Sólo a título de ejemplo, en Argentina esta noción ha sido expresamente consignada en fallos paradigmáticos como “Priebke”¹² o “Etchecolatz”¹³, que si bien no fueron dictados en el marco de procesos por jurisdicción universal, aludieron a la cuestión por estar referidos al juzgamiento de crímenes internacionales. Y es precisamente esta misma idea la que está detrás de gran parte de los diversos procesos sustentados en este tipo de jurisdicción que serán citados más adelante en esta reflexión, tales como *Pinochet* o *Cavallo*, entre otros.

Incluso, en términos más amplios, hay diversos instrumentos internacionales que cimentan sobre la solidaridad los deberes y obligaciones que imponen o declararan para los Estados frente a diversos escenarios vinculados con la persecución de determinados delitos, con el mantenimiento de la paz, el desarrollo democrático, la responsabilidad frente a hechos ilícitos internacionales y, en general, con el modo en que debe establecerse toda relación interestatal -y si bien tales instrumentos no se refieren directamente a la jurisdicción universal, recogen principios similares a aquellos que sustentan el instituto jurídico aquí examinado-.

Así, y sólo por poner algunos ejemplos, el Tratado Interamericano de Asistencia recíproca¹⁴ invoca los principios de solidaridad y cooperación como normas en las que deben sostenerse las relaciones interestatales, considerándolos a la vez, y junto a aquellos que habían sido enunciados en el Acta de Chapultepec, como elementos constitutivos de la base jurídica del Sistema Interamericano. Por su parte, la referida Acta de Chapultepec¹⁵, que había sido adoptada en el marco de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, contiene múltiples referencias a la solidaridad internacional, en este caso a partir de la relación intrínseca que dicho instrumento reconoce entre ese principio y la defensa de los derechos y el mantenimiento de la paz. A la vez, el Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁶ establece, en su capítulo III -referido a las violaciones graves a normas imperativas de derecho internacional general-, que “(l)os Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40”¹⁷. A su turno, y esta vez con foco en la consolidación de la democracia, la Carta Democrática Interamericana¹⁸ enfatiza, en reiteradas oportunidades, la vinculación existente entre el progresivo desarrollo democrático y los lazos de solidaridad entre los Estados.

¹² CSJN, Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa n° 16.063/94. P. 457. XXXI. 02/11/1995. Fallos: 318:2148.

¹³ TOF N° 1 de La Plata, Causa N° 2251/06 (Miguel Osvaldo Etchecolatz), sentencia con veredicto de 19 de septiembre del 2006 y fundamentos de 26 de septiembre de 2006.

¹⁴ Río de Janeiro, 02/09/1947.

¹⁵ Oficialmente denominada “Declaración sobre Asistencia Mutua y Solidaridad Americana”, México DF, 03/03/1948.

¹⁶ Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (53º período de sesiones, A/56/10) y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

¹⁷ Art. 41 del citado instrumento.

¹⁸ Lima, Perú, 11/09/2001.

En definitiva, resulta claro que la solidaridad internacional, sobre la que descansa gran parte del andamiaje mismo de las relaciones interestatales, cobra particular relevancia como sustento último de la jurisdicción universal, la que se erige así, no sólo como herramienta pragmática para la lucha contra la impunidad, sino como respuesta jurídica impulsada por la comunidad internacional para cohesionar posiciones frente a la envergadura y naturaleza de los crímenes a los que aquella se extiende.

2.2. La solidaridad desde la perspectiva de los pueblos

Ahora bien, entendemos que este principio de solidaridad en el que se apoya la jurisdicción universal no sólo se expresa en la colaboración internacional representada por la actuación de los Estados en los que se decide emprender este tipo de procesos, sino también en la que exhiben aquellas sociedades en las que estos tienen lugar.

Y en este último sentido, tal como seguidamente procuraremos explorar, algunos indicadores parecen dar cuenta de que las respuestas más permeables de determinados Estados frente a procesos por jurisdicción universal guardan estrecha relación con sus propias experiencias frente a fenómenos criminales similares a aquellos cuya investigación emprenden.

En ese marco, relevaremos en primer término algunas experiencias de investigación y/o juzgamiento que responden a esta premisa, concentrándonos particularmente en las diversas expresiones de activismo local que se han verificado en tales procesos.

En segundo lugar, intentaremos proyectar, bajo esa misma lógica, otros escenarios potenciales de aceptación de la jurisdicción universal que podrían suscitarse en ciertos países que, aun cuando no han registrado todavía procesos de tales características, parecen haber emprendido un camino de compromiso contra la impunidad de graves violaciones a derechos humanos que podría constituir la antesala de aquella.

1.2.1. La experiencia de aquellas sociedades que han padecido acciones de criminalidad internacional: una mirada desde el activismo local

Como anticipamos, cuando se da sustento a la jurisdicción universal a través del principio de solidaridad se lo hace, usualmente, con referencias directas a las responsabilidades que los Estados tienen en cuanto tales, frente a los crímenes internacionales que habilitan dicha jurisdicción. Sin embargo, y aunque ello suponga acertadamente enfatizar los deberes estatales que de allí emergen (y que delimitan, tal como luego consignaremos, las responsabilidades que tienen a su cargo los respectivos sistemas de administración de justicia); existe otra faceta de la relación entre jurisdicción universal y principio de solidaridad que nos interesa aquí destacar, no ya referida exclusivamente a los lazos de cooperación de carácter interestatal, sino a aquellos que expresan los propios pueblos, a partir de la lucha mancomunada contra la impunidad de crímenes atroces, materializados en la participación activa de diversos colectivos de víctimas y organismos de derechos humanos de la sociedad civil.

Desde esta perspectiva, no deben llamar la atención los diversos ejemplos que la historia reciente exhibe en torno al modo en que aquellas sociedades que han sufrido genocidio o crímenes de lesa humanidad son habitualmente las que ofrecen un terreno más fértil para el avance de causas por jurisdicción universal vinculadas con crímenes atroces perpetrados en otras latitudes. Y si bien ello puede obedecer a múltiples factores sobre los que no nos interesa profundizar aquí (en algunos casos una mayor y mejor formación de las agencias estatales -usualmente a partir de su propio tránsito por sistemas más o menos exitosos de justicia transicional-, un marco normativo más permeable a esta jurisdicción, etc.), parece indubitable que, al menos en parte, ello también se ha visto fortalecido por el acompañamiento y apoyo de las propias sociedades en que tales procesos penales tienen lugar, movilizadas por el horror de las experiencias criminales que ellas mismas han padecido.

Entendemos que en esa lógica se inscriben las experiencias sobre jurisdicción universal registradas en países como España, Argentina, Alemania o Senegal.

En el caso del primero, basta con examinar aquellos procesos iniciados contra militares argentinos cuando aún estaban vigentes en este último país las denominadas leyes de impunidad -que en términos generales impedían la investigación y juzgamiento de los crímenes cometidos en el contexto de dictadura militar que allí rigió entre 1976 y 1983-¹⁹.

Y es que, según lo entendemos, y más allá de la incidencia que ineludiblemente debió tener sobre la tramitación de tales expedientes el hecho de que entre las víctimas de la dictadura argentina hubiera un número considerable de personas de nacionalidad española, parece bastante evidente que también la propia experiencia de criminalidad masiva sufrida por España durante el régimen franquista jugó un papel relevante en el activismo local que tales casos exhiben.

Así, por ejemplo, si se examina el precedente Scilingo, y más allá de los elementos de conexión con los intereses españoles que se ponderaron en el caso (como el hecho, ya mencionado, de víctimas españolas en la dictadura militar argentina, o la circunstancia de que el acusado estuviera residiendo en España)²⁰, resulta claro que la solidaridad de

¹⁹ La referencia es a las denominadas *Leyes de Punto Final* (23.492) y *Obediencia debida* (23.591), que pueden consultarse, respectivamente, en:

<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>

<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm>

En agosto de 2004 ambas normas serían declaradas insanablemente nulas por la Ley 25.779 y finalmente, en junio de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declarar la inconvencionalidad e inconstitucionalidad de aquellas en el precedente “Simón” (CSJN. Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. -causa N° 17.768-. Fallos: 328:2056. 14 de junio de 2005), reabriéndose a partir de entonces los procesos por delitos de lesa humanidad. La Ley 25.779 puede consultarse en:

<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/88140/norma.htm>.

²⁰ Valga no obstante aclarar que tales extremos no constituyeron, finalmente, el vértice del caso, que se sustentó en el principio de jurisdicción universal y derivó en la condena de Scilingo por una multiplicidad de víctimas respecto de las cuales la nacionalidad no fue un factor determinante. Véanse al respecto sentencias de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005 y del Tribunal Supremo Español del 01 de octubre de 2007. Ambas decisiones pueden consultarse en el sitio web del Poder Judicial de España, respectivamente:

una sociedad que padeció acciones criminales similares explica, al menos en parte, la relevante intervención que tuvieron en dicho proceso diversos actores locales. En efecto, no sólo debe apuntarse que la propia denuncia que dio lugar al caso fue articulada por la Unión Progresista de Fiscales de España²¹, sino que además, a la par de las acusaciones particulares actuaron diversas *acusaciones populares* entre las cuales, en adición de aquellas constituidas por organizaciones argentinas (como la Comisión de Solidaridad con Familiares de Desaparecidos en Argentina -Co.So.Fam-), se encontraban múltiples organizaciones españolas, tales como Iniciativa Per Cataluña, Asociación Libre de Abogados, Asociación para la Defensa y Progreso de los Intereses Ciudadanos (Politeia) o la agrupación política Izquierda Unida, entre otras.

