

Higgins, Rosalyn, "Allocating Competence: Jurisdiction", *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 56-77 (Traducción no oficial de C. Fuentes, se han omitido las notas a pie de página del original; uso restringido para los alumnos del curso de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).

ASIGNANDO COMPETENCIA: JURISDICCIÓN

En los capítulos 1-3 discutí acerca de qué es el derecho internacional y qué función cumple, cómo identificamos su contenido sustantivo y a quién se le aplica. Esta era una sección introductoria de un libro diseñado para demostrar que, si no insistiéramos tanto en considerar al derecho internacional como la aplicación mecánica de reglas, sin tomar en cuenta el contexto, éste podría operar como un sistema útil para evitar, contener y resolver conflictos.

En los capítulos 4-15 se exponen algunas maneras en que el derecho internacional ayuda a evitar conflictos. La cuestión de la jurisdicción es de importancia decisiva, ya que ésta se refiere a la asignación de competencias. No existe forma más importante para evitar conflictos que el proporcionar normas claras sobre en qué circunstancias y sobre quiénes el Estado puede ejercer su autoridad. Sin esta asignación de competencias sólo existiría rencor y caos.

Cualquier texto señalará que existen las siguientes bases de jurisdicción:

- Jurisdicción territorial, por la cual un Estado puede formular leyes y aplicarlas a personas y acontecimientos dentro de su territorio;
- Jurisdicción por la nacionalidad;
- Jurisdicción basada en el principio de la protección;
- Jurisdicción basada en el principio de personalidad pasiva;
- Jurisdicción universal;
- Jurisdicción por los efectos, que es más discutible.

No planeo revisar cada una de ellas al mismo tiempo. Esta materia es extensamente tratada en otra parte, incluyéndose las dos notables series de conferencias dictadas en la Academia de La Haya en 1964 y 1984 por el fallecido Dr. Francis Mann.

Preferentemente, al igual que en los capítulos anteriores, he elegido concentrarme en aquello que aún no está claro, en lo discutible e incierto, en síntesis, en los problemas claves de esta materia. Con respecto a esto, tengo algo que decir acerca de la jurisdicción universal, de la jurisdicción basada en la personalidad pasiva, del secuestro y el ejercicio de jurisdicción, y de la jurisdicción extraterritorial.

JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El derecho internacional permite el ejercicio de la jurisdicción sobre ciertos delitos en contra de la comunidad internacional. En otros términos, la naturaleza del acto autoriza a un Estado a ejercer su jurisdicción y aplicar sus leyes, incluso cuando el acto ocurre fuera de su territorio, cuando es perpetrado por un no-nacional e incluso cuando los nacionales no resultan lesionados por ese acto.

En este contexto, comúnmente se cita la célebre sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Barcelona Traction*. Contrastando las obligaciones que un Estado puede deber a otro con las obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto, la Corte dice acerca de estas últimas que: "Por su propia naturaleza, (éstas) incumben a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede sostenerse que todos los Estados tienen un interés legal en su protección, siendo obligaciones *erga omnes*." La Corte continuó citando ejemplos del derecho internacional contemporáneo:

agresión, genocidio, y los derechos fundamentales de la persona, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial.

Usualmente, este *dictum* de la Corte se considera en forma errada como fundamento para más de lo que éste puede sustentar. Se habla como si éste fuera un modelo de la aplicación actual del principio de universalidad de jurisdicción, —como si la Corte estuviera afirmando jurisdicción universal respecto de cada una de estos delitos. Por supuesto, la Corte no pretendía hacer nada parecido. Su sentencia no fue otorgada en un contexto de afirmación de jurisdicción, sino que en el contexto del examen del derecho relativo a la protección diplomática. Usualmente, antes de presentar una demanda internacional, es necesario para un Estado demostrar que el Estado demandado ha violado una obligación que se debía al Estado demandante respecto de los nacionales del demandante. Sólo la Parte a quien se debe una obligación internacional puede presentar una demanda respecto de su violación. La Corte sugirió que, con respecto a estos ilícitos, los requisitos restrictivos del principio de la nacionalidad podían no ser aplicados.

Más aún, la regla de la nacionalidad de la demanda se refiere a la protección diplomática en demandas civiles. Esto es así en el caso de la mencionada excepción a la regla cuando las obligaciones que se deben son *erga omnes*. El principio de universalidad, en cambio, se refiere a la aplicación de la jurisdicción criminal.

Para algunos abogados internacionalistas el principio de la universalidad es una excepción al principio fundamental de que un Estado no tiene ningún título de jurisdicción criminal respecto de actos cometidos fuera del país por extranjeros. Este punto de vista es parte de una cuestión más amplia referida en el Capítulo I, —el de si se considera al derecho internacional como un conjunto de reglas, con excepciones, o como normas complementarias cuya selección debe hacerse en el contexto de todos los factores y circunstancias. El principio de universalidad, desde mi punto de vista, es una norma bien establecida que se ubica al mismo nivel que otras normas de jurisdicción y no ha de ser vista como una excepción a ninguna de ellas.

En todo caso, podría fácilmente decirse que las infracciones que se encuentran sujetas al principio de universalidad son muy limitadas en número. El requisito es que éstas sean actos comúnmente tratados como actos criminales por la jurisdicción local de la mayor parte de los Estados y que éstos las consideren también como un ataque hacia el orden internacional. Como correctamente se ha dicho: "Por su propia naturaleza, este principio puede ser aplicado sólo en un número limitado de casos... Se basa en el ataque por parte del acusado contra el orden internacional en su conjunto". El derecho de ejercer jurisdicción, según el principio de universalidad, puede derivar tanto de un tratado de alcance universal o cuasi-universal, como de su aceptación según el derecho internacional general. Este último proporciona la base para el ejemplo más comúnmente aceptado de un delito de jurisdicción universal: la piratería. La esclavitud también generalmente se considera que está sujeta a jurisdicción universal. El Tribunal de Nuremberg ejerció jurisdicción sobre crímenes de guerra —esto es, serias violaciones a las normas consuetudinarias o convencionales relativas al ejercicio de hostilidades, como se ejemplifica en las Convenciones de La Haya de 1907. Hoy, las violaciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949 se incluyen dentro de la pequeña lista de delitos que admiten jurisdicción universal.

