

ANÁLISIS DEL CRIMEN DE PIRATERÍA DE DERECHO DE GENTES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL*

*Antonio Varón Mejía***
Universidad del Rosario, Bogotá, D.C.

RESUMEN

El objeto del presente artículo es analizar, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia internacionales, el crimen de piratería, sus elementos constitutivos, definiciones y clasificaciones, con el fin de dilucidar las razones por las cuales hoy en día esta conducta es la única susceptible de represión universal por vía de costumbre internacional, y de esta forma concluir si es viable o no hacer extensiva la JU a otro tipo de crímenes internacionales, que incluso pudiesen implicar la responsabilidad de los Estados.

PALABRAS CLAVE

Piratería, jurisdicción universal, crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze in light of the doctrine and international jurisprudence the crime of piracy, its constituent elements, definitions and classifications in order to elucidate the reasons why, today, this behavior is the only likely to be universally repressed via international accepted customs and thus conclude whether or not it is feasible to extend universal jurisdiction to other international crimes in which a State could be involved.

KEY WORDS

Piracy, universal jurisdiction, crimes against humanity, genocide, war crimes.

Fecha de recepción del artículo: 20 de mayo de 2009.

Fecha de aprobación del artículo: 15 de junio de 2009.

* **Artículo producto de investigación terminada, proyecto: “Jurisdicción Universal y Ordenamientos Jurídicos de los Estados”, línea de Derecho Internacional de los DDHH y DIH del Grupo de investigación de Derechos Humanos de la Universidad del Rosario.**

** Abogado de la Universidad del Rosario. Postgrado en Derecho Comunitario de la Universidad París II. Profesor de carrera académica. Miembro del Grupo de Investigación en DDHH. Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Correo electrónico Antonio.varon02@urosario.edu.co

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es la naturaleza jurídico-normativa de la jurisdicción universal?

METODOLOGÍA APLICADA

La metodología que desarrolló la línea de DIDH y DIH a efectos de la presente investigación sobre “Jurisdicción universal”, fue cualitativa longitudinal de tendencia. El proceso de investigación se realizó en tres fases: la primera correspondió a la inmersión inicial en el campo, búsqueda, selección y organización de la información, selección y estructuración de las herramientas de investigación y determinación de las variables y unidades de análisis determinadas en los objetivos específicos del proyecto. La segunda se relacionó con el análisis de los datos arrojados por la información seleccionada, fundamentada esencialmente en análisis de jurisprudencia internacional (CIJ, CEDH, CIDH, ALADI) y doctrina internacional, específicamente del *Recueil des Cours* de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, en la medida en que los insumos para

el desarrollo del tema de piratería como crimen internacional son muy escasos en fuentes secundarias. Las herramientas de investigación seleccionadas en la fase dos fueron matrices, discriminadas en razón a las variables objeto de análisis. Los resultados arrojados del análisis de las diferentes matrices generaron las conclusiones establecidas en el artículo.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad un número cada vez más importante de tribunales internos¹ e internacionales² hace alusión a la existencia de una jurisdicción universal (en adelante JU), que permite que los autores de ciertas infracciones particularmente graves para la comunidad internacional (en adelante CI) puedan ser perseguidos y judicializados por cualquier Estado.

El antecedente más importante de JU por vía de costumbre internacional que existe en la actualidad está vinculado al crimen de piratería universal³, que permite a cualquier Estado perseguir a presuntos criminales por la comisión de hechos calificados internacionalmente como ilícitos⁴.

¹ Sobre sentencias de tribunales internos ver: Corte Suprema de EEUU: *Paquebote Habana Bolchos c. Darrel, Adra c. Clif*, caso *Filartiga* en 1980, buque *Hércules* (Argentine Republic c. Amereada Hess Shipping Corp) y *Familia Siderman* de 1992. Todos estos fallos se basaron en el art. III, Sec. 2º, párr. 3º de la Constitución de los Estados Unidos (1787) que dispone que “...si no fueren cometidos (los delitos) dentro de un Estado determinado, el juicio se celebrará en el o los lugares que el Congreso designe conforme a la ley”.

² Al respecto ver CIJ “*Affaire relative au mandat de arret du 11 de avril 2000/République démocratique du Congo contre Belgique*”, dirección electrónica <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php?lang=fr>

³ Ver *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, dirección electrónica www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf, describe el crimen de piratería como el paradigma de jurisdicción universal, p. 45, y sentencia Supreme Court U.S. “*United States v. Smith*, 18U.S Wheat. 153 (1820) dirección electrónica <http://supreme.justia.com/us/18/153/case:>“The crime of piracy is defined by the law of nations with reasonable certainty”.

⁴ En la actualidad esta figura ha sido precisada en el artículo 19 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar del 29 de abril de 1958, y posteriormente en la Convención de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982.

Aunque la existencia de la JU no es cuestionada de plano por la jurisprudencia⁵ o la doctrina⁶ internacionales, el logro de consensos frente a su aplicación extensiva respecto de otros crímenes de derecho internacional, diferentes a la piratería, ha encontrado importantes obstáculos debido a la inexistencia de una verdadera costumbre internacional que comine a los Estados a su persecución y castigo⁷, y por la persistencia de principios clásicos que rigen la competencia jurisdiccional en materia penal, adscritos al elemento territorial como *chef de compétence*⁸.

Lo anterior se hace especialmente problemático, en los casos en que

se pretende aplicar el principio de JU absoluta en ausencia de cualquier elemento de conexidad⁹, incluso en ausencia del inculpado, bajo justificaciones vinculadas al carácter horrendo o atroz del crimen¹⁰ dadas las consecuencias peligrosas que se desprenden de ello para la armonía de las relaciones internacionales¹¹. Al respecto algunos autores como Christopher Joyner¹² o Cherif Bassiouni¹³ han considerado que la noción de JU opera automáticamente en caso de violaciones a normas *ius cogens* que tienen carácter de *erga omnes*. En el caso Pinochet, lord Browne-Wilkinson, Lord Hutton y Lord Millet¹⁴, y más recientemente Antonio

⁵ Al respecto ver CIJ Affaire relative au mandat de arrêt du 11 de avril 2000/République Démocratique du Congo contre Belgique: “Opinion individuelle commune de Madame Higgins, Monsieur Kooijmans et Monsieur Buergenthaln”, “Aucun lien territorial ou de nationalité n’est envisagé, ce qui suggère l’existence d’un véritable principe d’universalité”, p. 72.

⁶ CASSESE, ANTONIO. “¿Hay un conflicto insuperable entre la soberanía de los Estados y la justicia penal internacional?”. En: *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá, Colombia. Edit. Norma, 2004, pp. 27-28.

⁷ Existen diferencias entre el principio aut dedere aut iudicare y Jurisdicción Universal (JU) en tanto que el primero se presenta como una obligación alternativa de orden convencional para los Estados, respecto de la cual deben perseguir o extraditar al presunto autor del crimen mientras que la JU comporta un derecho de los Estados de castigar un crimen en nombre de la CI con el propósito de proteger sus más importantes valores e intereses, es decir, que es más una autorización del derecho internacional que una obligación de perseguir y castigar a criminales. Al respecto ver BENAVIDES, LUIS. “The Universal Jurisdiction Principle”. En: *Annuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, 2001, p. 112.

⁸ Lotus, arrêt, N° 9, 1927, Cour Permanente International de Justice, Serie A, N° 10, p. 20. “Le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations». Así las cosas, los Estados solo pueden abocar conocimiento de infracciones penales cometidas en su territorio, y solo excepcionalmente en los casos en que la infracción fuese cometida en el extranjero por un nacional de ese Estado o contra nacionales del mismo.

⁹ Un ejemplo de aplicación de jurisdicción universal par default se presenta en España y Bélgica, que atribuyen competencia a sus tribunales para conocer las infracciones graves a las convenciones de Ginebra de 1949, crímenes contra la humanidad y genocidio, independientemente del lugar en que ocurrieron los hechos, de manera que las personas inculpadas pueden ser perseguidas y judicializadas, incluso si se trata de no nacionales o si el inculpado se encuentra fuera del Estado del foro.

¹⁰ DONOVAN, DONALD FRANCIS and ROBERTS, ANTHEA. “Notes and Comments, The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction”. En: *The American Journal of International Law*, Vol.142, 2004, p 142: “Recent developments—most notably the decision of the United States Supreme Court in *Sosa Vs. Alvarez-Machain*, will cause greater examination of the function and scope of universal jurisdiction as authorization for national courts to hear civil claims based on heinous conduct proscribed by international law”.

