

LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA RECIENTE Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Por Rodolfo Mattarollo *

-

-

SUMARIO

I.- INTRODUCCION

II.- EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

III.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

IV.- LA CUESTIÓN DE LAS PENALIDADES ESPECÍFICAS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

V.- EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL EN VIGENCIA

VI LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA RECIENTE EN LA MATERIA

VII.- CONCLUSIÓN: *AUT DEDERE AUT JUDICARE*

I.- INTRODUCCION

Los tribunales argentinos en los últimos once años han aplicado la categoría de los crímenes *de* derecho internacional (*crimes under international law*) en el examen de cierto número de casos. En algunos de estos casos se trataba de atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial, y en otros, de la violación de los derechos humanos durante la dictadura militar en nuestro país. En un caso se trata de hechos ocurridos en nuestro país en los que aparece comprometida la responsabilidad penal de militares chilenos, entre otros individuos.

La fuente de estos crímenes de derecho internacional puede encontrarse en los tratados internacionales o en el derecho internacional general o consuetudinario, tradicionalmente llamado por nuestra Constitución, la jurisprudencia y la doctrina nacionales, conforme a una expresión ilustre y dos veces milenaria, el "derecho de gentes".

El objetivo de este artículo es contribuir a un ya considerable esfuerzo de la jurisprudencia y la doctrina nacionales tendiente a precisar en qué medida el derecho internacional, consuetudinario y convencional, es vinculante para la Argentina hoy en esta materia.

La Constitución Nacional reformada en 1994 ha reconocido jerarquía constitucional en su artículo 75 inciso 22 a una serie de instrumentos internacionales, entre los que se cuentan dos Declaraciones "solemnes"—una universal y otra regional- y nueve tratados internacionales – ocho de ellos universales y uno regional. Luego,

con la mayoría calificada establecida en la Constitución, se reconoció jerarquía constitucional a la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Aunque ya el artículo 102 de la Constitución Nacional – hoy artículo 118- había confirmado la vigencia en nuestro país del derecho internacional consuetudinario – derecho de gentes- la nueva norma constitucional (artículo 75 inciso 22) lo reitera, en cuanto incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos entre los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

En efecto, la Declaración Universal no es un tratado, pero su carácter obligatorio no ofrece dudas, por lo menos desde la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Teherán, en 1968. Esto es así en la medida en que desde hace tiempo se la considera expresión del derecho internacional consuetudinario o sea "de la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho." (Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Más aún, la Declaración Universal expresa un conjunto de obligaciones de los Estados con carácter "*erga omnes*", para utilizar la expresión de la Corte Internacional de Justicia en el famoso *obiter dictum* del caso Barcelona Traction.

El objetivo de este artículo no es histórico. Sin embargo, habría que mencionar un conjunto de factores, jurídicos y extrajurídicos, en la evolución reciente de nuestra jurisprudencia – en especial a partir del voto del camarista Leopoldo H. Schiffrin *in re Schwamberger*-.

Sin duda esta evolución está vinculada al "desarrollo progresivo" del derecho internacional acelerado a partir de la segunda guerra mundial, el cual como es sabido proviene a su vez de desarrollos muy anteriores. No es el caso de remontarse aquí a los clásicos del derecho internacional a partir del Renacimiento, o a épocas aún más lejanas, en las que se echaron los fundamentos del jusnaturalismo generalmente vinculado al "derecho de gentes".

Baste recordar rápidamente los antecedentes del derecho de Nuremberg, surgidos durante la última guerra mundial y antes del fin de la contienda. El más importante es la Declaración de Moscú del 30 de agosto de 1943, firmada por el presidente Franklin Delano Roosevelt, el mariscal Joseph V. Stalin y el Primer Ministro Winston S. Churchill. Los tres firmantes declararon hablar en nombre de las 32 Naciones Unidas. La Declaración de Moscú sobre los crímenes de guerra se convirtió en parte integrante del "derecho de Nuremberg".

Tener en cuenta estos antecedentes es útil para la posterior discusión sobre el requisito de conocimiento previo, en relación con el principio de legalidad en el derecho internacional, en lo que se refiere a los juicios por hechos relacionados con los crímenes del nazismo, o a hechos posteriores, que puedan ser calificados de crímenes de derecho internacional.

Habría que mencionar entre los acontecimientos más recientes, que permiten contextualizar la evolución de nuestra doctrina y jurisprudencia, la creación de los dos tribunales internacionales *ad hoc* para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda y los países vecinos de Ruanda. También es un dato mayor la posterior adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en la medida en que clarifica una gran cantidad de cuestiones vinculadas tanto a la "parte general" como a la "parte especial" de un código de crímenes de derecho internacional.

Algo que reviste gran importancia para este proceso, por su indudable retroacción sobre la jurisprudencia local, en la que ejerce una influencia directa, es la aplicación de la jurisdicción universal por parte de tribunales europeos, que investigan los crímenes cometidos en sus países de origen por militares latinoamericanos durante las dictaduras que practicaron el terrorismo de Estado en la región, y aún fuera de ella, durante los años 70.

Se trata como es sabido de las causas instruídas por graves violaciones de los derechos humanos constitutivas de crímenes de derecho de gentes en cabeza de militares y ex militares argentinos y chilenos en diversos países europeos y en particular en España, donde generaron ese hecho mayor que fue el pedido de extradición de Augusto Pinochet al Reino Unido.