Un ejemplo clásico es la afirmación de jurisdicción hecha por las cortes de Israel en el caso Eichmann. Aquí, la jurisdicción se ejerció sobre el ejecutor principal de la "solución definitiva" de Hitler, respecto de actos llevados a cabo en otro lugar, fuera del territorio de Israel, en contra de personas que no eran nacionales israelíes (en realidad, el Estado de Israel no existía en ese tiempo). Si bien otros Estados objetaron la manera en que Eichmann fue llevado a Israel, no hubo ninguna protesta en contra del derecho de Israel de ejercer jurisdicción universal sobre los delitos. En el caso de *Demjanyuk*, una corte de E.E.U.U. aceptó la competencia de Israel para juzgar a una persona acusada de asesinato y otros delitos ocurridos dentro de campos de concentración de Europa del Este. La Corte observó: "El derecho internacional permite que ciertos delitos puedan ser castigados por cualquier Estado debido a que los delincuentes son enemigos comunes a toda la humanidad y todas las naciones tienen igual interés en su arresto y castigo".

Mientras que desde la perspectiva del derecho internacional existe clara jurisdicción para enjuiciar y castigar crímenes de guerra, existe cierta incertidumbre respecto de si se requiere algo más del derecho interno (nacional) para que esta posibilidad se lleve a efecto. No se trata simplemente de cómo un derecho

nacional dado "recibe" al derecho internacional general. Puede darse el caso de que, aún cuando el derecho nacional de un país reconozca el principio de derecho internacional de universalidad que permite su jurisdicción sobre un delito, sea necesario, como una cuestión práctica, que el delito esté definido dentro de la legislación nacional.

Este punto se ilustra muy bien en una controversia ocurrida en el Reino Unido. *El Manual Británico de Derecho Militar* establece en términos claros que:

"los crímenes de guerra *ex jure gentium*, son susceptibles de ser juzgados por las Cortes de todos los Estados... las cortes militares británicas tienen jurisdicción fuera del Reino Unido sobre crímenes de guerra cometidos por personas de cualquier nacionalidad... No es necesario que la víctima del crimen de guerra sea un súbdito británico".

Esto contrasta con la declaración hecha por el Secretario del Interior de 1988, cuando éste se enfrentó a la pregunta acerca de qué acción podía o debía tomarse (si correspondía hacerlo) respecto de diecisiete criminales de guerra acusados y los cuáles, se dijo, estaban viviendo en Gran Bretaña. El Secretario señaló:

"Las cortes británicas tienen jurisdicción sobre ciudadanos británicos que han cometido homicidio culposos u homicidio en el extranjero, pero no tienen jurisdicción sobre personas que hayan pasado a ser ciudadanos británicos ahora o sobre quienes puedan ahora estar residiendo aquí y lo hayan hecho por algún tiempo, si las acusaciones se relacionan con hechos ocurridos antes que éstos se convirtieran en ciudadanos británicos o antes de que ellos hayan venido a residir aquí."

Se asumió que no se podía tomar ninguna acción sin modificar la norma del Reino Unido de 'juzgar por crímenes de guerra a personas que ahora son ciudadanos británicos o residentes en el Reino Unido'. El razonamiento pareció ser que no existe jurisdicción sobre no-nacionales por asesinatos cometidos en el extranjero; que los crímenes de guerra constituyen asesinato; que, por lo tanto, no existe jurisdicción respecto de crímenes de guerra cometidos por no-nacionales; y que sería necesario adoptar una jurisdicción legislativa especial respecto de los perpetradores acusados que hayan ahora pasado a ser ciudadanos británicos o residentes en el Reino Unido.

Sin embargo, la investigación que se ordenó estableció las cosas correctamente en su Informe cuando explicó que la legislación "solamente conferiría el poder a las Cortes británicas para utilizar una jurisdicción ya disponible para ellas de acuerdo al derecho internacional."

El Informe recomendó que "debía otorgarse jurisdicción a las cortes británicas sobre el asesinato y homicidio culposos cometidos como crímenes de guerra (violaciones de las leyes y normas consuetudinarias de la guerra) en Alemania o dentro de territorio alemán ocupado durante el período de la Segunda Guerra Mundial por personas que han pasado a ser ahora ciudadanos británicos o residentes en el Reino Unido". Varios puntos deben recalcar. Primero, todavía parece asumirse que la jurisdicción no podía ejercerse si los ofensores no eran actuales ciudadanos o residentes antiguos. El Reino Unido pareció adoptar el punto de vista de que, a pesar del principio de universalidad respecto de los crímenes de guerra, a él no le sería posible ejercer jurisdicción sobre un criminal de guerra que no fuera ciudadano o residente, y que se encontrara en el Reino Unido de vacaciones. Esto puede reflejar una decisión política pero no corresponde a una lectura correcta del principio de universalidad, que no requiere de dichas vinculaciones para fundamentar la jurisdicción. En el contexto de la invasión de Iraq a Kuwait en agosto de 1990, el Reino Unido requirió que en breve plazo el Presidente Saddam Hussein debía ser enjuiciado por crímenes de guerra. Para poner en funcionamiento el principio de universalidad la legislación resulta demasiado limitada como para abordar cualquier cosa distinta de los crímenes de la Segunda Guerra Mundial. No admitiría, por ejemplo, juicios por crímenes de guerra cometidos en el Golfo. Segundo, la recomendación del Informe excluyó los crímenes de guerra que no constituyeran asesinato u homicidio culposos y también los crímenes contra la humanidad. Estos últimos no fueron excluidos porque existiera duda acerca de la disponibilidad de jurisdicción universal,

sino debido a las dudas sobre la retroactividad. El Informe señaló que: "En 1939, no existía una definición de crímenes contra de la humanidad que fuera aceptada internacionalmente".

El gobierno británico logró, con gran dificultad, la aprobación de la legislación para implementar las propuestas del Informe. A pesar de que la legislación propuesta fue aprobada por una mayoría sustancial en la Cámara de los Comunes, fue rechazada dos veces en la Cámara de los Lores.

Más aún, existe controversia acerca de qué otros delitos admiten jurisdicción universal. Con frecuencia, se afirma ligeramente que existe jurisdicción universal en una variedad de otras materias. El artículo VI del Estatuto del Tribunal de Nuremberg otorga jurisdicción no sólo sobre crímenes de guerra sino también sobre crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Los primeros envuelven la planificación de un guerra agresiva; los últimos han sido correctamente descritos como 'crímenes de guerra en sentido amplio' —exterminio, asesinato, deportación, etc., cometidos en contra de la población civil antes o durante la guerra. Los principios del Estatuto y de la Sentencia de Nuremberg fueron unánimemente aceptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946.