¹¹ KISSIGER, HENRY. “The pitfalls of Universal Jurisdiction”. En: Revista *Foreign Affairs*, julio/agosto de 2001.

¹² JOYNER, CHRISTOPHER. “Arresting impunity: The case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”. En: *Law and Contemporary Problems*, 1996, p. 169.

¹³ BASSIOUNI, CHERIF. “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, 42 *Virg. JIL*, 2001, pp. 107 y 118.

¹⁴ Al respecto ver opinion in the second judgment of 24 March 1999, 38 *ILM* (1999), pp. 582-589.

Cassese, abocaron la extensión de JU a todos los crímenes internacionales –crímenes contra la humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra– con base en la naturaleza horrenda de los mismos¹⁵.

No obstante lo anterior, la posibilidad de perseguir y judicializar por la vía de la JU a criminales internacionales, genocidas y torturadores, no aparece claramente definido como costumbre internacional¹⁶. La transposición de la JU a otro tipo de crímenes internacionales genera serias inconsistencias en cuanto a sus fundamentos fácticos y jurídicos que no se compaginan con los valores e intereses que buscaba proteger la JU en el crimen de piratería. El hurto, pillaje, robo, e incluso el homicidio, constitutivos de la piratería, no solo eran permitidos sino auspiciadas por los Estados, especialmente por Francia

y Reino Unido, a través de los corsarios o *privateers*¹⁷, de manera que la naturaleza ignominiosa del crimen¹⁸, como base jurídica que –para algunos autores– justifica una represión universal, por parte de todos los miembros de la CI, era inexistente y por tanto irrelevante en el crimen de piratería. De igual manera, la naturaleza execrable de ciertos hechos cometidos en alta mar como el tráfico de esclavos¹⁹, de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, francamente atentatorios contra valores y principios humanitarios universalmente reconocidos, jamás fueron objeto de JU por vía de costumbre internacional.

Así las cosas, la aplicación de una figura propia de la comunidad internacional de Estados (CIE²⁰), cuya finalidad era proteger valores e intereses propios de los mismos, genera dudas al momento de justificar

¹⁵ Ver *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, dirección electrónica www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf.

¹⁶ Así, el “Manuel des lois de la guerre sur terre”, adoptado en Oxford en 1880, estableció una parte especial dedicada al tema de sanciones penales que determinaba “si des infractions aux règles qui précèdent ont été commises, les coupables doivent être punis, après jugement contradictoire, par celui des belligérants au pouvoir duquel ils se trouvent”.

¹⁷ Las conductas constitutivas del crimen de piratería no solo eran toleradas, sino, en algunos casos, auspiciadas por los Estados a través de figuras como la *course* (corsarios) en Francia o *privateering* en el Reino Unido, de manera que la conciencia de abstenerse de su realización (en tanto que violación a normas atentatorias contra valores y principios superiores de la CI) era prácticamente inexistente, de hecho el principio de JU no operaba de manera semejante si el sujeto activo era un particular o un Estado. Ver PELLA, VESPASIEN. “La piraterie”. El autor sostiene: “En effet, d’après la doctrine internationale comme d’après les législateurs nationaux, un acte de violence ou de déprédation ne peut être considéré comme un acte de piraterie universelle que lorsque son auteur a agi pour son propre compte, c’est-à-dire en l’absence de toute autorisation de la part d’un état”.

¹⁸ Respecto al affaire Israel v. Adolf Eichmann, ILR, Vol. 36, 1968 pp. 290-29?, “The substantive basis upon which the exercise of the principle of universal jurisdiction in respect of the crime of piracy rest justifies its exercise in regard also to the crimes which are subject of the present case (crimes against humanity, genocide and war crimes)”.

¹⁹ Ver convención de Ginebra de 1926 relativa a la esclavitud, y su Convención Adicional de 7 de septiembre de 1956.

²⁰ En lo que respecta al concepto de Comunidad Internacional, un gran número de autores como DUPUY en “Communauté Internationale et disparités de développement. Cours General de Droit International Public”, *Recueil des Cours*, T. 165, 1979; VIRALLY, MICHEL. “Panorama du droit international contemporain. Cours General de droit international public”, *Recueil des Cours*, T. 183, 1985; ABBI-SAAB. “Cours général de droit international”. *Recueil des Cours*, T. 207, 1987; TOMUSCHAT, CH. “Obligations Arising for States

una aplicación analógica²¹ a otro tipo de conductas, en la medida en que su *rationale* era esencialmente diferente.

El objeto del presente artículo es analizar, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia internacionales, el crimen de piratería, sus elementos constitutivos, definiciones y clasificaciones con el fin de dilucidar las razones por las cuales hoy en día esta conducta es la única susceptible de represión universal por vía de costumbre internacional, y de esta forma concluir si es viable o no hacer extensiva la JU a otro tipo de crímenes internacionales que incluso pudiesen implicar la responsabilidad de los Estados.

El documento está dividido en tres partes: la primera aborda el crimen de piratería desde su categorización doctrinaria, elementos constitutivos y valores protegidos, e indaga sobre cuáles fueron las razones para que esta conducta fuese considerada crimen internacional susceptible de JU. En la segunda se contempla lo concerniente al lugar de la comisión de los hechos y sus posibles implicaciones en la

generación de la JU, y finalmente se establecen las conclusiones finales.

1. APROXIMACIÓN INICIAL AL CONCEPTO DE CRIMEN DE PIRATERÍA

A lo largo de los años la doctrina ensayó un sinnúmero de definiciones²² sobre piratería que variaron en razón al marco histórico en que tuvieron lugar. Esto tuvo implicaciones en la sistematización del crimen que en algunos casos fue objeto de represión universal, y en otros de represión particular por el Estado directamente implicado, de suerte que el concepto de “piratería” no reflejó siempre la misma realidad. Esto se hizo evidente en el salvamento de voto del juez Moore relativo al affaire *Lotus* de 1927, en el cual sostuvo que:

*(...) piraterie du droit des gens, parce que le droit interne de plus de un état dénomme piraterie et punit comme telle de nombreux actes qui ne constituent pas la piraterie du droit de gens et pour lesquels, en conséquence, il n'existe pas de compétence universelle permettant une répression par tous les pays*²³.

Cont. nota 20

Without or Against Their Will”, *Recueil des Cours*, T. 241, 1993, se hace alusión al concepto de comunidad internacional frente al concepto de sociedad internacional, propio del derecho internacional clásico. El concepto de CIE acogido en el presente documento proviene del salvamento de voto CIJ Affaire relative au mandat de arrêt du 11 de avril 2000/République Démocratique du Congo contre Belgique, p. 64 opinion individuelle commune de MM’ Higgins, M. Koloijmans et M. BuergeInthal, y se hace con el fin de diferenciarla de la Comunidad Internacional Humana que más adelante se desarrollará.

²¹ KONTOROVICH, EUGENE. “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation”. *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, number, 1, 2004, p. 186.

²² FAUCHILLE, PAUL. *Traité de Droit International public*. 8^a ed. París, 1921-1926. La piratería era pura y simplemente “le brigandage sur mer”. Para Fiore, Pasquale. “Le Droit International codifié”, 4^a ed. Librairie Guillaumin, 1881: “Todo acto cometido en alta mar, con violencia, con el fin de robar o depredar, con la ayuda de un navío, que no cuenta con la carta de autorización (lettre de marque) emanada de un Gobierno reconocido, cuando el atentado es dirigido indistintamente contra cualquier navío perteneciente a cualquier nación”. Una semejante opinión comparte ORTOLAN, THEODORE. “Règles internationales et diplomatie de la mer”; para Pella, Vespacien “La piraterie”, *Recueil de Cours*, T. 15, 1926, p. 170: “personas que recorrían los mares por su propia cuenta con el fin de cometer actos de depredación y pillaje a mano armada en tiempos de guerra o de paz” (traducción del autor).

²³ M. MOORE. “Arrêt No. 9/ Opinion Dissidente”, CIJ, p. 70 http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf.

La inexistencia de uniformidad en cuanto al crimen y sus elementos exigió su categorización doctrinaria²⁴, fundamentada en la distinción entre actos de piratería susceptibles de represión universal y otros actos que, si bien detentaban elementos materiales del hecho, no eran susceptibles de represión. Así, la clasificación consideró fundamentalmente tres tipos de piratería: a) piratería de derecho común o universal; b) piratería de carácter político, y c) piratería internacional o interestatal.

Si bien los crímenes de piratería universal, política o interestatal en términos generales podían compartir los mismos elementos materiales²⁵, la generación de una JU solo operaba en uno de los tres casos anteriormente vistos –piratería universal–, razón por la cual esta categoría será objeto de nuestra especial atención.