En similar sentido, en el caso que fuera iniciado, también en España, contra el ex militar argentino Ricardo Miguel Cavallo, y que dio lugar a la orden de extradición emitida en su contra por el Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, también actuaron diversas acusaciones populares constituidas por organizaciones españolas (valga recordar que Cavallo fue detenido y extraditado a España en el marco de ese proceso, hasta que más tarde, luego de la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final antes mencionadas, fue remitido a la Argentina para ser finalmente juzgado allí)²².

Varias de las organizaciones antes mencionadas actuaron también en el proceso seguido contra Augusto Pinochet²³ y en el referido al genocidio guatemalteco. Valga enfatizar que en este último caso el activismo local fue un factor particularmente relevante en el desenlace positivo que finalmente exhibió el proceso. Y es que durante su tramitación se habían adoptado interpretaciones más restrictivas en torno a la jurisdicción universal que aquellas sostenidas en los precedentes antes consignados. Incluso, el propio Tribunal Supremo Español había exigido la acreditación de un vínculo con intereses nacionales para la procedencia de esta jurisdicción (decisión del 15/07/2002). Sin embargo, a partir de demandas de amparo propiciadas por la representación de diversas organizaciones -entre ellas varias españolas-, aquellas decisiones de carácter restrictivo

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/07f691fa8f7d6bb2/20050602>

y

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7bbcaf03b4a29f0c/20090910>

Aclaración: en tales versiones no figuran las identidades reales de las personas mencionadas en las respectivas sentencias en razón de la política de “anonimización” del referido sitio web. Versiones de tales sentencias con las respectivas identidades pueden consultarse en:

[https://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-\(Scilingo\)-Sentencia-condenatoria.htm](https://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2005-04-19-AN-(Scilingo)-Sentencia-condenatoria.htm)

y

<https://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2009/JornadasobrlaMemoriHist%C3%B2ricaDemocr%C3%A0tica09/SENTENCIA%20TRIBUNAL%20SUPREMO%20CASO%20SCILINGO.pdf>.

²¹ Véase el “Auto de procesamiento a 98 militares argentinos” adoptado en el marco del caso “Scilingo” (Sumario 19/97-L Terrorismo y Genocidio, tramitado en esa instancia por el Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional de Madrid). En <https://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/gar.html>.

²² Algunas de las presentaciones realizadas por tales acusaciones pueden verse en:

<https://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/otras.html>

<https://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/cavallo-pedido.html>

<https://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/cavallo-extra.html>

²³ Diversas presentaciones realizadas por tales Acusaciones Populares pueden consultarse en: <https://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/>

fueron finalmente anuladas por el Tribunal Constitucional de España (decisión del 26/09/2005), dando lugar a la continuidad del proceso²⁴.

Por su parte, y tal como ocurriera en España, también el sistema de administración de justicia argentino se ha mostrado receptivo a la tramitación de causas con anclaje en el principio de jurisdicción universal, particularmente tras la consolidación del proceso de memoria, verdad y justicia atravesado por este país.

En tal sentido, y en consonancia con la intervención activa de actores locales a la que venimos haciendo referencia, resulta ilustrativo que el proceso que tramita en Argentina en torno a los crímenes perpetrados en España durante el régimen franquista fue iniciado a partir de una querella articulada por múltiples organizaciones no sólo españolas sino también argentinas, tales como Abuelas de Playa de Mayo, Liga Argentina por los Derechos del Hombre, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Comisión Provincial por la Memoria, Asociación de Ex Detenidos-Desaparecidos e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), entre otras²⁵. Valga mencionar que gran parte de tales organizaciones, emblemáticas para el movimiento de DDHH en Argentina, habían tenido -y continúan teniendo- una incidencia fundamental en el impulso y desarrollo del proceso de juzgamiento transitado en Argentina respecto de los crímenes perpetrados en el contexto de la última dictadura militar de este país.

Otro ejemplo claro de activismo local puede observarse en la causa que tramita en este país contra funcionarios e integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad de Myanmar. Como es sabido, en apoyo de la organización Rohingya BROUK (Burmese Rohingya Organisation UK), han actuado en ese proceso organizaciones argentinas como Abuelas de Plaza de Mayo y el Servicio Paz y Justicia (SERPAJ)²⁶.

²⁴ La sentencia del Superior Tribunal Español puede consultarse en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e88978f98c94d9b2/20030516>

Para una versión no sujeta al proceso de “anonimización” antes referido, puede consultarse:

<https://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/gtmsent.html>

La sentencia del Tribunal Constitucional puede consultarse en:

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5497>

²⁵ El texto de la presentación puede consultarse en: <https://aricomemoriaaragonesa.com/wp-content/uploads/2009/03/querella-criminal-por-los-delitos-de-genocidio-y-o-de-lesa-humanidad-que-tuvieron-lugar-en-espana.pdf>. Esta presentación daría lugar a la causa N° 4591/2010, nominada “N.N. por genocidio y/o crímenes de lesa humanidad cometidos en España por la dictadura franquista entre el 17 de julio de 1936, comienzo del golpe cívico militar, y el 15 de junio de 1977, fecha de celebración de las primeras elecciones democráticas”, cuyo trámite continúa hasta la actualidad.

²⁶ Algunos comunicados de prensa oficiales sobre dicho trámite pueden consultarse en el sitio web del Ministerio Público Fiscal de Argentina. Por ejemplo:

<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/la-camara-federal-portena-ordeno-investigar-la-denuncia-sobre-crimes-de-lesa-humanidad-en-myanmar/>

<https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/solicitan-la-captura-internacional-de-un-expresidente-una-ganadora-del-premio-nobel-de-la-paz-y-de-23-funcionarios-y-militares-de-myanmar-por-genocidio-y-crimes-de-lesa-humanidad-cometidos-en-ese-p/>

También pueden consultarse los avances sobre este caso en el sitio web del Mecanismo de Investigación Independiente para Myanmar establecido en el ámbito de Naciones Unidas: <https://iimm.un.org/en/universal-jurisdiction>

Por último, y según lo anticipamos, lo hasta aquí consignado no es más que un breve relevamiento de algunos casos paradigmáticos de jurisdicción universal en los que diversas organizaciones locales tuvieron tenido un rol relevante. Podrían citarse muchos otros, tales como el seguido en Alemania contra los ex funcionarios Sirios Anwar Raslan y Eyad Al-Gharib -en el cual el Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos, con sede en Berlín, jugó un papel fundamental-; o el tramitado en Senegal contra Hissène Habré -proceso al que se vincularon también diversas organizaciones locales que, aun cuando no intervinieron como querellantes, prestaron apoyo jurídico y logístico a quienes llevaron adelante el litigio (por ejemplo: el Encuentro Africano para la Defensa de los Derechos Humanos -RADDHO-, o la Liga Senegalesa de Derechos Humanos -LSDH-, entre otros).

Este ajustado relevamiento parece corroborar que, según se anticipó, aquellas sociedades que han atravesado episodios significativos de criminalidad organizada suelen ser más proclives a sumar esfuerzos en la lucha colectiva contra la impunidad, particularmente a partir del involucramiento directo de actores locales.

1.2.2. ¿Pueden proyectarse experiencias similares a futuro? El camino iniciado por otros diversos Estados en la lucha contra la impunidad.

Ahora bien, si examinamos otros aspectos de las experiencias consignadas, podemos advertir que, a la par de los avances jurisprudenciales referidos, dichos Estados fueron registrando desarrollos normativos que, o bien recogieron expresamente la jurisdicción universal, o bien propiciaron de un modo u otro la investigación y juzgamiento de crímenes internacionales y, con ello, generaron un marco de mayor permeabilidad hacia procesos de esta naturaleza.

Así, si volvemos sobre España, se advierte que a nivel normativo constituyó sin dudas una de las referencias paradigmáticas en la recepción de la jurisdicción universal, al menos hasta las recientes reformas de 2009 y 2014 que impusieron diversas restricciones a su alcance y funcionamiento. Recuérdese, en este sentido, que la Ley Orgánica del Poder Judicial, desde 1985 contemplaba -en su artículo 23.4- una cláusula amplia de reconocimiento a dicho principio²⁷ (la cual, no obstante, sufriría sucesivas reformas que fueron restringiendo dicho marco de acción²⁸).

Alemania, por su parte, sancionó en 2002 un nuevo Código de Crímenes de Derecho Internacional que expresamente recogió la jurisdicción universal para los delitos de genocidio, crímenes de lesa y los crímenes de guerra. Valga mencionar si bien ya habían tramitado en Alemania procesos por jurisdicción universal sobre la base normativa

²⁷ La Ley Orgánica 6/1985 puede consultarse en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12666>

²⁸ La reforma de 2009 comenzó a exigir que los “*presuntos responsables se encuentr(e)n en España o que exist(a)n víctimas de nacionalidad española, o (que se) constata(e) algún vínculo de conexión relevante con España*”, mientras que la reforma del año 2014 estableció otras diversas exigencias para dar curso a este tipo de ejercicio jurisdiccional. Ambas reformas pueden consultarse, respectivamente, en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-17492>

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-2709

preexistente a la sanción de dicho Código -como es el caso del emblemático precedente *Jorgic-*, lo cierto es que el ejercicio de tal jurisdicción se encontraba limitado por determinadas exigencias (tales como, por ejemplo, la presencia del imputado en territorio alemán u otro tipo de vínculo con intereses alemanes). La sanción del nuevo código significó una recepción amplia y menos limitada de esta jurisdicción (sin perjuicio de ciertos obstáculos y limitaciones que se han observado, no ya a nivel normativo, sino en sus modos de aplicación por parte del sistema de administración de justicia)²⁹.