Por lo tanto, podemos decir que la jurisdicción universal existe hoy en día sobre los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, y los crímenes en contra de la humanidad, cometidos inmediatamente antes o durante una guerra. El Tribunal de Nuremberg, sin embargo, no otorgó jurisdicción universal sobre crímenes contra la humanidad que hayan ocurrido en tiempos de paz. La Convención contra el Genocidio, que considera el delito de este modo, contempla tanto jurisdicción territorial como una *potencial* jurisdicción universal. En el artículo I, las partes confirman que el genocidio es "un crimen bajo el derecho internacional que ellos se comprometen a prevenir y castigar". El Artículo VI establece que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas en el Estado donde fue cometido el acto o "por aquel tribunal internacional penal que pueda tener jurisdicción respecto de aquellas partes contrayentes que hayan aceptado su jurisdicción". Por supuesto, dicho tribunal penal aún no existe y las medidas contenidas en el Artículo VI, no caen dentro de la jurisdicción universal en el sentido que no autorizan a ninguna corte nacional el ejercicio de competencia sobre el delito.

Se puede encontrar un detallado análisis del derecho concerniente a la jurisdicción en el '*Third Restatement of the Law: Las normas jurídicas de las relaciones exteriores de los Estados Unidos*'. Éste trata estas materias en una forma un tanto ligera, afirmando simplemente: "Que el genocidio y los crímenes de guerra estén sujetos a jurisdicción universal fue aceptado después de la Segunda Guerra Mundial". Se argumenta que "la jurisdicción universal para castigar el genocidio, es ampliamente aceptada, como un principio de derecho internacional consuetudinario", pero el único fundamento que otorga es que el genocidio es considerado como una violación del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, el hecho de que un acto constituya una violación del derecho internacional, en sí mismo no da origen a jurisdicción universal. Más adelante y con mayor pertinencia, el Comentario señala que el genocidio se caracteriza como "un crimen internacional" en los borradores de los Proyectos de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional. El borrador de Artículos no trata sobre la jurisdicción, pero el Comentario al *Restatement* agrega. "Un crimen internacional está, presumiblemente sujeto a jurisdicción universal." Esto pareciera ser correcto siempre que sólo se quiera servir dos propósitos al atribuir la noción de 'crimen' a ciertas violaciones del Derecho Internacional. La primera es vincular una sensación general de oprobio al delito en cuestión. La segunda, consiste en sugerir que la jurisdicción universal sería tolerada.

Sin embargo, el Artículo 19 del borrador de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, también clasifica como crímenes según el derecho internacional al "apartheid" (segregación racial), a una violación grave del derecho de autodeterminación, y a una violación grave del deber de prohibir la contaminación masiva. Es difícil saber como éstos darían origen a jurisdicción universal. Sería, simplemente, aventurado decir que un listado del Artículo 19 constituye un fundamento para otorgar jurisdicción universal.

El *Third Restatement* estipula la existencia de jurisdicción universal para ciertos delitos que ya hemos mencionado (piratería, comercio de esclavos, genocidio y crímenes de guerra) y menciona también a los 'ataques sobre o el secuestro de aviones' y, tal vez, 'ciertos actos de terrorismo'. Éstos últimos aparecen ahora en la lista sugerida de "crímenes internacionales" del Artículo 19 del borrador de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho internacional. Pero, ¿es correcto decir que existe jurisdicción universal respecto de ellos?

Lo primero que debemos puntualizar es que, en lo relativo al secuestro de aviones, la base jurisdiccional permitida por el derecho internacional se revela ampliamente al examinar los tratados relevantes. Resumamos brevemente algunos de los principales instrumentos legales.

Las disposiciones de la Convención de Tokio respecto de delitos y otros actos cometidos a bordo de naves aéreas, de 1963, son complejas. Éstas proporcionan jurisdicción en base a un conjunto de factores –el registro de la aeronave, el lugar en que la aeronave aterrizó, la nacionalidad del personal lesionado, las obligaciones debidas de acuerdo a algún tratado- pero ninguna de ellas, equivale a jurisdicción universal.

Las Convenciones de Montreal y de La Haya, son ejemplos modernos de lo que recientemente se ha convertido en una importante fuente de jurisdicción basada en tratados- el principio de *aut dedere aut punire*. La Convención de Montreal y la Convención de La Haya contemplan el ejercicio de la jurisdicción cuando la ofensa se cometa a bordo de una nave aérea registrada en dicho Estado y cuando la nave, abordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el supuesto delincuente en su interior. Nuevamente, nada excluye la jurisdicción criminal ejercida de acuerdo al derecho nacional. Significativamente, los Estados Contratantes están obligados a castigar estos delitos con penas severas y a tomar todas las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el delito y el delincuente. De un modo clásico, ahora, se estipula en el Artículo 7 que: "El Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el delincuente, debe, si no lo extradita, sin excepción someter el caso a las autoridades competentes para los efectos de la acusación, se haya o no cometido el delito dentro de su territorio."

Como se otorga jurisdicción a todas las Partes de la Convención, tal vez es entendible que se hable de jurisdicción universal. Pero ésta no constituye todavía jurisdicción universal *strictu sensu*, porque en cualquiera de los casos dados, sólo un pequeño número de Estados contratantes serían capaces de ejercer jurisdicción en base a los Artículos 2, 4 y 7. Lo que se denomina "universal" es la obligación de que todos los Estados Partes realicen todo lo necesario para ejercer jurisdicción, originándose ésta en las bases relativamente limitadas de jurisdicción que surgen de las circunstancias. Contrariamente a la posición expresada por otros autores, ésta no es jurisdicción universal basada en tratados (y por ello, no surge la cuestión acerca de si dicho fundamento contenido en un tratado 'pasa al derecho internacional general'). El *Third Restatement* no proporciona un fundamento convincente para que exista jurisdicción universal basada en tratados respecto del secuestro de aviones, ni menos aún el fundamento de algún principio general de derecho internacional.

Otros tratados a los que se refiere el *Third Restatement* como demostrativos de jurisdicción universal no son tales. La Convención de 1973 sobre la Prevención y Sanción de los Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluyendo a los agentes diplomáticos, contempla la jurisdicción territorial, la jurisdicción del Estado del pabellón y la jurisdicción basada en la nacionalidad. La misma jurisdicción (extendida a personas apátridas que son residentes habituales), está presente en la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes. En la Convención de 1980, acerca de la Protección Física de Material Nuclear, la jurisdicción se basa en la territorialidad, el pabellón o la nacionalidad del ofensor. La base jurisdiccional de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Degradantes o Inhumanos es un poco más amplia ya que contempla la nacionalidad de la víctima como base de jurisdicción. La Convención de 1961 sobre Drogas Narcóticas, modificada por el Protocolo de 1972, establece que las partes transformarán los actos prohibidos en delitos de acuerdo a su ley penal y someterán a juicio a los delincuentes cuando éstos se encuentren en su territorio o los extraditarán al Estado donde el delito haya sido cometido. A pesar de que estos tratados buscan entregar amplias bases alternativas de jurisdicción, ellos no constituyen ejemplos de jurisdicción universal. La jurisdicción universal, propiamente tal, permite a cualquier Estado ejercer jurisdicción sobre un delito.