1.1 Crimen de piratería universal como atentado contra valores de la Comunidad Internacional de Estados (CIE)

La piratería universal o de derecho de gentes era realizada por particulares mediante conductas de violencia, pillaje y hurto en alta mar, consideradas

unánimemente por todas las naciones como moralmente reprimibles, ya que atentaban contra elementos esenciales de la existencia colectiva²⁶ como la libertad de navegación, de tránsito y transporte de mercancías, y garantía de seguridad en los lugares que presentaban ausencia de soberanía exclusiva de los Estados. Según Hostie:

La liberté de navigation dans sa pleine extension s'applique à la «voie» en tant qu'instrument économique (...).

Así, la protección de estos lugares era esencial para la salvaguarda de intereses económicos y comerciales de los Estados, siendo la cooperación para el cumplimiento de esta regla, expresión de una condición necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la CIE. La imperatividad en la prohibición de conductas contrarias a esta obligación respecto a personas de diferentes colectividades buscaba proteger elementos fundamentales de la CIE, sin los cuales la armonía en sus relaciones o su supervivencia se ponían en riesgo²⁷. De esta manera, los principios tradicionales relacionados con la territorialidad de la jurisdicción y su aplicación exclusiva respecto de los ciudadanos cedían en casos extremos, *absolutamente necesarios e inevitables*, por razones de necesidad

²⁴ Ibídem PELLA, VESPASIEN. “La piraterie”, *Recueil de Cours*, T. 15, 1926, p. 170.

²⁵ Ibídem, p. 184. Otros autores como CHARLES DUPUIS y JEAN HOSTIE en sus cursos: “Communications et transit”, *Recueil N° 40*, 1932, p. 580, “Liberté des voies de communication / Relations Internationales”, *Recueil N° 2*, 1924, p. 436, hacen también la diferencia entre los distintos tipos de piratería, aunque la propuesta del profesor Pella es la más esquemática de todas.

²⁶ BENAVIDES, LUIS. “The universal jurisdiction principle: nature and scope”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001, p. 8, “It is asserted here that the reason for these exceptions is the idea that beyond the sovereign rights of each state there are certain values common to all nations which should be preserved”.

²⁷ SCELLE, GEORGE. “Règles Générales du Droit de la Paix”, *Académie de Droit International*, *Recueil des Cours*, 1933, T. 46, p. 351: “Si cette règle de droit intersociale est l'expression d'une condition nécessaire a la permanence du fait de solidarité intersociale, il s'ensuit immédiatement que cette règle s'impose d'abord aux ressortissants de la collectivité intersociale elle-même, ensuite aux collectivités de base préexistantes dont les rapports lui ont donné naissance, c'est-à-dire a leurs gouvernants et agents”.

Análisis del crimen de piratería de derecho de gentes desde la perspectiva de la jurisdicción universal

general o peligro común. Al respecto el juez Altamira²⁸ sostuvo que:

Aussi les exceptions à ses principes en ce qui touche l'admission d'une juridiction étrangère sur les citoyens d'un Etat déterminé, ont-elles été reconnues seulement dans des cas extrêmes et absolument nécessaires et inévitables. C'est le cas par exemple d'un besoin général humain ou d'un danger commun.

En este caso, la universalidad de la represión aparecía como necesidad concreta de solidaridad entre Estados para la lucha contra la criminalidad, justificada en un principio de cooperación universalmente compartido, y en la dificultad de controlar estas conductas en espacios de inmensas magnitudes, ajenas a la soberanía individual de los Estados.

Ahora bien, es pertinente analizar si la ponderación de los elementos que configuraban el repudio general hacia el pirata estaban circunscritos a la magnitud de las conductas constitutivas del crimen, considerado inmoral por todas las Naciones, o al lugar de la comisión de los hechos²⁹, al carácter privado que impulsaba la satisfacción de sus intereses exclusivos, o simplemente a una conjunción de todos los elementos anteriores.

1.2 Elementos materiales del crimen: actos de violencia, depredación, hurto y pillaje

De una aproximación a priori al concepto de actos inmorales que

catalogaban a quien los realizaba como peligroso para toda la colectividad humana, viene necesariamente al pensamiento una categoría de actos cuya magnitud debería conmover la conciencia de toda la humanidad, es decir, actos que “violan (sic) la moral universal, los valores y principios humanitarios”³⁰. Contrario a esta percepción inicial, tenemos que los elementos materiales del crimen de piratería no revestían en sí mismos un carácter particularmente “atroz” u “horrendo” que los hiciera objeto de una represión especialmente severa *per se*. Esto se hace evidente en el hecho de que las mismas conductas cometidas en el orden interno no eran tenidas como atentatorias de valores o intereses de la humanidad sujetas a represión universal. En esa misma línea, la jurisprudencia de la Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ), en salvamento de voto de M. Moore relativa al *affaire Lotus*, determinó lo siguiente:

*(...) que ce délit ne peut pas être étendu jusqu'à comprendre tout acte de pillage ou de violence...du seul fait qu'il a été commis en haute mer, étant donné qu'il n'est pas de crime qui ne puisse être commis en haute mer, la piraterie, de ce fait, pourrait être étendue au code pénal tout entier*³¹.

La magnitud del delito se presenta como equivalente, ya sea que se hubiese cometido en alta mar o en jurisdicción de un Estado en particular. Si en gracia de discusión se

²⁸ Juez Altamira CIJ, “Salvamento de voto affaire Lotus de 1927”, p. 1 www.icj-cij.org/pcij/serie_A

²⁹ *Ibidem*, p. 174: “Cependant, aujourd'hui encore, cette universalité est moins due à la nature même de l'infraction qu'à la qualité des lieux où elle a été commise”.

³⁰ *Israel v. Adolf Eichmann*, ILR, Vol. 36, 1968 pp. 290-291.

³¹ *Op. cit* M. Moore, “Arrêt N° 9/Opinion Dissidente”, CIJ, p. 71 http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf

determinara que el fundamento del crimen se encontraba en la naturaleza de la conducta, las consecuencias del mismo podrían ser extendidas, incluso a comportamientos semejantes contenidos en el ordenamiento interno, lo cual sería francamente improbable.

Aunado a lo anterior, es menester enfatizar en el hecho de que las mismas conductas “inmorales”, cometidas por particulares autorizados por el Estado no solamente eran permitidas sino auspiciadas, es el caso de las instituciones de la *course* o *privateer*, cuya utilización fue extensiva entre los siglos de conquista y colonización de las Américas y África, por parte de Francia y Reino Unido, específicamente.

1.3 Diferencias en cuanto a los actos de violencia o depredación cometidos por corsarios o privateers y piratas

Los corsarios en Francia y los *privateers* en Reino Unido eran particulares que realizaban conductas semejantes a los piratas, siendo la única diferencia entre uno y otro:

*(...) que l'un agi en vertu d'une commission, tandis que l'autre commet les actes incriminés pour son propre compte*³².

Los actos de violencia cometidos por los corsarios y *privateers* se producían

solamente en tiempo de guerra y eran dirigidos generalmente contra el enemigo del Estado que libraba la comisión, excepcionalmente contra los Estados neutros, mientras que los actos perpetrados por piratas se orientaban contra cualquier embarcación sin importar su nacionalidad, así fuera la misma del pirata.

1.4 Importancia del carácter privado del sujeto

La diferencia existente entre corsarios y piratas no era simplemente formal. Los corsarios no eran tratados como criminales ordinarios, las sanciones eran menos drásticas³⁵ y sus actos no eran catalogados como piratería. Según Pella, “*les corsaires ne peuvent jamais être traités comme des criminels ordinaires et que leurs actes ne peuvent jamais constituer des crimes de piraterie, même s'ils attaquent irrégulièrement des navires privés: c'est l'état qui les a commissionnés (...) qui doit toujours supporter la responsabilité de leurs actes*”³⁴.

Así, la calidad de agente privado o agente del Estado era determinante para la calificación del hecho como piratería. El corsario, aunque no era formalmente “órgano del Estado”, estaba en posesión de una *lettre de corse* o *lettre de marque*, que además de ser autorización para la comisión de los actos, le brindaba un status cuasi-estatal que impedía su persecución en virtud de la igualdad soberana de los

³² WHETON, HENRY. “Elements of international Law”, Cambridge History of English and American Literature in 18 Volumes (1907-21), Early National Literature, Part II, p. 205.