En Argentina, si bien no existieron reformas normativas expresamente referidas a la jurisdicción universal con posterioridad al período dictatorial, lo cierto es que los diversos casos que han tramitado y tramitan bajo dicho principio han encontrado anclaje en la costumbre internacional, a la que se ha dado reconocimiento a partir de la interpretación evolutiva de normas locales preexistentes (particularmente del art. 118 de la Constitución Nacional, que constituye una cláusula de apertura al Derecho de Gentes). Así, por ejemplo, cuando en el emblemático fallo “Simón” -que dio lugar a la reapertura de los juicios por delitos de lesa humanidad en este país- se alude a la jurisdicción universal, se lo hace en los siguientes términos: *“aun antes de (la) jurisprudencia internacional, los delitos contra el derecho de gentes hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118 de la Constitución Nacional que contempla los delitos contra el derecho de gentes fuera de los límites de la Nación”* (valga aclarar que se trata de una referencia contextual, ya que dicho proceso no involucraba el ejercicio de esta jurisdicción, en tanto se refería a delitos perpetrados en argentina durante la dictadura militar)³⁰.

Otros argumentos en favor de la jurisdicción universal en este país se han apoyado en la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de Derechos Humanos que

²⁹ Para mayor detalle puede consultarse: “Alemania - La lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal”, publicado por Amnistía Internacional (EUR 23/003/2008), en:

<https://www.amnesty.org/es/documents/eur23/003/2008/es/>

A la vez, y no obstante el análisis crítico consignado en el informe supra citado, no deben soslayarse los avances más recientes operados en la jurisprudencia de ese país, como es el caso del ya mencionado proceso seguido contra Anwar Raslan y Eyad Al-Gharib.

³⁰ Véase: CSJN. Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad etc. -causa N° 17.768-. Fallos: 328:2056. 14 de junio de 2005. En similar sentido: CSJN. Ramos Lorenzo y otros S/S/Denuncia. Fallos: 329:4500. 24 de octubre de 2006.

Pueden consultarse, respectivamente, en:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381>

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=610028&cache=1730298254581> (fallo, con remisión al dictamen del Procurador)

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5987251> (dictamen del Procurador).

tuvo lugar tras la restauración democrática³¹, como también en decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos³².

Ahora bien, desde esta perspectiva es posible augurar que otros Estados que han sufrido también experiencias de criminalidad masiva y que han comenzado a transitar procesos de consolidación democrática y fortalecimiento institucional, podrían albergar en el futuro cercano nuevos procesos por jurisdicción universal, particularmente si estos comienzan a ser acompañados o impulsados por sus propias organizaciones de la sociedad civil.

En este sentido, puede pensarse en ciertas naciones que, aun cuando no registran todavía jurisprudencia por jurisdicción universal, comenzaron ya a desarrollar marcos normativos que recogen directamente aquel principio -como es el caso de la Sudáfrica post *apartheid*³³-, o que -sin haberlo hecho aún- regulan cuestiones atinentes a la investigación y juzgamiento de crímenes internacionales, en lo que podría constituir, según dijimos, el preludio de una mayor receptividad hacia procesos sustentados en aquel principio. Entre estos últimos pueden mencionarse casos como el de Bosnia y Herzegovina, Ruanda, Camboya o Timor del Este, entre otros.

Como es sabido, en el primero de ellos, a instancias del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y con el objeto de complementar el trabajo del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (y particularmente de darle continuidad al juzgamiento de estos crímenes una vez que cesara el mandato de aquel), se creó la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia y Herzegovina, como parte de la División Penal de la Corte Nacional enfocada en el juzgamiento de crímenes internacionales³⁴. Ello fue acompañado de la modificación del Código Penal, que en el año 2003 delimitó los crímenes de guerra, de lesa humanidad y el genocidio³⁵.

En Ruanda, a la par de los esfuerzos internacionales vinculados con la investigación y juzgamiento del genocidio perpetrado en ese país (como es el caso del Tribunal Penal Internacional para Ruanda), se crearon los Tribunales Gacaca, como mecanismo de

³¹ Constitución Argentina de 1994. En: http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constitucion_Nacion_Argentina.pdf

³² Así, por ejemplo, se ha invocado el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 133/99, en el que dicho Organismo Internacional ponderó la recepción que la jurisdicción universal tenía para entonces en diversos instrumentos internacionales. Véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 133/99, caso 11.725 - Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 de noviembre de 1999. Puede consultarse en:

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Chile11.725.htm#9>

³³ Sudáfrica, al implementar el Estatuto de Roma, estableció diversas precisiones vinculadas con el ejercicio de la jurisdicción universal. Al respecto puede verse el Acta 27 de 2002, de implementación del Estatuto de Roma, en:

https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a27-02.pdf

³⁴ Mayor información al respecto puede encontrarse en el sitio web de la Corte de Bosnia y Herzegovina, en: <https://www.sudbih.gov.ba/>

³⁵ El Código Criminal puede consultarse en el sitio web de la Corte de ese país, en: <https://www.sudbih.gov.ba/Content/Read/krivicno-pravo>

justicia comunitaria dirigido a contribuir con el procesamiento de tales crímenes³⁶. A la vez, la Ley Orgánica N° 40/2000, por la que se definió la jurisdicción y funcionamiento de aquellos Tribunales, delimitó diversas cuestiones vinculadas con la judicialización de tales crímenes³⁷.

Camboya, por su parte, tras la experiencia criminal vinculada con los Jemeres Rojos (1975-1979), dio creación en el año 2006 -y en colaboración con la Organización de Naciones Unidas- a las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (E.C.C.C., “Tribunal de los Jemeres Rojos”, o simplemente “Tribunal de Camboya”)³⁸. Un poco antes había ratificado el Estatuto de Roma (2002) y previamente había hecho lo propio con los Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra (1998).

Timor del Este, por su parte, ha experimentado un proceso significativo de fortalecimiento institucional, dando pasos relevantes hacia la investigación y juzgamiento de los crímenes allí perpetrados, lo cual -según dijimos- puede constituir la antesala de una mayor apertura hacia el principio de jurisdicción universal. En este sentido, no puede dejar de mencionarse la instauración de la Comisión de Recepción, Verdad y Reconciliación (CAVR) -y la adopción de su informe “Chega!”- y, más tarde, la instalación de su organismo sucesor, el Centro Nacional Chega! (CNC)³⁹. También debe destacarse en este sentido la creación de los Paneles Especiales para crímenes graves -y particularmente de la Unidad de Crímenes Graves (SCU)-, instituidos en el marco de la Administración Transicional en Timor Oriental (UNTAET).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, es posible pensar que si la sociedad civil de tales naciones, movilizada por la solidaridad que se cimienta sobre las propias experiencias criminales sufridas, comienza a acompañar el impulso y desarrollo de este tipo de procesos en torno a acciones criminales similares sufridas en otras latitudes, el devenir puede augurar que alguno o varios de tales Estados se sumen a aquellos que hasta hoy han enarbolado el ejercicio de esta jurisdicción.

3. La especial incidencia de las investigaciones por jurisdicción universal en torno a experiencias criminales recientes o aún en curso. El ejemplo de Myanmar.

Ahora bien, sea que se trate de aquellos países que ya vienen registrando antecedentes jurisprudenciales por jurisdicción universal o de aquellos que previsiblemente podrían comenzar a hacerlo en lo sucesivo, lo cierto es que, si proyectamos el análisis sobre experiencias futuras, resulta interesante pensar si los procesos sustentados en aquel principio podrían tener una incidencia particular frente a aquellos escenarios criminales recientes o aún en desarrollo. Y es que, de constatare que así fuere, ello podría

³⁶ Un análisis crítico sobre los aciertos y desaciertos del trabajo desarrollado por tales Tribunales puede verse en: <https://www.hrw.org/report/2011/05/31/justice-compromised/legacy-rwandas-community-based-gacaca-courts>

³⁷ El texto de dicha norma puede consultarse en: <https://www.legal-tools.org/doc/0bdf0f/pdf>

³⁸ Para mayor información puede consultarse el sitio web oficial del Tribunal de Camboya, en: <https://www.eccc.gov.kh/en>

³⁹ Mayor información puede encontrarse en su sitio web oficial: <https://centrochega.gov.tl/>

contribuir a reforzar los lazos de solidaridad que expresan las sociedades en las que tales procesos son impulsados.

Al respecto, parece innegable que, en estos supuestos, el avance de investigaciones de estas características no sólo supone un aporte relevante para la lucha contra la impunidad -con las consecuentes repercusiones que ello tiene en el plano de la prevención general positiva-, sino que puede incluso contribuir a la merma progresiva de tales acciones criminales y, con ello, al eventual desarrollo -al menos a mediano plazo- de procesos de restauración institucional en los lugares donde tales delitos son perpetrados. El caso de Myanmar puede constituir un ejemplo emblemático para examinar esta cuestión.

Y es que, como es sabido, tras las acciones criminales perpetradas contra los rohingya durante las operaciones de limpieza llevadas adelante por el ejército de Myanmar entre 2016 y 2017, se produjo -en febrero de 2021- un golpe de Estado en cuyo marco se intensificaron las violaciones graves a derechos humanos y la comisión de crímenes internacionales⁴⁰.

Pues bien, en consonancia con las premisas aquí planteadas, parece posible afirmar que, en mayor o menor medida, las investigaciones que comenzaron a desarrollarse tanto el ámbito de la Corte Internacional de Justicia⁴¹ y de la Corte Penal Internacional⁴², como también, en lo que aquí respecta, los avances registrados en el proceso por jurisdicción universal que tramita actualmente en Argentina, contribuirán a condicionar progresivamente dicho escenario criminal.