Tampoco es distinta la situación relativa al terrorismo, aunque también se sostiene en el *Third Restatement* y en el Informe de Comité Europeo sobre Asuntos Criminales de 1990 que se admite jurisdicción universal. Este último Informe afirma, nuevamente de manera demasiado ligera, que 'las convenciones que contemplan la adopción de jurisdicción universal son aquellas relativas al combate del terrorismo, la prevención de la tortura, la protección de personal diplomático, la protección física de material nuclear y a la toma de rehenes'.

Sin embargo, ninguno de ellos, correctamente analizados, proporciona jurisdicción universal. Estos entregan variadas bases de jurisdicción unidas al principio *aut dedere aut punire* – es decir, que un Estado parte del tratado se obliga a enjuiciar a un delincuente que haya sido encontrado dentro de su territorio o a extraditarlo para que sea sometido a juicio.

De todos éstos, la Convención Europea sobre Supresión del Terrorismo es la que más se acerca a una verdadera jurisdicción universal. Ésta efectúa un listado de los delitos que deben considerarse “delitos terroristas”, estipula que ninguno de ellos debe ser considerado con un “delito político” con el propósito de rechazar la extradición y señala nuevamente que cada Estado contratante debe tomar aquellas medidas necesarias para establecer jurisdicción “cuando el supuesto delincuente esté presente dentro de su territorio y no lo extradite”. Luego, no se requiere poseer ninguna conexión con la ofensa, sólo es necesario ser parte de una Convención.

Personalidad Pasiva

El llamado principio de personalidad pasiva se usa para justificar el ejercicio de jurisdicción sobre eventos que ocurren fuera del propio territorio cuando éstos dañan a nacionales que también están fuera del propio territorio. Es así como el fundamento de la jurisdicción es la protección de los propios nacionales y sólo eso. Este principio puede contrastarse con la llamada jurisdicción de efectos o jurisdicción de impacto, donde el daño resultante de actos extraterritoriales afecta a los propios nacionales (o a la economía) dentro del propio territorio. El SS Lotus, es tradicionalmente citado como el caso más representativo de este principio, pero debe examinarse con cuidado. En dicho caso ocurrió una colisión en alta mar entre una embarcación turca y una francesa, ocasionando la muerte de la tripulación turca. Cuando el SS Lotus atracó en Constantinopla, el capitán fue puesto bajo arresto, acusado y condenado de homicidio culposo. Francia protestó del ejercicio de jurisdicción por Turquía y el asunto fue llevado ante la Corte Permanente de Justicia Internacional. La Corte le dio el favor a Turquía, a pesar de que los fundamentos de su decisión no están completamente claros. El efecto sobre la embarcación turca fue asimilado a un efecto sobre territorio turco. Pero ni los barcos, ni las embajadas constituyen “territorio nacional” y este falso alcance simplemente oscurece los asuntos jurisdiccionales.

Debe tomarse en cuenta que la personalidad pasiva no ha sido adoptada como base jurisdiccional para la colisión de embarcaciones en la Convención de Bruselas de 1952, ni en la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar de 1958, ni en la Convención de sobre el Derecho del Mar de 1982. Estos tratados han adoptado, en relación a hechos similares, la simple jurisdicción del pabellón.

Más aún, en el *Caso Lotus* la Corte se enfrentó a una colisión en alta mar. Su extenso *dictum*, en el sentido de que la jurisdicción puede ser ejercida por un Estado a menos que una regla se lo prohíba no puede ser considerado como fundamento para ejercer jurisdicción sobre la base de la personalidad pasiva dentro del territorio de otro Estado (como si por ejemplo hubiera ocurrido un accidente automovilístico en Francia entre autos turcos y franceses, en que Turquía reclame jurisdicción sobre el conductor francés).

Luego de hacer notar estos problemas, debemos admitir que desde 1990 ha revivido el interés por invocar el principio de personalidad pasiva. Esto ha ocurrido sobre el telón de fondo del aumento del terrorismo internacional. Aquí el problema no ha sido un choque de jurisdicciones opuestas, porque aquellos que claramente tienen jurisdicción no la han querido ejercer — ya sea por razones de simpatía política con el terrorista o porque se teme que al ejercer jurisdicción se puedan provocar posteriores actos de terrorismo. De acuerdo a esto, otros Estados con un interés directo en los hechos y una fuerte convicción política de la necesidad de combatir el terrorismo han buscado una posible base para ejercer la jurisdicción ellos mismos. Estados Unidos y Francia, proporcionan ejemplos interesantes.

Esta materia está muy bien resumida en el *Third Restatement* en relación a la Ley de Relaciones Exteriores de Estados Unidos, donde se dice que la nacionalidad de la víctima como base de jurisdicción,

“no ha sido generalmente aceptada para delitos ordinarios o crímenes, pero que en forma creciente se acepta que se aplique a ataques terroristas u otros ataques organizados sobre los ciudadanos de un

Estado en razón de su nacionalidad, o en casos de asesinato de representantes diplomáticos o funcionarios de un Estado.”

Existe poco apoyo internacional para esto, pero indudablemente, en los años recientes, Estados Unidos ha defendido fuertemente dicho derecho.

La posición de Estados Unidos parece ser que, si un nacional es lesionado en el extranjero, ésta es razón suficiente para que la jurisdicción recaiga en el país involucrado —pero también puede recaer en la jurisdicción del país de la nacionalidad de la víctima en la medida en la legislación de ese Estado exista una disposición que prohíba dicho daño hacia sus nacionales en el extranjero.

La legislación relevante sobre toma de rehenes se ha diseñado con este propósito. Ella estipula que, si la conducta en cuestión ocurre fuera de Estados Unidos, entonces las Cortes de EEUU no tendrán jurisdicción de acuerdo a la Ley, a menos que el delincuente o el rehén sea un nacional estadounidense o que el delincuente se encuentre en Estados Unidos. En el caso del *Achille Lauro* se manifestó claramente el principio de personalidad pasiva, donde un nacional estadounidense abordó de una embarcación italiana en el mediterráneo fue asesinado por terroristas. La Ley de 1985 sobre Persecución de Terroristas, en su parte pertinente contempla: *"El enjuiciamiento y castigo de personas que al llevar a cabo actividades terroristas cometan ataques violentos sobre norteamericanos fuera de los Estados Unidos . . ."*. Esto también busca establecer una base de jurisdicción sobre el principio de la personalidad pasiva. Sin embargo, al parecer, el ejercicio de jurisdicción todavía se considera limitado a delitos que, al parecer, serían comúnmente descritos como delitos "terroristas". Parece no haber intención de ejercer jurisdicción (pese a los amplios términos de la Ley) en casos en que los estadounidenses en el extranjero sean víctimas de una trivial violencia o asalto en un bar.