³³ La piratería se presenta como un hurto simple cometido en alta mar o en territorios sans maître, sin que de algún modo pueda ser equiparable a crímenes como genocidio, esclavitud o trata de blancas y, sin embargo, las consecuencias para los perpetradores eran incluso mucho más graves que para los autores de crímenes de mayor magnitud. Al respecto ver Krzysztof, Wilczyński. “A Biography of William Kidd”. Frente al castigo de piratas el autor sostiene: “Kidd was clapped into chains and shipped to England where he was sentenced to death. Kidd experienced a terrible death: the hangman's rope broke twice, the third time it held. Once he was dead: his body was dipped in tar and hung by chains along the Thames River”.

³⁴ Ibídem, nota 21, p.195.

Estados que tiene como corolario *par in parem non habet imperium*³⁵.

De la misma manera se entendían los actos de *piratería internacional o interestatal*³⁶, en virtud de los cuales un buque de guerra, con el consentimiento de su gobierno, atacaba y saqueaba, con ocasión de un conflicto armado internacional o fuera de él, los navíos de otros Estados, rompiendo abiertamente todos los usos y costumbres de la guerra. En este caso los hechos detentaban las particularidades necesarias para que los actos fuesen considerados atentatorios contra el orden y la armonía que debían reinar en el plano internacional, sin embargo la CI se mostraba fuertemente reticente en cuanto a la posibilidad de considerar dicha conducta como piratería universal objeto de JU³⁷.

En ese orden de ideas, cabe preguntarse cuál fue la razón por la que las mismas

conductas realizadas por particulares sin autorización del Estado fueron catalogadas de piratería, y por tanto duramente castigadas, mientras que las realizadas por corsarios o *privateers* no fueron objeto de drásticas sanciones, aun en el caso de extralimitación.

1.5 Utilización del uso de la fuerza con fines económicos privados

La diferencia entre actos de piratería y actos de violencia o depredación, cometidos en tiempo de guerra por particulares autorizados por un Estado beligerante, radicaba en que la conducta privada del pirata en alta mar implicaba utilización de la *fuerza* y la *coacción* como medios para la consecución de fines privados, mientras que la conducta del corsario tenía como objeto la consecución de los fines del Estado a través de actos *iure imperii*, delegados válidamente mediante la *lettre de corse*, legitimada

³⁵ Al respecto la sentencia *Shooner "Exchange" Vs. McFaddon and others* (1812) determinó que: "Esta perfecta igualdad y absoluta independencia de los soberanos, y este interés común que los induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, no ha dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de todas las naciones". También en la Opinión individual común de los jueces Mme. Higgins, M. Kooijmans y M. Buergethal a la sentencia relativa al Mandat de arrêt du 11 avril 2000 (República Democrática del Congo contra Bélgica): "Aucun exercice de la compétence pénale ne peut intervenir qui ne respecterait pas l'inviolabilité ou porterait atteinte aux immunités de la personne concernée ».

³⁶ *Ibidem* PELLA, VESPASIEN. *La piraterie*. p. 176 : "Certains auteurs ont bien essayé dans certains cas, de les assimiler (actes de piraterie interétatiques a des actes de piraterie universelle), mais nous devons toutefois reconnaître qu'une telle assimilation est inadmissible (...) Nous nous trouvons en effet devant une infraction tout à fait différente des infractions ordinaires ou même des infractions politiques (...) la répression de cette infraction ne saurait être confiée à une juridiction qui ne présenterait pas de garanties d'objectivité nécessaires dans ces circonstances exceptionnelles. (...) C'est pourquoi la grande majorité des auteurs de droit pénal contemporains préconisent la création d'une juridiction pénale internationale".

³⁷ En ese sentido, el esquema de represión universal, como manifestación de una política de cooperación y solidaridad internacional se desvirtuaba, en tanto que la determinación del riesgo para la SI se desvanecía dado que los actos de pillaje y depredación eran claramente atentatorios de intereses estatales y no internacionales. Aquí, el ordenamiento jurídico internacional no entraba a determinar al ordenamiento jurídico interno de los Estados para la represión de dichas conductas, en razón a que esos dominios de solidaridad le eran indiferentes. Al respecto ver Scelle, George, recueil "Droit de la Paix", 1933, p. 352: "Les ordres juridiques internationaux ne laissent à la détermination des ordres juridiques étatiques que les domaines de solidarité que leur sont indifférents". p. 81.

como institución de derecho internacional³⁸.

La utilización unilateral de la fuerza por un agente privado implicaba usurpación del monopolio que sobre ella ejercía el Estado, y a través de la misma, la generación de un potencial peligro³⁹ para todas las Naciones. Crímenes igualmente ignominiosos como la trata de blancas o la esclavitud jamás fueron objeto de JU por vía de costumbre internacional—aunque fueron igualmente repudiados por un sector de Estados—, dado que las embarcaciones encargadas de transportar esclavos realizaban tranquilamente y en paz su ruta, sin atacar otros navíos ni comprometer la seguridad de circulación en lugares que escapaban de toda soberanía⁴⁰. A diferencia del corsario o los *negreros*,

el pirata no solamente usurpaba de facto competencias de *iure imperii* correspondientes al ejercicio propio de autoridad soberana—constituyendo un peligro latente para toda las embarcaciones—, sino que trastocaba el desarrollo económico de la CIE, fundamentado en una economía *dirigida por y para los Estados*, frente a una idea de economía individual, libre y desregularizada, que pretendían realizar los piratas, justificada en la concepción del mar como *res nullius*⁴¹.

De esta forma, entraban en conflicto el principio general de subjetividad internacional única y absoluta del Estado, que soportaba la estructura económica y social internacional clásica, con una subjetividad internacional del individuo⁴² como beneficiario directo del *ius communicationis*, justificado por

³⁸ PELLA, VESPASIEN. “La piraterie”. En: *Recueil de Cours*, T. 15, 1926, p. 190: “(...) Nous estimons, et nous ne sommes pas seuls à soutenir cette thèse, que la course (...) existe encore comme institution de droit international public”. En esa misma línea Pella sostiene que el Congreso de París de 16 de abril de 1856 no dio por terminada la course y que varios Estados como España, México y Estados Unidos no adhirieron a ella y continuaban usándola legitimados en el derecho internacional público.

³⁹ *Ibidem*, PELLA, p. 192: “Les corsaires sont tenues de respecter les règles du droit de la guerre, tandis que les pirates n’observent d’autres règles que celle de piller dans les meilleures conditions et avec le maximum de sécurité”.

⁴⁰ *Ibidem*, PELLA, p. 229: “(...) les négriers (...) poursuivent paisiblement leur route sans attaquer les autres navires et sans compromettre la sécurité de circulation dans des lieux échappant à toute souveraineté (...)”.

⁴¹ *Ibidem*, HOSTIE, JEAN: “Communications et transit”. En: *Recueil des Cours*, N° 40, 1932, p. 580, consideró que existía una íntima relación entre la concepción del mar como *res nullius* y el derecho individual a la libre navegación como una libertad de todos los hombres al margen de los sistemas de derechos territoriales. No se trataba de un derecho que viniera del Estado, en tanto que miembro de una comunidad internacional, y no implicaba deberes correlativos, como sucedía con los derechos fundamentales de los Estados.

⁴² El problema de la subjetividad internacional se circunscribía a saber si el derecho aplicable al pirata era interno o internacional, lo cual era de capital importancia a efectos de determinar su status como sujeto de derecho internacional. Se presentó entonces la teoría anglo-americana compartida por varios Estados marítimos de la Europa continental, que consideraban la distinción entre piratería de derecho de gentes y aquella recogida en los tratados o leyes particulares de los Estados. Se determinó que el primer tipo era del resorte de la ley común internacional y el segundo de leyes especiales (tratados internacionales), solo aplicables a sujetos propios de ese Estado (o Estados parte) y en los lugares que dependían de su propia jurisdicción. En ese sentido, la concepción anglo-americana consideró a la piratería de derecho de gentes como una institución de origen consuetudinario que establecía como principio universal que el pirata era sujeto pasible de represión, incluso hasta la pena capital, por parte de cualquier Estado. De otro lado la doctrina alemana en autores como STIEL, “Der Tatbestand der Piraterie”, pp. 14-15; SCHOEN, “Die Völkerrechtliche Haftung der Staten”, p. 24, citado por SPIROPOULOS,

algunos sectores de la doctrina como connatural al ser humano desde los orígenes mismos del derecho de gentes⁴³.