En lo que hace al proceso en trámite ante el primero de los tribunales mencionados, si bien no podrán derivarse de allí -al menos directamente- responsabilidades penales individuales, lo cierto es que el avance de dicho proceso supone *per se* amplificar la trascendencia internacional de los hechos criminales allí perpetrados y, con ello, propender a la pérdida progresiva de cualquier legitimidad que el régimen instaurado en dicho país pudiere tener. Valga trazar al respecto un paralelismo con la experiencia argentina, recordando el considerable impacto negativo que, para la dictadura militar que gobernó el país entre 1976 y 1983, tuvo aquella visita realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1979 y el posterior informe adoptado por dicho organismo internacional⁴³.

En cuanto a la Corte Penal Internacional, si bien el asunto allí tramitado se vincula estrictamente con aquellos delitos relacionados con la deportación forzada de rohingyas a través de la frontera con Bangladesh (precisamente eso explica la competencia de la Corte Penal Internacional, en tanto este último Estado -a diferencia de Myanmar- sí es

⁴⁰ Mayor información puede recabarse a partir del trabajo realizado por el Mecanismo de Investigación Independiente para Myanmar establecido en el ámbito de Naciones Unidas. Sus informes anuales pueden consultarse en: <https://iimm.un.org/annual-reports/>.

⁴¹ La información sobre este proceso puede consultarse en el sitio web de la Corte Internacional de Justicia, concretamente en: <https://www.icj-cij.org/case/178>

⁴² Para mayor información puede verse: <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>.

⁴³ El informe de la CIDH puede consultarse en: <https://cidh.oas.org/countryrep/argentina80sp/indice.htm>

parte del Estatuto de Roma), lo cierto es el mensaje de *no impunidad* que esta investigación comunica trascenderá a quienes puedan ser responsabilizados por tales acciones. Y es que, en definitiva, aquella salvaguarda que desde el punto de vista de la responsabilidad penal individual parecían tener los funcionarios de Myanmar frente al juzgamiento internacional se resquebraja progresivamente en tanto, al menos respecto de tales hechos, un tribunal internacional creado por un estatuto del que su país no forma parte, comienza de todos modos a dar pasos firmes para su eventual juzgamiento⁴⁴. Valga mencionar que el 27 de noviembre pasado, el Fiscal ante dicho Tribunal solicitó el arresto de Min Aung Hlaing, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de Myanmar (sumado a que, en declaraciones emitidas en torno a dicha acción, anticipó también que nuevas órdenes de arresto serían requeridas en lo sucesivo)⁴⁵.

Ahora bien, los condicionamientos que este tipo de investigaciones pueden ir progresivamente generando sobre las acciones criminales desarrolladas en Myanmar pueden verse aún con mayor claridad si se examina la potencialidad que ofrecen los procesos por jurisdicción universal.

Así, si tomamos como ejemplo la causa actualmente en trámite en Argentina, puede advertirse que parte de los posibles responsables de algunas de las acciones criminales cometidas en Myanmar (en este caso, las perpetradas estrictamente contra la comunidad rohingyas en ese país⁴⁶) enfrentan ya una limitación clara a la impunidad de la que venían gozando en tanto recientemente se hizo lugar a las órdenes de captura solicitadas por el Ministerio Público Fiscal argentino, por lo cual muchos de ellos podrían ser detenidos en caso de salir de Myanmar⁴⁷. Evidentemente, en mayor o menor medida, este tipo de acciones judiciales contribuirá a condicionar progresivamente el devenir de los sucesos criminales aún en curso en dicho país. Por ello, resultará relevante seguir de cerca el devenir de los demás procesos que bajo dicha jurisdicción se han impulsado o se impulsan en torno a Myanmar en países como Indonesia, Filipinas,

⁴⁴ La competencia de dicho Tribunal, en el caso, parte de la premisa de que al menos parte de las acciones criminales se extendieron sobre otro Estado sujeto a la jurisdicción de la Corte, lo que habilita su intervención no sólo sobre aquellas, sino también sobre otras que se encuentran directamente vinculadas a las mismas (en función del denominado “lazo territorial” con los hechos perpetrados en Bangladesh).

⁴⁵ Véase: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-application-arrest-warrant-situation-bangladesh>

⁴⁶ Al respecto puede consultarse la información publicada por el Ministerio Público Fiscal de la Nación tras el fallo adoptado por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el que se dispuso revocar la decisión de primera instancia que había dispuesto el archivo de las actuaciones y, consecuentemente, continuar con la investigación. Véase en: <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/la-camara-federal-portena-ordeno-investigar-la-denuncia-sobre-crimenes-de-lesa-humanidad-en-myanmar/>

⁴⁷ Véase al respecto: <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/solicitan-la-captura-internacional-de-un-expresidente-una-ganadora-del-premio-nobel-de-la-paz-y-de-23-funcionarios-y-militares-de-myanmar-por-genocidio-y-crimenes-de-lesa-humanidad-cometidos-en-ese-p/>
También véase: https://www.globaljusticecenter.net/update-the-universal-jurisdiction-case-against-myanmar-officials/?utm_source=chatgpt.com y <https://iimm.un.org/en/universal-jurisdiction>

y Turquía, como también los que pudieran impulsarse en el futuro en cualquier otro Estado⁴⁸.

Y en este punto, debe advertirse que, si bien el proceso tramitado en Argentina no abarca a la totalidad de las acciones criminales desplegadas en aquel país, lo cierto es que sus efectos pueden claramente ser replicados -y amplificados- por otras eventuales investigaciones que pudieren iniciarse en otras latitudes con relación a otros diversos crímenes no comprendidos en aquella causa.

A la vez, debe tenerse en consideración que, a diferencia de lo que ocurre con la Corte Penal Internacional, este tipo de procesos no enfrentan los límites jurisdiccionales inherentes a la naturaleza estatutaria de dicho Tribunal, con lo cual sus posibilidades pueden resultar potencialmente muy significativas -y, con ello, amplificar su incidencia sobre la criminalidad en curso-.

Por último, con relación a Myanmar, no podemos dejar de mencionar que, en ese caso en concreto, tanto las investigaciones actualmente en curso como cualquier otra que pudiere propiciarse en el futuro cuentan (y contarán) con el aporte probatorio fundamental que deriva del trabajo que viene realizando el Mecanismo de Investigación Independiente para Myanmar establecido en el ámbito de Naciones Unidas⁴⁹. Como es sabido, dicho mecanismo, creado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2018, tiene precisamente entre sus funciones, no sólo la de *“recopilar, preservar y analizar evidencia de los crímenes internacionales más graves cometidos en Myanmar desde 2011”* (incluyendo genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad), sino también la de *“preparar expedientes judiciales para compartir con tribunales o cortes nacionales, regionales o internacionales a fin de facilitar y agilizar procedimientos penales justos e independientes”*⁵⁰. Es en ese marco que ha sido un actor relevante para las investigaciones llevadas a cabo en el ámbito de la Corte Penal Internacional⁵¹ y de la Corte Internacional de Justicia⁵², y para aquella actualmente en curso en Argentina bajo el principio de jurisdicción universal⁵³. Y seguramente continuará siéndolo frente a cualquier otro proceso que pudiere iniciarse en lo sucesivo.

Ahora bien, en consonancia con lo hasta aquí dicho, valga reiterar que Myanmar no es más que un ejemplo, entre muchos otros que podrían hoy relevarse, de escenarios actuales de perpetración de crímenes internacionales frente a los cuales la solidaridad internacional puede constituir un factor de relevancia para la urgente y necesaria adopción de acciones concretas que, cuanto menos, contribuyan a mermar su despliegue y desarrollo, particularmente si se tiene en cuenta que en tales supuestos no

⁴⁸ Para mayor información sobre los procesos por jurisdicción universal que tramitan en dichos países respecto de la situación en Myanmar, véase la sección *Newsroom* del Myanmar Accountability Project: <https://the-world-is-watching.org/>

⁴⁹ Véase *supra* nota al pie N° 40.

⁵⁰ Ver: <https://iimm.un.org/en/what-iimm>

⁵¹ Ver: <https://iimm.un.org/en/icc-situation-bangladeshmyanmar>

⁵² Ver: <https://iimm.un.org/en/icj-gambia-v-myanmar>

⁵³ Ver: <https://iimm.un.org/en/universal-jurisdiction>

es previsible esperar, al menos en el corto plazo, ninguna investigación seria en el propio Estado donde tales crímenes están siendo perpetrados⁵⁴.

En este marco, parece prioritario plantear estrategias de litigio que den cuenta de la relevancia de acompañar estos procesos, particularmente frente a escenarios de criminalidad aún activa, en tanto, en estos supuestos, las investigaciones que se emprendan no constituirán sólo un bastión en la lucha contra la impunidad, sino que podrán incluso fungir como una herramienta valiosa para contribuir al cese de tales acciones. Como indicamos, la ponderación de tales premisas posiblemente contribuya a reforzar los lazos de solidaridad motorizados por aquellas organizaciones locales vinculadas con la defensa y promoción de los Derechos Humanos que actúan en el ámbito de los Estados en los que se pueda pretender impulsar este tipo de procesos.