En 1986, el Congreso promulgó la Ley sobre Seguridad Diplomática y Antiterrorismo. El capítulo 113A de esta Ley llamada "Jurisdicción Extraterritorial sobre Actos Terroristas en el Extranjero en contra de Nacionales Estadounidenses" establece en el párrafo 2331(a) que debe existir jurisdicción sobre "cualquiera que asesine a un nacional de Estados Unidos, cuando dicho nacional se encuentre fuera de los Estados Unidos... si la muerte constituye un asesinato, un homicidio culposo o un homicidio culposo involuntario". El ámbito de la jurisdicción parece circunscribirse en el párrafo 2331(e), el cual estipula que debe llevarse a cabo una acusación en Estados Unidos, únicamente cuando "dicha ofensa se haya efectuado con la intención de ejercer coacción, intimidación o represalias en contra de un gobierno o de una población civil."

De modo que el principio de personalidad pasiva es invocado por Estados Unidos pero sólo en relación a delitos de tipo terrorista. Con respecto al *Lotus*, el cual se considera representativo de esta base de jurisdicción (lo que es dudoso), éste no parece limitar el principio a esta categoría de materias. La restricción de la personalidad pasiva a casos de tipo terrorista apunta a una serie de factores que se refieren a la soberanía y a la seguridad ciudadana. Se ha señalado que esto gatilla el principio de la protección. De este modo, no habría necesidad de recurrir a la más debatida teoría de la personalidad pasiva.

En Francia también la tradicional hostilidad que existía hacia el principio de la personalidad pasiva ha cedido en la legislación reciente. Una vez más se ha señalado por los responsables de dicha legislación que su invocación se restringe a casos que involucran la seguridad nacional. El Artículo 689 del Código de Procedimiento Penal hizo posible, en 1975, que Francia ejerciera jurisdicción sobre delitos extraterritoriales cometidos en contra de sus nacionales. En respuesta a aquellos que se oponen a esta ley, se explicó que la jurisdicción francesa es en subsidio de aquella del país en que ocurrió el delito y que en ningún caso sería invocada a menos que esté involucrada la seguridad nacional. Al igual que en Estados Unidos, la afirmación de esta jurisdicción se produjo luego de una serie de eventos de naturaleza terrorista en contra de nacionales franceses en que aquellos países que poseían jurisdicción territorial fueron renuentes a acusar.

La legislación en aquellos países que invocan esta jurisdicción no se limita a ofensas terroristas; pero, en realidad, su aplicación sí lo hace. Es difícil ver una protesta diplomática. Usualmente, el problema no es el antagonismo producido por la jurisdicción coexistente, sino el hecho de que un Estado que tiene jurisdicción alternativa no quiere ejercerla. También debemos señalar que numerosas convenciones recientes, tales como la Convención Internacional de 1979 contra la Toma de Rehén, incluyen la personalidad pasiva como una de las posibilidades jurisdiccionales. Esto es lo que revisaremos ahora.

Usualmente, las protestas no se hacen en contra del ejercicio de dicha (limitada) personalidad pasiva como tal, sino acerca de otra cosa –la traída forzosa del delincuente al territorio del Estado al que pertenece la víctima para que la protección en base a esta jurisdicción pueda efectivamente llevarse a cabo.

EI SECUESTRO COMO EL ANTECEDENTE DE LA JURISDICCIÓN

El secuestro no puede constituir una base de jurisdicción. Pero, a veces, puede constituir un medio por el cual una persona es traída dentro del territorio para someterla a juicio por un delito sobre el cual se ejerce jurisdicción en base a otro principio. Usualmente, aquel principio jurisdiccional que se afirma es la universalidad o la personalidad pasiva. De este modo, en el caso Eichmann, el acusado fue secuestrado desde Argentina para someterlo a juicio en Israel por crímenes contra la humanidad cometidos en Europa del Este; en el *Caso Yunis*, el acusado, un libanés, fue conducido a un yate en aguas internacionales y luego fue arrestado y traído a Estados Unidos para ser sometido a juicio por secuestro de aviones y por destruir un aeroplano Real Jordano en Beirut. Tres pasajeros que iban a bordo del aeroplano sobrevivieron esta dura prueba. Pero, no se cometió ninguna violación de soberanía territorial de otro Estado. Y en el *Caso Achille Lauro*, los terroristas fueron interceptados durante un vuelo sobre altamar y fueron transferidos a las autoridades italianas (el *Achille Lauro* era una embarcación italiana). Más tarde se intentó obtener la extradición de acuerdo a un tratado de extradición entre EEUU e Italia de 1984, para llevar a cabo un juicio por el asesinato de un nacional estadounidense.

La relevancia del secuestro previo al ejercicio de la jurisdicción sigue siendo una materia que le concierne al respectivo tribunal interno. Aquí, se podría establecer una analogía con la obtención de evidencia en forma inapropiada. Algunas cortes excluyen la utilización de dicha evidencia. Otras no lo hacen, sino que simplemente ponen cuidado al momento de sopesar esa evidencia en las circunstancias del caso. En forma similar, algunos tribunales han rechazado ejercer jurisdicción sobre delincuentes que han sido traídos ante ellos mediante secuestro. Muchos tribunales, tales como la Corte Suprema de Israel en el Caso Eichmann, han insistido en que la manera en que una persona sea conducida ante ellos no es una materia que les compete. A ellos sólo les concierne el hecho de su comparecencia y la necesidad de establecer una base de jurisdicción independiente.

¿Tiene el derecho internacional algo que decir acerca del impacto del secuestro en el tema de la jurisdicción? ¿Es la manera en que el delincuente es conducido ante la Corte, relevante para la jurisdicción de la Corte? Creo que existen varios puntos relevantes de derecho y política, cada uno de los cuales necesita ser entendido claramente al contestar estas preguntas.