En ese sentido, una posible subjetividad internacional “emergente” del individuo como sujeto de derechos económicos⁴⁴, que se materializaba en la persona del pirata, fue objeto de rechazo general por parte de los Estados, ya que ponía en riesgo las bases mismas del sistema económico internacional. Incluso la única posibilidad de subjetividad del individuo, por pasiva, fue marcada con una connotación claramente peligrosista y peyorativa⁴⁵.

Ahora bien, tenemos entonces que el *animus furandi* y el interés económico eran determinantes, y fundaban la diferencia entre piratas, corsarios y la piratería considerada *política*. Esta

última no fue objeto de represión universal, básicamente porque no tenía como fin el desarrollo de una economía individual, libre y desregularizada, sino el atentado contra el orden político de un Estado o Estados determinados⁴⁶, de manera que no se ponía en peligro la seguridad de navegación ni se trastocaba el sistema económico interestatal de mercado.

La indeterminación del sujeto al cual se dirigían los ataques piratas y la no individualización de las víctimas de los Estados⁴⁷ pudo permitir que la CIE consintiera en que la unidad de atribución se trasladara de los Estados individualmente considerados a ella misma, del mismo modo que la existencia de un comportamiento sistemático de conculcación de sus intereses esenciales, cometido en un área ausente de jurisdicción, pudo coadyuvar a concebir la necesidad de

Cont. nota 42

en su Curso sobre “L’Individu et le Droit International”, *Recueil des Cours*, N° 5, 1929, p. 229, se estimaba que la institución internacional de la piratería se reducía a un derecho de policía en alta mar, siendo el delito, el juicio y su ejecución asuntos correspondientes al fuero interno de cada Estado, en la medida en que el pirata era juzgado en territorio nacional (a bordo de un buque de guerra), siendo necesario el derecho internacional solo para efectos de la legitimación del hecho material del arresto, en la medida en que todo Estado soberano tenía la responsabilidad de reprimir los actos dirigidos a alterar el orden social, no importa cuál sea el lugar en fueron cometidos o la nacionalidad de su autor.

⁴³ *Ibidem*, HOSTIE, p. 112

⁴⁴ *Ibidem*, HOSTIE, p. 113: “Il existe dans notre domaine un statu réel des individus. Mais ce statu n’est pas en voie de développement... Il peu même disparaître un jour. Il a un caractère contingent. (...) L’évolution du droit maritime marque un recul de l’idée du droit individuel, c’est parce que cette évolution est le reflet de l’évolution économique (...)”.

⁴⁵ CASSESE, ANTONIO. *Derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Edit. Trotta, 2002, p. 53.

⁴⁶ Se consideraba que estos actos, aunque fuesen cometidos en alta mar, detentaban más que un carácter anti-social un carácter anti-gubernamental que implicaba la prohibición de los demás Estados de colaborar en su represión. Bajo esta hipótesis, un acto de piratería de carácter político solo podía ser perseguido y juzgado por el Estado contra el cual se dirigían los ataques, y en caso de intromisión de otro Estado, la conducta era tenida como intromisión en sus asuntos internos. Tal situación se presentaba en el caso de navíos insurgentes que cometían actos de pillaje y depredación en alta mar contra buques pertenecientes al Estado respecto del cual se habían sublevado. Aquí, el carácter inmoral de los actos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito estaba justificado en la legitimidad del fin perseguido, que en la mayoría de los casos era la obtención de la independencia política. Al respecto ver PELLA, VESPACIEN. “La piraterie”. En: *Recueil de Cours*, T. 15, 1926, p. 175.

⁴⁷ *Ibidem*, DELMAS-MARTY, MIREILLE. “Valores comunes de la humanidad”. En: *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*. Bogotá. Edit. Norma, 2004, pp 90-91.

perseguir y judicializar a presuntos criminales en aras de evitar que la conducta cayera en la impunidad.

1.6 La sanción al pirata por traición a su Estado y por enemigo del género humano

Podemos decir entonces que lo que realmente se reprochaba al pirata no era el robo, pillaje o violencia cometidos –incluso los homicidios u otros actos atroces–, sino el hecho de hacerlo “*con independencia de toda autoridad del Estado o de otra autoridad equivalente*”⁴⁸, mediante la usurpación de la fuerza.

El repudio del pirata de la autoridad a la cual estaba normalmente sometido quebrantaba el *imperium* que sobre él detentaba su Estado, y transgredía un elemento de soberanía fundamental de la CIE clásica. Esta afrenta del pirata tenían como consecuencia, de un lado, *una sanción* por parte de su Estado nacional, que implicaba la pérdida de su protección diplomática, su derecho preferente de persecución, juzgamiento y sanción, y los beneficios que de ella se derivaban, junto a la posibilidad de que cualquier Estado pudiese perseguirlo, aprehenderlo y judicializarlo. Entonces el pirata era sancionado por el Estado que le negaba su protección como nacional y por la CIE que lo consideraba peligroso e inadaptable a las condiciones generales de la vida social.

1.7 Conclusiones preliminares

En ese orden de ideas, los elementos que soportaban la posibilidad de un esquema de represión universal dirigida contra la piratería, que justificaban la creación de una JU reposaban en: *i) la denegación de los derechos del pirata como nacional de un Estado*, fruto de la conducta reprochable hacia su Estado nacional y de la constatación de la imposibilidad de su persecución en lugares de inmensas dimensiones, *ii) la potestad de persecución considerada lícita*⁴⁹ por la CIE por atentar contra *intereses propios y esenciales de la misma*; el peligro que generaban para la libertad de circulación, la usurpación de potestades de *iure imperii* y el desarrollo de una economía libre y desregularizada fue suficiente para generar la *opinio iuris* requerida para catalogar esta conducta de crimen de derecho internacional susceptible de JU, y *iii) el derecho de persecución, aprehensión y judicialización por cualquier Estado, al particular calificado de pirata*.

La aparente ausencia de jurisdicción territorial no fue el elemento decisivo para la determinación de JU –dado que las embarcaciones que enarbolaban el pabellón del Estado se entendían como territorio de ese Estado en alta mar–, lo definitivo fue el consenso de los Estados en sancionar al pirata impidiéndole acudir a su protección diplomática, renunciando a su derecho

⁴⁸ M. MOORE. Arrêt N° 9, Opinion dissidente, p. 71. El juez cita a Hall, quien dice que: “(...) qu’un pirate, soit n’appartient a aucune société politiquement organisée, soit par la nature de son acte, a montré son intention et son pouvoir de répudier l’autorité de l’État auquel il serait normalement soumis”.

⁴⁹ Al respecto ver CIJ Affaire relative au mandat de arrêt du 11 de avril 2000/République Démocratique du Congo contre Belgique, p.64, opinion individuelle commune de MM^{rs} Higgins, M. Koloiijmans et M. BuergelInthal. “Il est d’une importance décisive que cette compétence était considérée comme licite parce que la communauté internationale considérait la piraterie comme préjudiciable aux intérêts de tous”.

preferencial de persecución y sanción, y permitiendo así su aprehensión por cualquier Estado, considerando que el crimen era perjudicial para los intereses de la toda comunidad⁵⁰.

El ejercicio de aplicación de competencia penal por los Estados se realizaba válidamente, en la medida en que consentían en ceder parcelas de su soberanía en aras de salvaguardar sus intereses —que en este caso se vinculaban con los de la CIE a la que pertenecían—, de manera que no se presentaban choques entre la soberanía territorial de ningún Estado y el ejercicio del derecho de persecución por vía de JU.

En ese mismo sentido, criterios de *efectividad y no impunidad* en la lucha contra el crimen pudieron coadyuvar a la cesión de este derecho preferencial a los miembros de la CIE a efectos de un mejor ejercicio de policía internacional. Así las cosas, la aplicación de la JU, lejos de ser un principio general, aplicable en todos los casos en que los elementos materiales de la conducta estuvieran presentes, surge más bien como una excepción a la regla de competencia territorial; se buscaba establecer un principio de prioridad de jurisdicción a favor del Estado poseedor del navío capturado, con el objeto de prevenir conflictos que se pudiesen suscitar al momento en que los Estados pretendiesen alegar titularidad para perseguir y judicializar a un pirata.

En cuanto al lugar de comisión de los hechos, es pertinente profundizar sobre su condición jurídica, por cuanto de ésta se desprenderá el *derecho virtual de los Estados* de persecución y judicialización de los piratas.