Asimismo, se ha planteado que, además de su función represiva y restaurativa, los procesos por jurisdicción universal pueden constituir una vía significativa para que los Estados que los promueven participen activamente en la configuración de los estándares jurídicos internacionales en la materia⁵⁵. De este modo, al involucrarse en este tipo de litigios, dichos Estados no sólo contribuyen a la persecución de crímenes atroces y al fortalecimiento de los lazos de solidaridad global, sino que también evitan quedar relegados frente a marcos normativos desarrollados exclusivamente por otros actores del sistema internacional. En consecuencia, las investigaciones impulsadas pueden adquirir múltiples significaciones: como herramientas contra la impunidad, como mecanismos para condicionar la continuidad de crímenes en curso y como vehículos para incidir en la evolución del derecho internacional consuetudinario en materia penal internacional

A partir de las premisas hasta aquí consignadas, cabe incluso plantearse si los lazos solidarios que han estado detrás de los avances de gran parte de los procesos más paradigmáticos que a nivel global han tramitado por jurisdicción universal, pueden tornarse en estos casos un imperativo al que la comunidad internacional debe propender con sus máximos esfuerzos. En otras palabras, y como invitación a la

⁵⁴ Siguiendo con el ejemplo de Myanmar, puede verse el documento elaborado por Chris Gunnes, director de Myanmar Accountability Project, presentado en el marco del trámite judicial iniciado en Indonesia, que da cuenta de múltiples razones por las cuales ninguna investigación seria es plausible de ser llevada a cabo en Myanmar. Véase: <https://the-world-is-watching.org/2023/02/10/expert-witness-statement-to-indonesias-constitutional-court/>

Valga referir que este tipo de obstáculos suelen presentarse en todos aquellos escenarios en los que estas acciones criminales se encuentran aún en curso.

⁵⁵ Así lo ha señalado la profesora Cheah Wui Ling, al sostener -durante el trámite judicial llevado adelante en Indonesia con relación a la situación de Myanmar- que los países del Sudeste Asiático debían involucrarse en este tipo de procesos, para evitar quedar al margen de los mecanismos de elaboración doctrinaria, jurisprudencial y normativa referidos a esta cuestión. Véase:

Cheah, W. L. (2023). *Universal jurisdiction through the eyes of ASEAN States: Rule of law – concerns and the need for inclusive and engaged discussions*. Myanmar Accountability Project. <https://the-world-is-watching.org/2023/02/12/universal-jurisdiction-through-the-eyes-of-asean-states/>

Cheah, W. L. (2023, February 8). *Expert witness testimony to Indonesia's Constitutional Court*. Myanmar Accountability Project. <https://the-world-is-watching.org/2023/02/10/presentation-prepared-for-the-indonesian-constitutional-court/>

reflexión, valga aquí dejar planteada la interrogante respecto de si, frente a este tipo de criminalidad aún en curso, la solidaridad internacional -más allá de constituir un motor para el activismo de los actores locales- puede erigirse como una fuente de obligaciones concretas hacia los Estados en torno a la investigación y juzgamiento de este tipo de crímenes en el marco de un ejercicio efectivo de la jurisdicción universal (particularmente en lo que hace al genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).

Y si bien esto merecería un análisis que excede las pretensiones de esta reflexión, advertimos que las posibles respuestas pueden comenzar a explorarse en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que parece venir trazando un camino hacia la consolidación de tales obligaciones.

En tal sentido, por ejemplo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya en el año 1998 la CIDH destacaba la recepción normativa de la jurisdicción universal y ponderaba que en virtud de ella “cualquier Estado tiene autoridad para perseguir, procesar y sancionar a quienes aparezcan como responsables de dichos crímenes internacionales, aún aquellos cometidos fuera de su jurisdicción territorial o que no guarden relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, puesto que tales crímenes afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial”, para luego afirmar 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”*. En ese marco, llegó incluso a *“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”*⁵⁶.

En consonancia con tales premisas, en su informe N° 133/99, dicho Organismo Internacional destacó nuevamente la recepción de la jurisdicción universal en diversos instrumentos internacionales y valoró su particular relevancia en tanto herramienta para evitar la impunidad⁵⁷. A la vez, en su resolución N° 1/03, “Sobre juzgamiento de crímenes internacionales”, volvió a ubicar a la jurisdicción universal entre “los más

⁵⁶ CIDH, Recomendaciones sobre Jurisdicción Universal y Corte Penal Internacional (1998). En: https://oas.org/dil/esp/Recomendaci%C3%B3n_Comisi%C3%B3n_Interamericana_de_Derechos_Humanos.pdf. En la misma línea: CIDH, Comunicado de Prensa 21/98, 15 de diciembre de 1998. Disponible en: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/1998/Comunicado.21-98.htm>

⁵⁷ En tal sentido señaló que *“(l)as desapariciones forzadas y los crímenes conexos, tales como torturas y ejecuciones sumarias, son de tal gravedad que varios instrumentos internacionales han establecido estándares especiales, tales como la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad, para su juzgamiento con el fin de evitar la impunidad”*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 133/99, caso 11.725 - Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 de noviembre de 1999. Puede consultarse en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Chile11.725.htm#9>

importantes avances del derecho internacional contemporáneo”, señalando que, junto a la consolidación de la responsabilidad penal internacional del individuo y demás principios y normas pertinentes, contribuye *“de manera notable al fortalecimiento de la 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”, para finalmente, exhortar a los Estados, entre otras cosas, “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”*⁵⁸.

Estos pronunciamientos fueron nuevamente retomados por la CIDH en su informe “Derecho a la verdad en las Américas”⁵⁹.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque sin mención expresa a la jurisdicción universal, parece también avanzar en el camino de la obligatoriedad de ejercerla al menos frente a determinados supuestos. Así, por ejemplo, en el caso “La Cantuta”, tras referir que los hechos examinados habían *“infringido normas inderogables de derecho internacional (ius cogens)”*, señaló que *“en los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables (...); más aun tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos; (e)l acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, los Estados Parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido”*⁶⁰.

Finalmente, en lo que hace a la intersección que puede verificarse entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este punto y, con ello, a la incidencia que este último puede tener en el proceso de consolidación de ciertas obligaciones estatales vinculadas con el ejercicio de la jurisdicción universal, valga recordar la reflexión del entonces Juez de la Corte Interamericana, Antônio Cançado Trindade, consignada en su voto razonado emitido el caso Goiburú vs.

⁵⁸ CIDH, Resolución N° 1/03, “Sobre juzgamiento de crímenes internacionales”. En <https://www.cidh.org/reso.1.03.htm>

⁵⁹ CIDH, Informe “Derecho a la verdad en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2. 13 agosto 2014. En: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

⁶⁰ Corte IDH. La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 160. En similar sentido: Corte IDH. Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párrs. 131-132.

Paraguay, en el que señaló que *“(e)l proceso histórico (...) de la criminalización de las violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, vino, a su vez, a revitalizar el principio de la jurisdicción universal, que ya tiene una larga trayectoria en el dominio del Derecho Internacional, y que se encuentra en la confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (la garantía colectiva) y el Derecho Penal Internacional”*⁶¹.

Pues bien, sin pretensión de abordar mayormente aquí la cuestión, baste este relevamiento para invitar a pensar si los compromisos asumidos por los Estados en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pueden efectivamente generar para sus sistemas locales de administración de justicia determinados niveles de responsabilidad en torno a la investigación y juzgamiento de aquellas graves violaciones a Derechos Humanos que afectan a la humanidad en su conjunto, traducidas -cuanto menos en los supuestos de criminalidad aún en curso- en la obligatoriedad de ejercer la jurisdicción universal como herramienta necesaria para evitar la continuidad de tales acciones.

Por lo demás, como dijimos, la ponderación de tales potenciales obligaciones y la conciencia sobre el impacto diferenciado que los procesos por jurisdicción universal pueden tener frente a escenarios criminales aún vigentes, seguramente contribuirá a reforzar los lazos solidaridad que movilizan a los actores locales.

4. Desafíos jurídicos y complejidades en el ejercicio concreto de esta jurisdicción

Como anticipamos, en este último tramo procuraremos dar cuenta de los principales desafíos que enfrentan este tipo de procesos. Valga aclarar que estos son tan variados y de naturaleza tan diversa que su análisis exhaustivo excedería ampliamente los límites de esta reflexión.

Dejaremos de lado, por tanto, ciertos obstáculos que, aun cuando resultan sumamente relevantes, no hacen al objeto que nos hemos aquí propuesto, como es el caso, por ejemplo, de aquellos que se vinculan con la naturaleza misma de las relaciones interestatales o los que derivan de la política internacional (con los consecuentes incentivos o condicionamientos que en ese marco pueden darse). Por lo mismo, prescindiremos también de todo análisis vinculado con otras cuestiones de carácter esencialmente político o político-criminal. Tampoco profundizaremos, en términos generales, sobre las dificultades vinculadas a la producción y recepción de la prueba que caracterizan a este tipo de procesos (en cuyo marco la propia distancia geográfica con el lugar donde se perpetraron las acciones criminales o la prácticamente ineludible tercerización de los canales de recepción de información plantean otra serie de complejidades habituales en estos trámites).

Por el contrario, y conforme lo anticipado, nos concentraremos en los desafíos vinculados con la praxis judicial que los procesos por jurisdicción universal enfrentan

⁶¹ Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Voto razonado de Antônio Cançado Trindade, párr. 33.

particularmente en sus momentos iniciales. A tales efectos, comenzaremos por repasar las limitaciones que le son inherentes (ya sea por vincularse con la naturaleza de los crímenes que la habilitan, o por derivar de los principios de subsidiariedad, concurrencia, primacía y complementariedad), para luego centrarnos en la incidencia que estos suelen tener al inicio de las investigaciones, ensayando algunas posibles respuestas destinadas a superarlos.