Debido a que las personas secuestradas son llevadas a juicio en diversas jurisdicciones nacionales, el problema se trata, fundamentalmente, como una materia relacionada con los diversos derechos internos. Pero en aquellos casos en que, por definición, se encuentran elementos que van más allá de los límites del Tribunal del Estado, se entiende que los principios de derecho internacional también son relevantes. La primera pregunta, por lo tanto, es si el efectivo ejercicio de jurisdicción está condicionado por una violación del derecho internacional. La respuesta a esta pregunta no es tan simple como parece. Desde la perspectiva del individuo, su detención y transferencia forzosa (sea o no sea de una jurisdicción a otra, para someterlo o no a juicio) viola sus derechos humanos en cuanto toda persona tiene derecho a su seguridad personal, la que sólo puede ser restringida de acuerdo a un debido proceso. Esto lo contemplan todos los instrumentos más importantes sobre derechos humanos. A pesar de que los requerimientos precisos del debido proceso puedan estar basados en tratados, el principio parece ser de aplicación general como una norma de derecho internacional consuetudinario. Como todos los derechos humanos, éste es un derecho que tanto villanos y criminales, así como también los inocentes, están autorizados a invocar.

Desde la perspectiva del otro Estado involucrado, la respuesta sobre si ha ocurrido una violación del derecho internacional depende de las circunstancias particulares. Si el demandado ha sido secuestrado desde un territorio extranjero estamos frente a una violación de la soberanía de ese Estado. También es contrario al derecho internacional el que los funcionarios de otro Estado apliquen, sin autorización, su derecho penal dentro del territorio de otro Estado. En muchos de los casos relevantes, el secuestro, de hecho, ha ocurrido en el territorio de otro Estado. Algunas veces, sin embargo, el secuestro ha estado cuidadosamente

planeado para que ocurra en o sobre aguas internacionales, precisamente para evitar violar la soberanía territorial de otro Estado. Se trata, entonces, de determinar si un acto dañino, producido en contra de un individuo es — según el derecho internacional — dañino para su Estado nacional. Cualquiera que sea la respuesta general que se dé a esta pregunta (y yo creo que debería ser negativa), una acción que viola los derechos humanos de una persona no se debe considerar un daño producido a un Estado nacional. De hecho, el propósito de los derechos humanos consiste en distinguir al individuo de su Estado.

Asumiendo que el derecho internacional ha sido violado por un secuestro en un caso dado, ¿debe por este motivo desautorizarse a una Corte para ejercer su jurisdicción? Este ha sido un tema de aguda controversia y los diferentes escritores y tribunales han adoptado distintas perspectivas. La Corte Suprema de EEUU ha, en una serie de casos, rechazado anular la jurisdicción basada en el secuestro previo del defendido. Ésta ha sostenido que donde no se haya invocado un tratado, una Corte puede ejercer la apropiada jurisdicción a pesar de que la presencia del defendido se haya debido a un secuestro forzoso. La Corte ha señalado, además, que un defendido no puede ser enjuiciado en violación a los términos de un tratado de extradición. En el *Caso Alvarez- Machain*, en 1992, la Corte Suprema de EEUU reconoció el hecho de que un secuestro podía violar el derecho internacional general, pero que esto no sería fundamento suficiente para revocar la jurisdicción. Sólo si se viola un tratado, se debe revocar la jurisdicción. Y, la Corte Suprema señaló que no debe presumirse, en relación a los principios generales del derecho internacional, que la existencia de un tratado de extradición necesariamente implique la prohibición del secuestro. La Corte no estuvo a favor del argumento de que los secuestros estaban tan claramente prohibidos por el derecho internacional que no había razón para incluir una prohibición en contra del secuestro en el tratado mismo. Es difícil no estar de acuerdo con aquellos jueces disidentes que consideraron 'chocante que una Parte de un tratado de extradición pueda creer que ella secretamente se ha reservado el derecho de efectuar secuestros de ciudadanos en territorio ajeno'.

Pero debe señalarse que la Corte Suprema estaba discutiendo si el secuestro violaba el tratado, no el tema secundario de si la jurisdicción debía ejercerse en caso que el secuestro violara el derecho internacional general o un tratado específico. Lo primero ya lo había contestado en forma afirmativa en (*Ker*) y lo segundo en forma negativa en (*Rauscher*). La distinción entre violaciones de derecho internacional general y violaciones al derecho de los tratados parece difícil de entender. Pero la pregunta suprayacente sigue siendo importante. Muchos escritores destacados han argumentado vigorosamente que no debe ejercerse jurisdicción en estas circunstancias. Es así como Francis Mann ha argumentado que un secuestro es un ilícito internacional y que la aplicación del principio *ex injuria non oritur* significa que una base extensiva de jurisdicción no debería ejercerse. Si uno busca en los cimientos de política, tal vez la respuesta resulte menos clara. La *regla ex injuria* se creó para asegurar que aquellos que actúan ilegalmente en el derecho internacional no puedan, en sus relaciones con terceras partes, consolidar su ilegalidad a costa de quienes han resultado dañados.

En casos como *Eichmann*, la afirmación de jurisdicción sobre *Eichmann* no agravó ni perpetuó la indudable violación de la soberanía Argentina. No se consolidó un beneficio a costa de la parte dañada. El ejercicio de jurisdicción sobre *Eichmann* no implicó, por ejemplo, ninguna afirmación de título de soberanía sobre territorio argentino.

Al mismo tiempo, no se puede negar que existen importantes factores de política que apoyan la postura de que los ilícitos internacionales deben evitarse, y que al permitirse el ejercicio de la jurisdicción se está avalando la ilegalidad. Como lo señaló la Corte Suprema de Sudáfrica al anular la jurisdicción sobre un demandado secuestrado desde Swazilandia por los servicios de seguridad, "la sociedad es la que finalmente termina perdiendo cuando, para condenar al culpable, utiliza métodos que conducen a reducir el respeto por la ley".

También hay importantes consideraciones políticas que sustentan el enjuiciamiento de aquellos que se involucren en delitos universalmente repudiados, tales como los crímenes de guerra o la toma de rehenes. Aquellos fines políticos podrían discutiblemente ser logrados separando el método ilegal consistente en el secuestro del acusado del ejercicio de la jurisdicción que existe sobre él. El derecho internacional debería ser capaz de suministrar sus propias soluciones por la violación que implica el secuestro- a pesar de que, en un

régimen legal descentralizado, la solución podría estar en una respuesta diplomática o económica y no necesariamente en el establecimiento judicial de un ilícito.

Para prevenir el abuso por parte de Estados que simplemente buscan ejercer sus poderes de policía más allá de sus fronteras, la separación propuesta debería aplicarse al ejercicio de la jurisdicción universal sólo en relación a un conjunto limitado de delitos que se consideran como crímenes internacionales — crímenes de guerra, crímenes en contra de la humanidad y discutiblemente, la esclavitud. Sin embargo, el secuestro efectuado con el objeto de llevar ante la justicia a personas involucradas en otros delitos debería significar una anulación de la jurisdicción.

JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL

Lógicamente, todo ejercicio de jurisdicción que no esté basado en el principio de territorialidad es un ejercicio de jurisdicción extraterritorial. El principio de la nacionalidad por el cual los Estados, en ciertas circunstancias, hacen aplicable su ley penal a sus nacionales en el extranjero es una forma extraterritorial de jurisdicción. El derecho internacional, en principio, acepta este título de jurisdicción, siempre que su ejercicio no sea excesivo y siempre que no haya intención de hacerlo aplicar dentro del territorio de otro Estado.

Para tomar un simple ejemplo, si un país islámico desea que sus ciudadanos permanezcan sujetos a la prohibición de beber alcohol mientras estén en el extranjero (a pesar de que ellos puedan, legalmente beber bajo las leyes del país que están visitando), ese país es libre de diseñar su legislación en estos términos y, si lo desea, puede someter a juicio a los ciudadanos "desviados" cuando éstos retornen al país. Pero no sería aceptable para las autoridades de ese país islámico intentar aplicar sus leyes sobre sus ciudadanos dentro del territorio de otra jurisdicción donde ellos estén residiendo. El mayor problema con respecto a la jurisdicción basada en la nacionalidad ha surgido en relación a la identificación de quién es, efectivamente, un nacional en el extranjero, particularmente en el área corporativa. Para los Estados Unidos, en particular, las subsidiarias de las compañías norteamericanas en el extranjero, pese a que están localmente incorporadas a ese país extranjero, en realidad, siguen siendo "compañías de los EEUU" —y por ello, están sujetas a aquellas leyes de los EEUU que han sido diseñadas en términos tales que pueden aplicarse a los nacionales en el extranjero. Sin embargo, en el país donde estas subsidiarias están incorporadas, éstas son consideradas nacionales locales sujetas sólo a la ley local. Algunas veces, estas diferencias de percepción acerca de la nacionalidad han ocasionado serios problemas. Así, en 1979, Estados Unidos, en respuesta al secuestro del personal diplomático y consular en Teherán, congeló todos los bienes iraníes bajo su jurisdicción. Esto se interpretó como aplicable no sólo a los bienes dentro de los EEUU, pero también a cuentas en dólares en bancos estadounidenses y sus sucursales en el extranjero. En 1981 y 1982, los Estados Unidos, en respuesta a la imposición de la Ley Marcial en Polonia, introdujo medidas para prohibir el suministro de materiales de construcción al conducto de gas que iba desde Siberia a Europa. Esta prohibición se aplicó a compañías de EEUU y sus subsidiarias, aún a aquellas que estaban en el extranjero y al material fabricado en el extranjero. En el primer caso, se expresaron dudas acerca de la legalidad de la insistencia de EEUU en cuanto al ámbito de la ley de congelamiento. Y las medidas que afectaban los contratos del gasoducto siberiano provocaron protestas oficiales de la Comunidad Europea.

En estos casos, el problema era doble —si la jurisdicción nacional podía ejercerse mientras el nacional estaba aún en el extranjero; y el asunto previo de cómo uno determina la nacionalidad a la cual se dice que se le aplica la ley extraterritorial. ¿Cuál es la nacionalidad de una cuenta en dólares en el extranjero, o de una subsidiaria local de una compañía de los EEUU?

El principio de protección, por el cual un Estado puede ejercer jurisdicción sobre un rango limitado de actividades dirigidas desde el exterior en contra de su seguridad, es otro ejemplo relativamente no-problemático del ejercicio de jurisdicción extraterritorial.

El principio de la personalidad pasiva, del cual recién he hablado, también constituye jurisdicción extraterritorial porque éste implica el ejercicio de jurisdicción que tiene como fundamento un daño ocasionado a un nacional mientras éste está en el extranjero.

Pero lo que se llama "jurisdicción extraterritorial", ha cobrado un discreto significado en sí mismo, más allá de la jurisdicción basada en la nacionalidad, la jurisdicción basada en el principio de la protección y la jurisdicción basada en la personalidad pasiva. Ella ha venido a referirse a un fundamento aún más controvertido de jurisdicción —esto es, el ejercicio de jurisdicción sobre personas que están en el extranjero (incluso no-nacionales) por hechos ocurridos en el extranjero, que se han llevado a cabo con el propósito de tener y que de hecho tienen, efectos dañinos significativos dentro del territorio en el que se ejercita la jurisdicción. Esta formulación, articulada por primera vez por la Corte Suprema de EEUU en el *Caso Alcoa*, en 1945, ha llegado a ser conocida como la "doctrina de los efectos". Esta tiene particular importancia en los campos del derecho criminal y la legislación antimonopolios y ha sido muy controvertida.

Un argumento que el Reino Unido ha sostenido fuertemente ha sido la de que dicho ejercicio de jurisdicción es simplemente ilegal según el derecho internacional. Si miramos la territorialidad como la "regla primaria", todas las otras bases de jurisdicción son, a los ojos del Reino Unido, consideradas excepciones a la regla y, como tales, requieren justificación según el derecho internacional. Tal justificación puede encontrarse en el caso de la nacionalidad y del principio de la protección, e incluso en el caso de la jurisdicción universal, en un rango limitado de delitos, pero no puede, desde la perspectiva del Reino Unido, encontrarse en la doctrina de los efectos. Ninguna regla de derecho lo *permite* y se argumenta que conduciría a interferencias inaceptables a la libertad de otros para conducir sus asuntos económicos. ¿Por qué, se pregunta el Reino Unido, no puede aceptarse que las compañías A y B sean libres de establecer ciertas prácticas restrictivas del comercio, por ejemplo, al fijar precios, si *su derecho* se los permite? ¿Por qué deberían las cortes del Estado C tener jurisdicción sobre esos Estado tan sólo porque su conducta tiene un significativo efecto adverso sobre los precios dentro del estado C?

Muchas jurisdicciones de la Commonwealth británica han sostenido esta visión, uniéndose en la lucha contra lo que ellos ven como una extensión de la jurisdicción de los EEUU más allá de sus límites. La posición de los países de la Comunidad Europea no está del todo clara. Éstos, ciertamente, se han unido al Reino Unido para protestar formalmente en contra de la jurisdicción extraterritorial de los EEUU. Pero los requerimientos del Artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea en sí mismos están vinculados con el ejercicio de jurisdicción extraterritorial por parte de la Comunidad. El Artículo 85 prohíbe los acuerdos que puedan restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común. La Corte Europea, a través de los años, ha interpretado el alcance geográfico de esta jurisdicción como no limitado a prácticas de corporaciones incorporadas o que tengan sus sedes en territorio de la CE. ¿Será correcto decir entonces que la CE está a favor de la doctrina de efectos, salvo cuando ésta sea aplicada por EEUU en contra de los intereses de la CE, caso en el que ésta se une al Reino Unido en protesta?