2. EL LUGAR DE LA COMISIÓN DE LOS HECHOS: NECESIDAD DE NUEVA CONCEPCIÓN DEL ALTA MAR DE RES NULLIUS A RES COMMUNIS

La conformación de una nueva categoría que permitiese entender el alta mar desde una perspectiva diferente a *res nullius* se presentó como un asunto de vital importancia para la CIE, no solamente para legitimar el accionar común de los Estados en una región cuyas dimensiones no podían ser objeto de jurisdicción territorial, sino para evitar posibles reivindicaciones de particulares sobre rutas comerciales en ejercicio de un derecho de dominio concedido directamente por el derecho de gentes. Es así como el presidente Wilson, en sus “*Catorce puntos*” de 1917, esbozó lo siguiente:

Une fois la suprématie du droit ainsi établie, que l'on enlève tout obstacle aux voies de communication des peuples, en assurant, par des règles à fixer également, la vraie liberté et communauté des mers, ce qui d'une part, éliminerait de multiples causes de conflit, et, d'autre part, ouvrirait

⁵⁰ Ibidem. Al respecto ver CIJ Affaire relative au mandat de arrêt du 11 de avril 2000/République Démocratique du Congo contre Belgique, p. 82, num. 61: “Opinion individuelle commune de Madame Higgins, Monsieur Kooijmans et Monsieur Buergenthal: «Il est d'une importance décisive que cette compétence était considérée comme licite parce que la communauté internationale considérait la piraterie comme préjudiciable aux intérêts de tous»”.

De esta forma, la CIE pone en evidencia la necesidad de regular lo concerniente al Mar desde la perspectiva del derecho, con el fin de concebir una comunidad de mares, que llevara implícita la existencia de un *condominium*, del cual todos los Estados serían titulares, y cuyo uso estaría regulado por una normatividad, un sistema de policía y una justicia destinadas a asegurar su aplicación. La imposibilidad de creación de una “única autoridad” encargada de regular los temas concernientes al *condominium*⁵² requirió del actuar conjunto de los Estados como agentes internacionales para la salvaguarda de intereses comunes, en razón a la precariedad institucional del sistema, mediante la figura del desdoblamiento funcional⁵³.

Bajo este esquema el alta mar, en cuanto vía de comunicación, fue concebida como *res communis*, cuyo corolario fue el principio de libertad, la posibilidad de utilización por todos los Estados, la igualdad en su uso, imposibilidad de apropiación

exclusiva por un Estado en particular y sometimiento a una reglamentación jurídica internacional.

Ahora bien, siendo los principios de *res communis* y de *mare liberum* las reglas generales a partir de las cuales se estructuró el *condominium*, el ejercicio de JU se presentó como manifestación de la potestad de policía internacional y como una excepción al principio de libertad de mares, que debía estar circunscrita al cumplimiento irrestricto de unos requisitos, que una vez acatados permitían a los Estados fungir como vicarios de la CIE, mediante el ejercicio de un derecho *virtual* de represión contra los piratas, que se convertía en *efectivo* al momento de la aprehensión del mismo por el comandante del navío.

2.1. La asociación de los conceptos de humanidad, conjunto de naciones y *res communis*

El alta mar deja de ser *cosa de nadie*, susceptible de apropiación y ejercicio de derecho de dominio⁵⁴ a *cosa de*

⁵¹ Al respecto ver Textes sur la paix: “Les 14 points de Wilson et la création de la SDN”, <http://hypoge.ch/www/cliotexte/html/wilson.sdn.html>

⁵² DUPUIS, CHARLES, con respecto a la figura del *condominium*, consideró que : “Libertés des voies de communication relations internationales”, *Recueil des Cours* N° 2, 1924, p. 137: “(...) Il est impossible parce qu’elle est en contradiction avec les idées, les sentiments, les préjugés qui dominent les nations et les gouvernements”.

⁵³ SCELLE, GEORGE. “Règles Générales du Droit de la Paix”, Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, 1933, T. 46, pp. 358-359, “(...) Il en résulte que dans l’ordre interétatique, où il n’existe pas de gouvernants et agents spécifiquement internationaux, les agents et gouvernants nationaux lorsqu’ils fonctionnent dans l’ordre juridique étatique ; ils sont agents et gouvernants internationaux lorsqu’ils agissent dans l’ordre juridique international. C’est ce que nous appellerons la loi fondamentale du dédoublement fonctionnel”.

⁵⁴ En el transcurso de la historia se registraron reivindicaciones del dominio de los mares y océanos por algunos grupos políticos, y fue precisamente la reacción contra tales pretensiones la que permitió a muy eminentes tratadistas de la doctrina clásica del derecho de gentes defender y justificar el principio de la libertad de los mares. Así, en el siglo XVI, frente a los pareceres de la República de Venecia, Génova, España y Portugal, que podían conseguir por prescripción dominio del mar, se alzaron las voces de Vázquez de Menchaca y de Grotio en defensa del *mare liberum*. Al respecto ver RIDRUEJO PASTOR, JOSÉ A. *Curso de derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid. Ed. Tecnos, 2003, p. 374.

todos. Pero en el esquema de “todos” solo se encontraba el *conjunto de todas las naciones*, inmerso en una categoría aparentemente amplia concebida como *humanidad*⁵⁵. El transgresor de estos intereses no solamente se concebía como infractor de una regulación común a los Estados, sino como *hostis humani generis*⁵⁶ cuya consecuencia inmediata era la pérdida de su derecho a ser protegido por “ningún príncipe, Estado o legislación (...) y todas las naciones tienen (sic) la misión de actuar y armarse contra ellos por rebeldes y traidores”⁵⁷.

Esta concepción de *humanidad* era restrictiva e implicaba únicamente a los Estados como titulares y beneficiarios de derechos y obligaciones. Los intereses de la “humanidad” eran netamente patrimoniales, de manera que un atentado al comercio, como fin y objetivo de la CIE, era un crimen contra la humanidad:

(...) *La guerre actuelle de l'Allemagne contre le commerce est une guerre contre l'humanité; c'est une guerre contre toutes les nations*⁵⁸.

La CIE defendía intereses patrimoniales de la humanidad –de

los cuales era beneficiaria directa–, que solo podían ser susceptibles de trasgresión por aquellos que no hacían parte de la misma. De este modo la universalidad de la represión se vinculó a la persona del pirata, quien por razón de su conducta violenta, realizada con un propósito personal, en un buque privado⁵⁹ y en lugares fuera de la jurisdicción particular de ningún Estado, permitía que pudiese ser perseguido por cualquier Nación diferente a la suya. Aquel que podía ser catalogado como criminal de la CIE no podía ser nadie más que quien negaba integralmente la condición de Estado.

2.2. Conclusiones preliminares

Aparece entonces que la CIE, como fenómeno social, crea la figura de JU como un mecanismo apropiado para la salvaguarda de sus derechos fundamentales, en su mayoría de orden económico, en contra de cualquier posibilidad de aplicación extensiva para la protección de otros valores o intereses diferentes a los suyos. Desde este punto de vista, la JU fundamenta su rigor y excepcionalidad en la afirmación de la hegemonía del Estado a

⁵⁵ Al respecto ver M. MOORE, “Arrêt N 9/Opinion Dissidente”, CIJ, p. 70: “(...) étant donné que le théâtre des opérations du pirate est la haute mer, où le droit ou le devoir ne appartient pas à aucun pays, il est traité comme un individu hors la loi, comme l'ennemi du genre humain –hostis humani generis– que tout pays, dans l'intérêt de tous, peut saisir et punir”.

⁵⁶ “The rationale for this particular jurisdiction is that “some crimes are so universally condemned that the perpetrators are the enemies of all people”. Al respecto ver VARBES, DONNADIEU de: *Les principes modernes du Droit pénal International*, Paris, Recueil Sirely, 1928, p. 135.

⁵⁷ HIGGINS, PEARCE. “Navires de Commerce”, *Recueil des Cours*, 1929, T. 30, p. 66.

⁵⁸ Ver “Message du Président Wilson au Congrès”, 18 août 1914 en <http://hypo.ge.ch/www/cliotexte/html/wilson.sdn.html>.

⁵⁹ El carácter privado del crimen se mantiene igual en el artículo 101 de la Convención de Montego Bay de 1982, que establece como acto de piratería: “todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada (...)”. Esta definición guarda los elementos tradicionales de derecho internacional clásico relativos al carácter privado del pirata y *animus furandi*.

partir de la sanción y negación de subjetividad internacional a todos aquellos sujetos que pudiesen potencialmente atentar contra su estructura económica o social. Se protegía a la humanidad a través de la salvaguarda de sus intereses patrimoniales en cabeza de los Estados, sin que esto implicara necesariamente la protección de la “humanidad/humana” como tal.