4.1. Los desafíos que plantea la propia naturaleza de la jurisdicción universal y los principios que la condicionan

En lo que hace a las limitantes inherentes a la naturaleza misma de la jurisdicción universal, es preciso comenzar por referir que, si prescindimos de determinadas regulaciones específicas que pueden surgir de ciertos instrumentos internacionales (y que *prima facie* obligan exclusivamente a los Estados partes en los mismos) o de la propia legislación doméstica (que, tal como ocurre con los tratados, puede también ampliar el catálogo de delitos a los que aplica), su ejercicio se encuentra habilitado por el derecho internacional consuetudinario sólo para determinados tipos de crímenes; en lo que aquí interesa: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra⁶².

En torno a esto, baste aquí con advertir que, por tal motivo, la necesidad de precisar si se está o no frente un delito internacional de tales características resultará determinante para dirimir si el propio ejercicio de esta jurisdicción se encuentra o no justificado.

Por otro lado, es sabido que la jurisdicción universal está vinculada y/o condicionada con/por los principios de subsidiariedad, concurrencia, primacía y complementariedad, por lo que será también necesario cuanto menos enumerarlos y definir sus características esenciales.

Lo primero que corresponde precisar a este respecto es que no hay un consenso absoluto en torno al modo en que tales principios deben ser ponderados frente a la tramitación concreta de un proceso por jurisdicción universal. Tampoco respecto a las interacciones que pueden plantearse entre ellos. Incluso, determinadas posiciones parecen negar la procedencia de alguno o algunos de ellos, o establecen la prevalencia de unos por sobre otros. Sin perjuicio de ello, hay ciertas premisas básicas que pueden dejarse establecidas.

Así, y en términos generales, puede decirse que, al menos para las posiciones mayoritarias, el principio de subsidiariedad supone que la jurisdicción universal sólo debe proceder cuando los hechos no están siendo debidamente investigados y juzgados por los Estados directamente involucrados: esto es, por el del lugar donde aquellos fueron perpetrados, o por aquellos que pueden ejercer otras formas tradicionales de

⁶² Sobre la recepción de la jurisdicción universal en el derecho internacional consuetudinario, puede verse: Richard Goldstone, Megan Hirst y Blánaid Ní Chearnaigh, *Legal opinión concerning universal jurisdiction under customary international law*, Myanmar Accountability Project, 25 de octubre de 2023, en: <https://the-world-is-watching.org/wp-content/uploads/2023/10/Opinion-on-universal-jurisdiction.pdf>

jurisdicción (en función de la nacionalidad de los acusados o las víctimas, o del principio de defensa, por ejemplo)⁶³. Por lo demás, es claro que la jurisdicción universal tampoco podría prosperar si otro Estado, bajo el propio principio de jurisdicción universal, está llevando adelante un proceso que por determinadas razones esté en mejores condiciones de avanzar (aunque en este supuesto ello no se debe al principio de subsidiariedad, sino a otras reglas clásicas de competencia y jurisdicción a las que no haremos aquí mayor referencia -como la referida a la prevalencia del Tribunal que previno, entre otras-).

A contramano del principio de subsidiariedad podría invocarse el de concurrencia, en cuyo marco se postula que, al menos frente a determinados crímenes, la jurisdicción universal no se encuentra subordinada a otras como la sustentada en el principio de territorialidad o la vinculada con la nacionalidad activa o pasiva. Sólo por poner un ejemplo, en el voto minoritario emitido por parte del Tribunal Supremo Español en el caso de Guatemala supra citado⁶⁴, se sostuvo que, en materia de crímenes como el genocidio, el ejercicio de la jurisdicción universal *“no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad”*⁶⁵. Similar posición ha sido sostenida por Amnistía Internacional, organización que, citando el informe de la misión de investigación de la ONU sobre el conflicto de Gaza (o “Informe Goldstone”), *ha señalado que “(e)l ejercicio de competencia penal sobre la base del principio de universalidad se refiere especialmente a los crímenes graves independientemente del lugar en que se hayan cometido, de la nacionalidad del autor o de la nacionalidad de la víctima. Esta forma de jurisdicción es concurrente con otras basadas en los principios más tradicionales de territorialidad y de nacionalidad activa y pasiva, y no es subsidiaria de ellas”*⁶⁶.

Ahora bien, al menos en el estado actual de las cosas, advertimos que la concurrencia de diversas pretensiones jurisdiccionales sólo parece mayoritariamente admitirse en las etapas iniciales de las investigaciones, y precisamente hasta tanto se determine si hay

⁶³ En términos generales, sobre el carácter subsidiario de la jurisdicción universal puede verse: Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional, 2º Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, párrs. 96 y 194.

⁶⁴ V. nota al pie nº 24.

⁶⁵ En: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e88978f98c94d9b2/20030516>

Para una versión no sujeta al proceso de “anonimización” al que se ha hecho referencia, puede consultarse: <https://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/gtmsent.html>

Similar ha sido la posición sostenida por Amnistía Internacional, que -citando el informe de la misión de investigación de la ONU sobre el conflicto de Gaza (también conocido como Informe Goldstone), ha señalado que “(e)l ejercicio de competencia penal sobre la base del principio de universalidad se refiere especialmente a los crímenes graves independientemente del lugar en que se hayan cometido, de la nacionalidad del autor o de la nacionalidad de la víctima. Esta forma de jurisdicción es concurrente con otras basadas en los principios más tradicionales de territorialidad y de nacionalidad activa y pasiva, y no es subsidiaria [sic] de ellas

⁶⁶ Amnistía Internacional, *Comisión de Derecho Internacional – Recomendaciones para una Convención sobre los crímenes de lesa humanidad*, Madrid, 1015. En: <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/05/IOR4012272015SPANISH.pdf>.

El citado “Informe Goldstone” puede verse en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g09/158/69/pdf/g0915869.pdf>

otro tipo de jurisdicción basada en los principios de territorialidad, nacionalidad o defensa que deba prevalecer. En otras palabras, es precisamente al momento de instarse procesos por jurisdicción universal cuando se constata una mayor tolerancia a su concurrencia provisoria con otros sustentados en las formas tradicionales de ejercicio jurisdiccional; no obstante lo cual, si luego se advierte que la investigación llevada adelante en alguno de los países involucrados es efectiva y puede propender al juzgamiento de las conductas criminales, pues entonces, por imperio del principio de subsidiariedad, se estima en general que es esta última la que debe primar.

Valga referir que el principio de subsidiariedad, así delimitado, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional de España en el ya citado caso de Guatemala, al afirmar que *“desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio ne bis in idem, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido”*⁶⁷. También los tribunales argentinos se han pronunciado en similares términos, al explicitar que el ejercicio de la jurisdicción universal es *“subsidiario y resulta operativo en la medida en que el asunto no se encuentre bajo análisis de otro tribunal de justicia, sea perteneciente a un Estado que intervenga a raíz de algún principio tradicional de atribución de jurisdicción (territorialidad, nacionalidad activa o pasiva, etc.), sea –en su defecto- de otro/s que conocieran previamente de los hechos y en mejores condiciones de investigarlos (por cercanía, por localización de denunciantes, testigos, etc.), sea de alguna Corte Internacional”*⁶⁸ (valga aclarar que parte de las reglas consignadas aquí por el tribunal argentino no responden sólo al principio de subsidiariedad, sino también al de complementariedad -ya que es éste el que, indirectamente, determinará la prevalencia en favor de alguna Corte Internacional, tal como se precisará luego-; incluso puede advertirse que se alude también a otros principios clásicos en la materia, como el de la primacía del Tribunal que previno).

Ahora bien, quizás la dificultad mayor que ofrece la aplicación práctica de este principio no se vincula tanto con su reconocimiento o rechazo en general, sino más bien con el alcance que se le asigna en función de las diversas posiciones que pueden asumirse a partir del valor que se estime pertinente reconocer a los procesos judiciales llevados a cabo en el lugar donde se perpetraron los hechos (de hecho, puede incluso verse que al

⁶⁷ En: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5497>

⁶⁸ Cámara Federal de Apelaciones, CFP 2774/22/1/CA1, “D. I. y otros s/ archivo y ser querellante”, 26 de diciembre de 2023.

menos parte de las posiciones que parecen negar este principio cuestionan, en realidad, el modo en que aquél es interpretado⁶⁹).

En otras palabras, si bien mayoritariamente no se discute el carácter subsidiario de esta jurisdicción, los modos en los que dicha subsidiariedad es interpretada varían sensiblemente. Al respecto, entendemos corresponde descartar posiciones extremadamente restrictivas como la sostenida por el voto mayoritario del Tribunal Supremo Español en el ya citado caso “Guatemala” (luego refutada por el Tribunal Constitucional, según antes se señaló), en tanto allí se rechaza toda posibilidad de examinar la seriedad y desarrollo de las investigaciones en el país de los hechos -para dirimir si resulta o no procedente la jurisdicción universal- bajo el argumento de que *“determinar cuándo procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano”*, lo cual -para esta posición- resultaría impertinente⁷⁰.