Hasta hace poco no había lugar para la duda. Los principales casos de la CE se han basado en el concepto de "unidad económica" más que en la extraterritorialidad misma. Se reconoce que las entidades dentro de la CE pueden no comportarse autónomamente, pero que siguen las directrices de una compañía matriz —si esa compañía matriz estuviera fuera de la Comunidad Europea, entonces, el concepto de "unidad económica" admitiría la jurisdicción sobre dicha compañía matriz, si es que existiera una acción que viole el Artículo 85. El Reino Unido, que inicialmente se oponía al concepto de unidad económica, en su debido momento aceptó que dicha jurisdicción se ejerciera sobre esta base en caso que la subsidiaria se involucrara en una conducta *dentro* de la Comunidad. Incluso, en los *Casos Wood Pulp*, de que conoció la Corte Europea, el Reino Unido estuvo dispuesto a decir que sería aceptable —porque no constituía realmente un ejercicio de jurisdicción extraterritorial— el ejercicio de jurisdicción sobre corporaciones que a través de los actos de sus representantes (i.e. ni siquiera las subsidiarias) lesionaran la competencia dentro de la Comunidad. Pero en dicho caso la Corte, al afirmar el ejercicio de jurisdicción sobre firmas extranjeras que negocian a través de agentes al interior de la Comunidad Europea, habló en términos más amplios y de hecho ejerció la jurisdicción de la CE no sólo sobre estas corporaciones extranjeras pero también sobre un cartel que jamás había vendido a través de representantes dentro de la Comunidad. La doctrina de los efectos fue aceptada en todo, menos por su nombre.

La controversia ha sido especialmente aguda, en el caso en que un Estado que ejerce jurisdicción de acuerdo a la doctrina de los efectos cataloga cierto comportamiento económico que es el legal en el país en que se lleva a cabo, no sólo como ilegal sino también como criminal. Muchos Estados han respondido

introduciendo una "legislación de bloqueo", es decir, medidas legislativas que prohíben el otorgamiento de información o evidencia a otro Estado en los procesos criminales iniciados por éste en relación a prácticas restrictivas del comercio. Muchos autores no estadounidenses han aclamado estas leyes, pero yo las rechazo. El estatuto del Reino Unido, en mi visión, va más allá de lo razonable, oponiéndose incluso al derecho de EEUU de catalogar la conducta prohibida como criminal y de otorgar indemnizaciones múltiples cuando esa conducta sea cometida por entidades extranjeras que tengan oficinas allí y operen dentro de los EEUU, es decir, que no sólo operen *externamente* o que tengan un efecto dañino dentro de EEUU.

Existe evidencia, sin embargo, de que ambos lados desean evitar el conflicto. Algunos países con legislación de bloqueo no han actuado en base a ésta; y el Reino Unido ha dado una interpretación más amplia a lo que constituye conducta *dentro* de un territorio. Una interpretación más amplia de la territorialidad se superpone, en parte, con lo que ha sido definido por otros como extraterritorial. Por su parte, las cortes estadounidenses han sugerido que antes de que la jurisdicción extraterritorial se ejerza, se debe hacer un balance entre el derecho de los Estados Unidos y los intereses foráneos involucrados. Los elementos que deben sopesarse, como se identifican en los principales casos, incluyen: grados de conflicto con el derecho extranjero o con su política; importancia relativa de la conducta violatoria en cada país (es decir, si ésta estaba prohibida y/o era criminal); disponibilidad de una solución en el extranjero y la tendencia a litigar allí; existencia de un intento de lesionar el comercio de los EEUU; el posible efecto del ejercicio de jurisdicción extraterritorial sobre las relaciones exteriores; y si la materia está cubierta por un tratado.

Por el momento el problema parece yacer latente en vista de un claro deseo de ambos lados de evitar posteriores disputas en la materia.

Quiero señalar dos puntos finales. Primero, es discutible que se justifiquen consideraciones especiales respecto de la jurisdicción extraterritorial sobre una conducta que *generalmente* es considerada como criminal. Mientras los países pueden tener distintas visiones acerca de si las prácticas restrictivas del comercio son legales, ilegales o criminales, *todos* están de acuerdo en que, por ejemplo, el asesinato, la extorsión y el tráfico de drogas son criminales. En un interesante Informe sobre Jurisdicción Criminal Extraterritorial, el Comité de Asuntos Legales del Consejo de Europa ha sugerido que en estas circunstancias, la jurisdicción extraterritorial debe considerarse una excepción justificada. En base a un principio de "solidaridad internacional" entre los Estados en su lucha contra el crimen, el Comité señala: "El derecho internacional público no impone ninguna limitación sobre la libertad de los Estados para establecer formas de jurisdicción extraterritorial criminal cuando éstas estén basadas en la solidaridad internacional entre los Estados en la lucha contra el crimen" El *ejercicio* de dicha jurisdicción debe basarse en si se ayudará o dañará la solidaridad internacional.

En el gran debate sobre jurisdicción extraterritorial, aquellos que piensan que ésta es legal (Estados Unidos y cada cierto tiempo, la Comunidad europea) han invocado el Caso Lotus como representativo de la proposición de que, salvo si la conducta es prohibida por el derecho internacional, ésta está permitida. A pesar de que no soy indiferente al ejercicio de jurisdicción extraterritorial sobre cierta conducta, yo siento que uno no puede leer demasiado en un mero *dictum* de la Corte Permanente. Esto es, para mí, otro ejemplo de la futilidad de decidir el derecho en referencia a un *dictum* muy antiguo de una corte y que no es del todo claro. Tenemos mejores formas de determinar el derecho internacional contemporáneo.

Aplicando una perspectiva más flexible en la toma de decisiones, yo creo que la clave del asunto está en la protección de valores comunes en vez de en la invocación de la soberanía del Estado en su propio interés. La lucha contra las prácticas restrictivas que dañan al consumidor y mantienen los precios altos, en mi visión, merece la solidaridad internacional junto con la lucha contra la criminalidad común. El ejercicio de jurisdicción extraterritorial para ese fin, me parece tan aceptable como su ejercicio en base a otros títulos no-territoriales de jurisdicción.