Aparece a primera vista una gran disyuntiva entre la necesidad e intereses que dieron origen a la JU dentro del esquema de la CIE⁶⁰, y una nueva visión de JU, que busca no la protección de intereses económicos de los Estados, sino la represión de conductas que atenten contra los derechos básicos de los

individuos y la salvaguarda de su propia existencia, que nace al interior de una Comunidad Internacional Humana (CIH⁶¹) que coexiste y se articula con la CIE.

2.3. Desarrollo de la Comunidad Internacional Humana, CIH: principio de inmunidad Vs. impunidad

La constatación de la existencia de una comunidad internacional conformada por dos comunidades se hace evidente en la opinión individual común de Madame Higgins, Monsieur Kooijmans y Monsieur Buergethahn en el caso “*Mandat de arrêt du 11 de abril 2000 República Democrática del Congo contra Bélgica*”:

⁶⁰ El concepto de CIE que rige durante toda la vigencia del derecho internacional clásico empieza a ceder a partir de los años sesentas, ante el fortalecimiento de la CIH que aborda intereses más amplios que los simplemente patrimoniales. Así, en la Declaración adoptada por las Naciones Unidas en Teherán sobre los Derechos del Hombre en 1968, “proclamación de Teherán, el 13 de mayo de 1968”, http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/b_tehern_sp.htm se perfila el fortalecimiento de la CIH con unas connotaciones que difieren del tradicional concepto de CIE: es indispensable que la comunidad internacional cumpla su solemne obligación de fomentar y alentar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos (...) la declaración universal de derechos humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional (...) ocho años después de que la asamblea general aprobó la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, los problemas del colonialismo siguen preocupando a la comunidad internacional (...) la creciente disparidad entre los países económicamente desarrollados y los países en desarrollo impide la realización de los derechos humanos en la comunidad internacional (...) la comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos.

⁶¹ El concepto de CIH no desplaza de manera inmediata a la CIE. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre de los tratados de 1969, si bien hace una afirmación comunitaria en torno a las normas imperativas de derecho internacional o normas *ius cogens*, lo vincula aun al concepto de “Estados”, dentro de un esquema de tratados internacionales y acuña por primera vez el concepto de comunidad internacional en su conjunto. Naciones Unidas: “Convención de Viena sobre derecho de los tratados 1969, artículo 53”: “(...) una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Finalmente el concepto de CIH, desligado de la interestatalidad, empieza a perfilarse en 1976 con el artículo 19 párrafo 2 del Proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados (PRIE), en el cual se habla de la comunidad internacional como titular de intereses fundamentales o esenciales de la humanidad. Este artículo, que se mantuvo prácticamente sin modificaciones hasta el 2001, fecha en la cual la Asamblea General toma nota del PRIE, relaciona aspectos concernientes a normas imperativas de derecho internacional general y responsabilidad internacional de los Estados que denotan un giro importante hacia la consolidación de los intereses y valores de una CI esencialmente humana.

Análisis del crimen de piratería de derecho de gentes desde la perspectiva de la jurisdicción universal

D'un côté y a l'intérêt de la communauté humaine, à savoir prévenir faire cesser l'impunité des auteurs de crimes graves commis contre ses membres; de l'autre, il y a l'intérêt de la communauté d'États, à savoir permettre à ceux-ci d'agir librement au niveau interétatique sans ingérence injustifiée.

En ese sentido se pone de manifiesto la existencia de una CIE con unos intereses fincados en una estructura westfaliana de poder, fundamentado en la coexistencia pacífica y gestión de intereses comunes, realizados a partir del principio de igualdad y libertad soberanas de los Estados, y como resultado de ello la obligación de no intervención en asuntos internos

e inmunidad diplomática de sus órganos o funcionarios, y de otro lado una CIH⁶² interesada en proteger a sus miembros⁶³ de crímenes que atentan contra su propia supervivencia.

Aunque la CI desde sus dos perspectivas refleja las preocupaciones relativas a la salvaguarda de sus fundamentos, seguridad, valores, principios sociales y económicos universalmente reconocidos⁶⁴, y defensa de su sustrato esencial: el ser humano, los alcances y perspectivas de las instituciones creadas para su protección varían de acuerdo a sus intereses. Por ejemplo la CIH ha enfatizado su acento de protección humanitaria⁶⁵ en la materialización

⁶² En la Opinión Consultiva de la CIJ sobre “Reservas a la Convención sobre prevención y sanción del crimen de genocidio”, de 28 de mayo de 1951, se establecen los objetivos y fines de la nueva CIH: “Les fins d’une telle convention doivent également être retenues. La Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. On ne peut même pas concevoir une convention qui offrirait à un plus haut degré ce double caractère, puisqu’elle vise d’une part à sauvegarder l’existence même de certains groupes humains, d’autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires. Dans une telle convention, les États contractants n’ont pas d’intérêts propres; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d’être de la convention. Il en résulte que l’on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d’avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d’un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu’elle renferme”.

⁶³ DUPUY, PIERRE MARIE. “L’ordre juridique internationale”. En: *Recueil des Cours*, 2002, N° 297, p. 258. “Los pueblos, la opinión pública, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general son englobadas bajo una misma categoría cuyas preocupaciones y valores se orientan hacia la humanidad, pero no humanidad vista desde su perspectiva patrimonial de protección, sino como humanidad personal, compuesta por individuos con libertades fundamentales, cuyo desconocimiento atenta contra «les droits de l’homme en la humanité»”.

⁶⁴ Case Government of Israel v. Adolf Eichmann, ILR, Vol. 36, 1968 pp. 290-29: “The features which identify crimes that have long been recognized by international law... include, among others (that) these crimes constitute acts which damage vital interests; they impair the foundation and security of the international community; they violate the universal moral values and humanitarian principles that lie hidden in the criminal law systems adopted by civilized nations (in the absence of an international criminal machinery) international law (authorizes) the countries of the world to mete out punishment for the violations of its provisions which is effected by putting these provisions into operation either directly or by virtue of municipal legislation... the classic example of a customary law international crime... its that a piracy jure gentium”.

⁶⁵ Al respecto la CIJ, en opinión individual común de Madame Higgins, Monsieur Kooijmans y Monsieur Buergenthal en el caso “mandat de arrêt du 11 de abril 2000 República Democrática del Congo contra Bélgica” ha sostenido que : “En outre, une tendance se fait jour selon laquelle, dans un monde qui rejette de plus en plus l’impunité pour les crimes les plus horribles, l’attribution de la responsabilité et de l’obligation de rendre des comptes devient plus ferme, la possibilité d’établir sa compétence plus large et celle d’invoquer l’immunité pour se protéger plus limitée”.

de sus valores en el derecho positivo internacional, en la realidad política de solidaridad, en los progresos realizados en materia de desarme, relanzamiento de la cooperación internacional contra el terrorismo y algo realmente importante, en la creación de una justicia penal internacional cuya competencia se afirma sobre los crímenes más graves y atroces de trascendencia para la misma.

Y es en este punto, relativo a la creación de una justicia penal internacional, donde es necesario diferenciar, de un lado, la jurisdicción que revisten los tribunales internacionales, y de otro la figura de JU. Mientras que la primera fundamenta su obligatoriedad en un tratado internacional, basado en el *principio aut dedere aut judicare*, que implica una obligación de judicializar o extraditar exclusivamente para las partes del tratado, la JU buscó poner al servicio de los intereses de la CI la jurisdicción interna de los Estados, de manera que pudieran actuar sin necesidad de autorización convencional alguna.

La protección de los intereses en juego de cada comunidad determinó los alcances –extensivos o restrictivos dependiendo del caso– de cada una de estas instituciones, así, en el caso de la CIE, los intereses fincados en la protección de sus derechos fundamentales, esencialmente económicos, basados en un esquema interestatal, conllevó la imposibilidad de persecución y juzgamiento de actos

de piratería cometidos por órganos estatales en el caso de *piratería política* o *interestatal*. Esta imposibilidad de persecución se replicó en el caso de los corsarios y *privateers*, en donde la existencia del elemento estatal era también evidente y jugaba un rol determinante, ya que impedía la aplicación de JU por tratarse de actos respaldados o auspiciados por el Estado.

La posibilidad de perseguir y judicializar a un presunto criminal internacional por la vía de la JU, desde la óptica de la piratería, operó solamente en los casos en que se trató de particulares cuyas conductas eran valoradas, no solo como crímenes internacionales, sino como susceptibles de JU, lo cual evidenció la necesidad de una doble *opinio juris*⁶⁶, tanto para el crimen como para la posibilidad de su persecución y judicialización mediante JU.