Por el contrario, entendemos que efectivamente el carácter subsidiario de la jurisdicción sólo puede condicionarla cuando las investigaciones que tramitan en el país de los hechos resultan efectivas. De lo contrario, su ejercicio se tornaría, lisa y llanamente ilusorio. Para seguir con ejemplos del mismo proceso al que venimos haciendo aquí referencia, valga mencionar que es éste precisamente el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional de España en el caso “Guatemala”, en el que, tras ponderar positivamente las consideraciones plasmadas por la Audiencia Nacional en una de sus intervenciones previas, señala en este punto que *“la abstención de los Tribunales de un tercer Estado sólo habría de darse cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o en el Tribunal internacional; o bien, en todo caso, una modulación razonable de la regla de subsidiariedad habría de llevar también a la abstención de la jurisdicción extraterritorial cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo. A sensu contrario, para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad*

⁶⁹ Es lo que ocurre, por ejemplo, con el ya citado voto minoritario adoptado en el caso Guatemala, en el cual, si bien se señala -como antes consignamos- que en materia de genocidio debe regir el principio de concurrencia y no el de subsidiariedad, en realidad se acepta que si hubiera una investigación seria en el lugar del hecho la jurisdicción universal no procedería (y si bien dicha conclusión no es enmarcada en el principio de subsidiariedad sino en lo que los magistrados que conforman ese voto denominan “el principio de necesidad de la intervención jurisdiccional”, se advierte que, en definitiva, aunque bajo otra denominación, se acepta el principio de subsidiariedad (aunque se discuta el alcance que este debe tener); en tanto concretamente se señala: *“que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de genocidio cometido en su propio país; (e)n este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal”*.

En <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e88978f98c94d9b2/20030516>

Para una versión no sujeta al proceso de “anonimización” al que se ha hecho referencia, puede consultarse: <https://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/gtmsent.html>.

⁷⁰ En: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e88978f98c94d9b2/20030516>

judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes”⁷¹.

En lo que hace a los principios de primacía (o supremacía) y complementariedad el análisis es más sencillo en tanto estos se vinculan, no ya con las interacciones que pueden suscitarse entre el/los Estados con posibilidades de reclamar jurisdicción sustentada en los principios tradicionales y aquellos que pretenden ejercer jurisdicción universal, sino con las que pueden presentarse entre los primeros y determinados Tribunales penales internacionales. Por tal motivo, estos principios ofrecen menores dificultades en su proyección sobre la praxis judicial vinculada al ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros.

En este punto seguimos a Werle quien, al analizar las relaciones que puedan darse entre los Tribunales estatales y los internacionales, distingue entre aquellos modelos de jurisdicción exclusiva en favor de estos últimos (como fue el planteado por el Tribunal de Nuremberg) y los que suponen ejercicios jurisdiccionales concurrentes por parte de unos y otros. Y dentro de estos últimos divide entre: 1) aquellos que reconocen prioridad a los Tribunales Internacionales -como es el caso de los Estatutos de los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda- (esta es la regla que aquí denominados de *primacía*, aunque esta terminología no sea utilizada por Werle)-; 2) los modelos teóricos que podrían establecerla en favor de los Tribunales Nacionales (lo que no ha tenido aplicación práctica, más allá de ciertos proyectos que no prosperaron y en cuyo marco se establecía, por ejemplo, que aquellos sólo podían intervenir si los Estados involucrados le transferían el conocimiento de determinado caso); y, finalmente, 3) los que se sustentan sobre el principio de complementariedad, como ocurre con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que no sólo lo declara expresamente así en su preámbulo y en su art. 1, sino que además, en su artículo 17, explicita -en lo sustancial- que dicho Tribunal sólo puede intervenir si los Estados con jurisdicción sobre el caso -con base en las reglas tradicionales de jurisdicción- no han investigado o perseguido adecuadamente los crímenes (en otras palabras, la jurisdicción de aquel Tribunal *complementa* la jurisdicción nacional y sólo se ejerce, subsidiariamente, cuando esta última no es debidamente cumplimentada -la decisión sobre si corresponde o no intervenir en función de los límites planteados por el Estatuto corresponde, naturalmente, a la propia Corte Penal Internacional-)⁷².

⁷¹ En: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5497>

⁷² Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional, 2º Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, párrs. 226-234.

A título meramente ilustrativo, valga mencionar que Piergiuseppe Parisi, si bien concuerda con el hecho de que la primacía es la regla que rige sustancialmente la actuación de los Tribunales Ad Hoc de Naciones Unidas, especifica que, al menos en el caso del TPIY, el estatuto contemplaba elementos propios del principio de complementariedad. Sin embargo, dicho autor aclara que mientras en el caso de la CPI dicho principio tiene “*tiene como fin preservar la soberanía estatal e impulsar a los estados partes para que adopten leyes para la persecución en el ámbito interno de los crímenes internacionales, los factores de complementariedad recogidos en el sistema del TPIY tienen su fundamento en la discrecionalidad del Fiscal del TPIY y se encuentran en buena medida dirigidos a poder ejecutar de manera efectiva la estrategia de finalización de las actuaciones del Tribunal*”. Véase: Piergiuseppe Parisi, Viciisitudes en el proceso de

Ahora bien, en lo que hace a la incidencia que estas premisas pueden tener sobre el ejercicio de la jurisdicción universal, baste con señalar que, evidentemente, si un asunto se encuentra ya radicado ante un Tribunal Internacional, la jurisdicción universal debería ceder en favor de la actuación de aquel. Y es que, según lo entendemos, si la jurisdicción de tales Tribunales prevalece sobre la jurisdicción de los países directamente involucrados, pues con más razón debe hacerlo por sobre la pretensión jurisdiccional de terceros. Ello no sólo es claro para los modelos que priorizan estatutariamente el accionar de tales Tribunales -como los casos Ruanda y la Ex Yugoslavia- (principio de primacía), sino incluso para el modelo de complementariedad establecido para Corte Penal Internacional. Y es que, en este último supuesto, si dicho Tribunal resuelve intervenir en determinado caso (porque entiende que se dan los presupuestos que habilitan su jurisdicción subsidiaria, en tanto el hecho no está siendo debidamente investigado en los países que pueden ejercer formas tradicionales de jurisdicción), pues no parece razonable que aquella intervención pueda ser desplazada por la pretensión de terceros.

En lo que sigue procuraremos examinar la incidencia que estos principios y reglas tienen durante la etapa inicial de los procesos impulsados por jurisdicción universal.

4.2. El modo en que tales extremos inciden sobre la praxis judicial durante la etapa inicial investigaciones. Algunas respuestas superadoras.

Tal como anticipamos, las complejidades inherentes al litigio de este tipo de casos en los sistemas procesales domésticos son múltiples e inabarcables dentro de los límites de la reflexión aquí propuesta.

Por tal motivo, no profundizaremos sobre aspectos tales como la poca familiaridad con los sistemas procesales locales que a veces exhiben los propios actores que impulsan este tipo de casos -usualmente colectivos de víctimas de lugar donde se perpetraron los hechos- (lo cual, al menos parcialmente, puede ser neutralizado mediante la intervención de organizaciones locales que contribuyen al litigio, tal como surge de las experiencias antes relevadas), o la poca receptividad a estos procesos que suelen mostrar los sistemas de administración de justicia (ya sea por desconocimiento de sus contornos básicos, o por la complejidad que *prima facie* les representa).

Por el contrario, nos concentramos en la incidencia que en esta etapa suelen tener los condicionamientos clásicos e inherentes a este tipo de jurisdicción. Y es que, muchas veces, los sistemas de administración de justicia tienen serias dificultades para determinar, en los momentos iniciales, si se dan o no los presupuestos básicos en los que se funda la propia jurisdicción universal, particularmente: si se está o no frente a la posible comisión de crímenes internacionales y si existen o no investigaciones en trámite

creación del TPIY y su función en el desarrollo del Derecho Internacional Penal, Capítulo 9 del libro “La evolución de la definición y de la aplicación del delito de genocidio - La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia” (Héctor Olasolo y Pilar Eirene de Prada, coordinadores); Valencia, 1019.

en otras latitudes que pudieren invalidar la jurisdicción que se les requiere a tenor de lo vinculado con los principios enumerados en el apartado anterior.

Y aquí adelantamos ya la posición que entendemos debe resultar superadora de al menos la mayor parte de tales desafíos: y es que, siempre dependiendo de las características de los sistemas procesales, advertimos que la respuesta ante la falta de mayores certezas en torno a la pertinencia de la jurisdicción invocada no puede ser, sin más, el rechazo *in limine* de las denuncias articuladas. Por el contrario, en ciertos supuestos, para determinar si la propia jurisdicción universal puede o no estar debidamente justificada, no existirá otra alternativa que la de abrir una investigación preliminar (en los sistemas procesales que prevén esa posibilidad) o, incluso, una causa penal propiamente dicha, en tanto será ese el ámbito procesal pertinente para adoptar las medidas de investigación o de búsqueda de información necesarias para determinar la procedencia de la propia jurisdicción que se invoca.

En otras palabras, en lo que hace a la delimitación de los crímenes internacionales que fundan el ejercicio de esta jurisdicción, será necesaria una mínima investigación para determinar si al menos *prima facie* pueden constatare los elementos sustanciales de los tipos penales respectivos (el ataque general y sistemático contra la población civil en el caso de los crímenes contra la humanidad, o la finalidad de exterminio exigida por el genocidio, etc.). Esta investigación supondrá, en general, la necesidad de recabar determinado acerbo probatorio (testimonial, documental, etc.), para posteriormente tomar una decisión sobre la viabilidad del propio ejercicio jurisdiccional que se pretende desplegar. Entendemos que esta previsión resultará aún más relevante cuando se trate de reclamos por jurisdicción universal vinculados con crímenes recientes o aún en curso (como es el caso de Myanmar, al que ya nos hemos referido). Y es que, en este tipo de supuestos, por tratarse precisamente de escenarios criminales menos explorados (en comparación con fenómenos delictivos de larga data, que usualmente han sido objeto de mayores estudios o desarrollos), los tribunales convocados para asumir tal jurisdicción no tendrán otra opción que adoptar las medidas ineludibles para determinar -al menos preliminarmente- si los hechos en que aquella pretende fundarse configuran o no crímenes internacionales.