Contrario sensu, dentro del esquema de protección individual de la justicia penal internacional, a partir de la creación de tratados internacionales y sistemas internacionales de protección, propio de las nuevas estructuras creadas bajo el principio *aut dedere aut judicare* de la CIH, la amplitud de los *chefs de compétence* y la persecución y judicialización de órganos del Estado –jefes de Estado, de Gobierno o sus Ministros–, es actualmente admitido. Incluso la inmunidad no es calificada jamás como una inmunidad de fondo que exonere al autor del crimen de su responsabilidad penal individual.

⁶⁶ No es suficiente con que el crimen tenga el estatus de internacional. Para que sea objeto de JU es necesario que lo sea por vía de costumbre internacional y que exista una *opinio juris* semejante que considere el crimen de una naturaleza tal que sea necesaria la existencia de esta figura. Al respecto ver requisito de la doble *opinio juris* en Benavides, Luis. “The Universal Jurisdiction Principle”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. I, 2001, p. 21.

El problema surge al momento en que se mezclan o fusionan las dos figuras⁶⁷, en la medida en que los dos órdenes comunitarios protegen intereses diversos, pero igualmente importantes para la CI integralmente concebida, que en determinado momento pueden contraponerse. Como se vio anteriormente, la figura de la JU no conoce antecedente alguno que evidencie la posibilidad de persecución y juzgamiento de órganos o agentes del Estado, incluso no existió –en el caso de la piratería interestatal–, la posibilidad de persecución por esta vía, básicamente porque el principio de igualdad soberana de los Estados, cuyo corolario era la no intervención en asuntos internos e inmunidad de jurisdicción, impedían un ejercicio de tales características.

La JU, entendida desde su operatividad como desdoblamiento funcional de un Estado que representa los intereses de la CIE, no puede realizarse en contravía de los derechos fundamentales que ella misma pretende proteger, en otras palabras, no tiene sentido que la CIE cree una institución para la protección de sus derechos que al mismo tiempo los ponga en peligro. El telón de fondo de la independencia e igualdad soberana, necesario para la coexistencia pacífica de los Estados, es la no intervención en asuntos internos –cuyo corolario es la inmunidad– que debe ser entendida desde la óptica de la imposibilidad

de competencia estatal de juzgar y sancionar a otro Estado y no como impunidad.

Si bien la inmunidad tiene todo el sentido desde el punto de vista de los derechos fundamentales interestales que protege –y como colofón del principio *par in parem non habet imperium*–, puede no tenerlo frente a la jurisdicción internacional u otros mecanismos de protección, en donde el principio *aut dedere aut judicare* está presente y el consentimiento otorgado por los Estados al órgano internacional es suficiente para dejar sin efectos ciertos derechos que detentan los Estados en el ejercicio de sus relaciones internacionales.

3. CONCLUSIONES FINALES

Hay que decir que la JU y el principio *aut dedere aut judicare* no pueden ser equiparables, ni valorados analógicamente, aun cuando en algunos casos se vean limitados o matizados en aras de la efectividad en la protección de los intereses comunitarios. Las tendencias hacia la salvaguarda de los intereses de las dos comunidades deben ser, más que desplazados, armonizados, de manera que los Estados puedan interactuar libremente en sus relaciones recíprocas, sin injerencias injustificadas, y se permita al mismo tiempo luchar contra la impunidad. Al respecto la CIJ ha dicho:

⁶⁷ CIJ, “Audiencia pública del 16 de octubre de 2001 sostenida en el Palais de la Paix (La Haya), relativa al asunto del mandat de arrêt del 11 de abril del 2000 entre República Democrática del Congo contra Bélgica” CR/2001-6, p.14: “ce n’est nullement au nom du caractère international de ces tribunaux que l’on a écarté le moyen tiré de l’immunité: c’est tout simplement au nom de l’horreur des crimes en cause. Si l’horreur du crime justifie l’exclusion de l’immunité, il importe peu que la question se pose devant une juridiction internationale ou interne: devant l’une et l’autre, la même cause doit produire les mêmes effets”.

Du fait de ces les poids placés sur les deux plateaux de la balance n'y sont pas à jamais. En outre, une tendance se fait jour selon laquelle, dans un monde qui rejette de plus en plus l'impunité pour les crimes les plus horribles, l'attribution de la responsabilité et de l'obligation de rendre des comptes devient plus ferme, la possibilité d'établir sa compétence plus large et celle d'invoquer l'immunité pour se protéger plus limitée. Toutefois, le droit des privilèges et immunités conserve son importance puisque les immunités sont conférées aux hauts responsables de l'Etat pour garantir le fonctionnement adéquat du réseau des relations interétatiques, ce qui est d'une importance capitale pour un système international bien ordonné et harmonieux⁶⁸ (subrayado fuera del texto).

Podríamos concluir que la JU, desde la óptica del crimen de piratería universal, no está relacionada con la naturaleza execrable o atroz de las

conductas cometidas, sino con la idea de combatir el posible surgimiento de una economía libre y desregularizada que el pirata ejercía en espacios fuera de su jurisdicción y con total independencia de su Estado nacional, mediante la utilización de fuerza y coacción.

La JU no implicaba injerencia en los asuntos internos de otros Estados, en la medida en que el Estado nacional del pirata renunciaba a su derecho preferencial de persecución y judicialización, como sanción a su conducta catalogada como traición, permitiendo así que cualquier Estado pudiera aprehenderlo y judicializarlo. Finalmente, no existe referencia a casos en los cuales se hubiese aplicado JU cuando se trató de piratería interestatal. La JU operaba solamente en los casos en que se trataba de particulares, en los cuales no se hallaba implicado ningún Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ABBI-SAAB. "Cours général de droit international". En: *Recueil des Cours*, T. 207, 1987.

BASSIOUNI, CHERIF. "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", 42 *Virg. JIL*, 2001.

BENAVIDES, LUIS. "The Universal Jurisdiction Principle", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, 2001.

BOS, MAARTEN. "The extraterritorial jurisdiction of States", *Annuaire de l'Institut de Droit International Public*, Vol. 65-II, 1994.

CASSESE, ANTONIO. "¿Hay un conflicto insuperable entre la soberanía de los Estados y la justicia penal internacional?". En: *Crímenes internacionales y Jurisdicciones internacionales*. Bogotá. Edit. Norma, 2004.

⁶⁸ Al respecto ver CIJ "Affaire relative au mandat de arrêt du 11 de avril 2000/République Démocratique du Congo contre Belgique", opinion individuelle commune de Mm' Higgins, M. Koioijmans et M. Buergelthl, p. 86, num. 75.

Análisis del crimen de piratería de derecho de gentes desde la perspectiva de la jurisdicción universal

DELMAS-MARTY, MIREILLE. “Valores comunes de la humanidad”. En: *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*. Bogotá. Edit, Norma, 2004.

DUPUY, PIERRE MARIE. “L’ordre juridique internationale”. En: *Recueil des Cours*, T. 297, 2002.

DUPUIS, CHARLES. “Libertés des voies de communication relations internationales”. En: *Recueil des Cours*, T. 2, 1924.

FAUCHILLE, PAUL. *Traité de Droit International Public*, 8ª ed. París, 1921-1926.

FIGOIRE, PASQUALE. *Le Droit International codifié*. 4ª ed. Librairie Guillaumin, 1881.

HIGGINS, PEARCE. “Navires de Commerce”. En: *Recueil des Cours*, T. 30, 1929.

JOYNER, CHRISTOPHER. “Arresting impunity: The case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, 1996.

Juez Altamira. CIJ, “Salvamento de voto affaire Lotus de 1927”, p. 1, www.icj-cij.org/pcij/serie_A

KISSIGER, HENRY. “The pitfalls of Universal Jurisdiction”. En: Revista *Foreign Affaires* de julio/agosto de 2001.

KONTOROVICH, EUGENE. “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation”. En: *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, number, 1, 2004.

RIDRUEJO PASTOR, JOSÉ A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid. Editorial Tecnos, 2003.

TOMUSCHAT, CH. “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”. En: *Recueil des Cours*, T. 241, 1993.

SCELLE, GEORGE. “Règles Générales du Droit de la Paix”, Académie de Droit International, En: *Recueil des Cours*, T. 46, 1933.

SPIROPOULOS. “L’Individu et le Droit International”. En: *Recueil des Cours*, T. 5, 1929.

VIRALLY, MICHEL. “Panorama du droit international contemporain. Cours General de droit international public”. En: *Recueil des Cours*, T. 183, 1985.

WHETON, HENRY. “Elements of international Law”, *Cambridge History of English and American Literature in 18 Volumes (1907-21)*, Early National Literature, Part II.