Algo similar ocurre con la incidencia que pueden tener los principios a los que antes hicimos referencia. Así, por ejemplo, si se tiene en cuenta que el principio de subsidiariedad implica, tal como dijimos en el apartado anterior, no sólo constatar la existencia formal de un proceso en los países afectos sino determinar mínimamente si aquel supone la investigación y persecución efectiva de los crímenes perpetrados, pues entonces resulta claro que será necesario obtener cierto nivel información sobre los eventuales trámites procesales que estuvieren en curso. Esto podrá procurarse a partir de las relaciones interestatales con las autoridades de los propios países involucrados -cuando ello fuere posible-, como también recurriendo a información obrante en poder de organismos internacionales y/o a de los actores que hubieren impulsado el proceso. Tal como anticipamos previamente, si bastara con constatar la existencia formal de un proceso en el lugar de los hechos para rechazar cualquier pretensión de jurisdicción

universal, pues entonces esta última no sería más que una herramienta de nula incidencia para el combate real de la impunidad. En otras palabras, cualquier Estado perpetrador de crímenes internacionales podría frustrar el ejercicio de este tipo de jurisdicción simplemente abriendo procesos penales destinados a la inactividad.

En precisamente este y no otro, el alcance que debe reconocerse al principio de subsidiariedad. A título de ejemplo, valga mencionar que así fue señalado por la Corte Suprema Argentino en unos de los fallos paradigmáticos que se adoptaron en el proceso de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en este país, al sostener que *“los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes, (p)or ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso”*⁷³.

Como puede advertirse, frente a denuncias de graves crímenes internacionales que se encuentren debidamente fundadas, difícilmente las autoridades judiciales convocadas a resolver podrán siquiera determinar la procedencia o improcedencia de la propia jurisdicción que se les exige sin abrir un trámite procesal en cuyo marco puedan llevar adelante las diligencias necesarias para recabar la información ineludible a tales efectos.

Algo similar, aunque de más sencilla resolución, ocurrirá si se constata que existen procesos en curso ante algún Tribunal Internacional o algún otro proceso por jurisdicción universal en otro Estado. En estos casos, si bien -por las razones señaladas en el apartado anterior- el proceso que se pretende iniciar debería *prima facie* ceder, lo cierto es que ello dependerá de que exista identidad de sujeto, objeto y fundamento con los procesos ya iniciados. Determinar ello exigirá también, naturalmente, llevar adelante una serie de diligencias dirigidas a precisar dicha cuestión (particularmente, pedidos de informes a los Tribunales intervinientes).

Y es que, aunque parezca innecesario aclararlo, de no darse aquella identidad, la denuncia debe prosperar. Sólo por poner un ejemplo, esto es lo que ocurrió en el caso por jurisdicción universal contra funcionarios de Myanmar actualmente en trámite en Argentina, en cuyo marco, tras constatarse que el proceso en curso ante la Corte Penal Internacional no se vinculaba con exactamente los mismos hechos que habían sido denunciados en ese país, los tribunales domésticos resolvieron continuar con el caso⁷⁴.

En definitiva, de conformidad con lo hasta aquí expuesto, entendemos que este tipo de razonamientos abonan responsabilidades concretas para aquellas autoridades judiciales que son convocadas a ejercer la jurisdicción universal, quienes no pueden descartar su competencia sobre argumentos meramente formales. Esto tendrá particularmente

⁷³ CSJN. Mazzeo Julio Lilo y otros s/s/rec. de casación e inconstitucionalidad. Fallos 330:3248. 13 de julio 2007.

⁷⁴ Véase: <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/la-camara-federal-portena-ordeno-investigar-la-denuncia-sobre-crimes-de-lesa-humanidad-en-myanmar/>
<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/la-camara-federal-portena-ordeno-investigar-la-denuncia-sobre-crimes-de-lesa-humanidad-en-myanmar/>

relevancia en los momentos iniciales de tales investigaciones, en los que podrá exigirse a los Tribunales intervinientes agotar las diligencias que sean pertinentes para adoptar decisiones debidamente informadas y sustentadas en torno al propio ejercicio de la jurisdicción que se propicia.

5. Conclusiones

A modo de síntesis, valga consignar las principales derivaciones del análisis que nos propusimos en esta reflexión.

En primer lugar, y estando claro que la solidaridad es uno de los pilares sobre los que descansa la jurisdicción universal, parece evidente que esta suele expresarse con más énfasis en ciertos Estados que han sufrido experiencias criminales similares a aquellas cuya investigación se insta a través de su ejercicio.

A la vez, cuando tales lazos de solidaridad se expresan por medio del activismo de actores locales que integran la propia sociedad en la que se emprenden estas causas, suele constatar una mayor eficiencia en el desarrollo de tales investigaciones. De ello dan cuenta los diversos casos por jurisdicción universal que han tramitado en países como España, Argentina, Alemania o Senegal.

El mismo camino parecen haber emprendido otras sociedades que también atravesaron episodios significativos de criminalidad internacional y que, aun cuando no han registrado todavía causas sustentadas en este tipo de jurisdicción, iniciaron ya un proceso de consolidación institucional y de desarrollo de mecanismos vinculados a la investigación y juzgamiento de crímenes internacionales que, según lo entendemos, constituyen posiblemente la antesala de una mayor receptividad a procesos judiciales de tales características. Es lo que ocurre en países como Bosnia y Herzegovina, Ruanda, Camboya o Timor del Este.

En estos casos es posible augurar que, si los colectivos nacionales involucrados con la defensa y promoción de los Derechos Humanos acompañan o impulsan procesos vinculados con crímenes internacionales perpetrados en otras latitudes, entonces posiblemente tales Estados se conviertan en futuros escenarios relevantes para el ejercicio de este tipo de jurisdicción.

Por otro lado, al involucrarse en causas de esta naturaleza, dichos Estados no solo contribuirían a la lucha contra la impunidad, sino que se posicionarían además como actores relevantes en los debates globales vinculados con el alcance de la jurisdicción universal y su incidencia en el juzgamiento de este tipo de crímenes. Así, países como Timor del Este o los demás que han sido mencionados podrían canalizar un protagonismo regional si decidieran emprender investigaciones de esta naturaleza, particularmente frente a escenarios criminales recientes o aún en curso, como es el caso de Myanmar que tomamos como ejemplo.

A la vez, la proyección realizada en torno a la incidencia e impacto diferenciado que los procesos por jurisdicción universal pueden tener frente a este tipo de criminalidad aún activa, resulta relevante para reforzar los lazos de solidaridad que impulsan estos

procesos. Y es que, a partir del caso de Myanmar, puede advertirse con claridad que en estos supuestos la jurisdicción universal no sólo constituye un mecanismo para garantizar la investigación y castigo de los responsables, sino que puede -además- convertirse en una herramienta valiosa para propender al progresivo cese de tales acciones y a la potencial restauración institucional. Precisamente por ello, y a partir de la interacción que se plantea entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, pueden eventualmente emerger obligaciones más concretas para los Estados cuando se está frente al juzgamiento, por jurisdicción universal, de crímenes internacionales aún ejecución. Entendemos que la ponderación de tales premisas contribuirá a robustecer el activismo local en torno a tales procesos.

Por último, y ya en el plano de los desafíos que enfrentan desde la praxis judicial este tipo de causas, constatamos que aquellos que se vinculan con la propia naturaleza de la jurisdicción universal tienen particular incidencia en los momentos iniciales de tales investigaciones.

Ello en tanto, usualmente, los sistemas de administración de justicia enfrentan dificultades para dirimir, por un lado, si se verifican o no los elementos definitorios de los crímenes internacionales que sustentan la jurisdicción universal y, por el otro, si los Estados que pueden ejercer formas tradicionales de jurisdicción registran o no procesos en curso que, por imperio de los principios que rigen en la materia, deban desplazar a aquellas pretensiones jurisdiccionales.

En ese marco, es claro que la relativa falta de certeza sobre tales extremos no puede traducirse sin más en el rechazo *in limine* de la jurisdicción que se propicia. Por el contrario, las propias características de los condicionamientos que la jurisdicción universal supone implican, en general, que deban iniciarse ciertos trámites procesales que permitan, cuanto menos, corroborar o descartar los supuestos que delimitan su ejercicio.

Así, resultará ineludible producir algún grado de acerbo probatorio a efectos de precisar si *prima facie* se verifican los elementos sustanciales de los respectivos tipos penales. Similar necesidad se presentará para dirimir la incidencia que pueden tener los principios de subsidiariedad, concurrencia, primacía y complementariedad en tanto, por las razones oportunamente consignadas, no resultará suficiente una constatación meramente formal sobre la existencia de procesos en curso, sino que deberá verificarse, al menos preliminarmente, si las causas radicadas ante otros tribunales nacionales suponen o no la investigación y persecución efectiva de los crímenes perpetrados; o si las que se encuentren en trámite ante determinado tribunal internacional revisten identidad de sujeto, objeto y fundamento.

En definitiva, ello supone la posibilidad de exigir a las autoridades judiciales ante las que se propicia determinado proceso por jurisdicción universal el agotamiento de toda diligencia que sea pertinente para dirimir con precisión los propios presupuestos de la intervención que se les requiere. Consecuentemente, y particularmente en los

momentos iniciales de tales investigaciones, estas no deberán rehusar su avocamiento bajo argumentos meramente formales o apresurados.