Como en otros aspectos del desarrollo progresivo del derecho internacional, esta evolución es inseparable de un fuerte crecimiento de la conciencia ética de la sociedad civil –en especial en los países de la región –pero no sólo en ellos-. Me refiero tanto a los países de la difícil transición hacia la democracia a partir de dictaduras militares y regímenes autoritarios, sobre todo en el Cono Sur, como a aquéllos en los que se desarrollan no menos arduos acuerdos de paz luego de los conflictos armados internos, aunque en gran parte internacionalizados, en Centroamérica.

Esta evolución aparece como el resultado de una conjunción del movimiento de derechos humanos, en el que desempeñan un papel decisivo los organismos de afectados directos, que ha mantenido la continuidad y elevado el nivel de sus reivindicaciones a lo largo de las tres últimas décadas, a veces en una verdadera "travesía del desierto", el militantismo jurídico, contra viento y marea, de ciertos magistrados y de los abogados de derechos humanos, y el papel decisivo de muchos periodistas y órganos de prensa.

Sin este entrelazamiento y el de otros actores, movimientos sociales, escritores, artistas, universitarios, etc., muchas veces encarando sus acciones a escala internacional, este proceso hubiera sido muy difícil o decididamente imposible para superar esa era que un experto de las Naciones Unidas, encargado de estudiar la cuestión de la impunidad, llamó la época del "derecho contra las víctimas" . Esos múltiples esfuerzos lograron superar esa etapa y darle legitimidad nacional e

internacional a la lucha contra la impunidad, tal como aparece consagrada por el documento final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, de junio de 1993.

II.- EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

Establecer las características del derecho internacional consuetudinario parece especialmente importante, ya que en gran parte la cuestión de la aplicación en la Argentina de la categoría penal de los crímenes de lesa humanidad puede tropezar, entre otras, con objeciones surgidas de la reserva al artículo 15 segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas formulada por el gobierno argentino al ratificar ese instrumento internacional.

En efecto, esa reserva, más allá de posibles motivaciones políticas, tendientes a limitar la acción de la justicia por las violaciones del pasado, se basó jurídicamente en el argumento según el cual dicha norma del Pacto sería contraria al principio de legalidad reconocido por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En la situación actual del derecho internacional, en que la codificación ha avanzado considerablemente, la importancia de identificar las normas del derecho internacional consuetudinario deriva de que dichas normas son vinculantes incluso para los Estados que no son parte en el instrumento convencional que las recepta. En tal caso, lo que obliga a esos Estados, por supuesto, no es la norma convencional, sino la norma consuetudinaria.

El principal argumento para sostener que el derecho de Nuremberg no fue retroactivo es precisamente el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario ya en vigencia con anterioridad a la adopción de las leyes racistas por la Alemania nazi.

Es significativo de la manera en que operan las normas del derecho internacional general o consuetudinario la disposición de cada uno de los cuatro Convenios de Ginebra que regulan la perdurable vigencia del derecho de gentes en el supuesto de denuncia del Convenio.

En efecto los cuatro Convenios de Ginebra estipulan que si se produjera la denuncia del Convenio, ésta "(...) No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública."

Entre esas obligaciones se cuenta el respeto debido al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, aplicable a los conflictos armados internos.

La Argentina al ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ha reconocido expresamente este carácter no derogable del derecho de gentes en el ámbito del derecho internacional humanitario, aún en el supuesto de la denuncia de los Convenios.

Esto se compadece enteramente con lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ratificada por nuestro país- en su artículo 43:

"Artículo 43.- Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado.

"La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado."

No puede demorarse la referencia a las normas imperativas del derecho internacional general o consuetudinario (*jus cogens*). La cuestión también está regulada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 53.

"Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).

"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

No todas las reglas del derecho internacional consuetudinario tienen carácter imperativo (*jus cogens*), aunque en esto los autores no son unánimes y existen los que asimilan las dos categorías. Sin embargo, aquéllas que más allá de toda duda revisten ese carácter no pueden ser objeto de reservas. A este respecto se ha observado que "si los Estados no pueden ratificar un tratado contrario a una regla de *jus cogens*, parece lógico que tampoco puedan formular reservas a esas reglas del tratado que incorporan normas de *jus cogens*".

Tal es el caso como veremos del principio de legalidad en el derecho penal internacional de la manera como se refleja en el artículo 15 segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A su vez se ha afirmado que las infracciones internacionales que revisten el carácter de *jus cogens* constituyen *obligatio erga omnes* y son inderogables. Entre las consecuencias de este estatuto legal de los crímenes establecidos por reglas de *jus cogens* se cuentan, según M. Cheriff Bassiouni, las siguientes obligaciones imperativas de los Estados:

"(...) el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda inmunidad, comprendida la de los Jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la "obediencia debida" (salvo como circunstancia atenuante), la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, su no derogación bajo los "estados de excepción" y la jurisdicción universal."

III.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La doctrina y la jurisprudencia locales han analizado la formulación del principio de legalidad en el derecho internacional convencional, tal como resulta del artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas –que goza de jerarquía constitucional, "en las condiciones de su vigencia", conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-

Ahora bien, como se ha dicho antes, el instrumento argentino de ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos formula una reserva en el sentido de que la aplicación del parágrafo segundo del art. 15 del Pacto, queda sujeta a lo prescripto por el art. 18 de la Constitución que establece el principio de legalidad.

Esto hace necesario interpretar la expresión del artículo 75 inciso 22 de la Constitución que al reconocer a determinados instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquía constitucional, lo hace "en las condiciones de su vigencia".

Según lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia –en su sentencia del 7 de abril de 1995 en autos "Girolodi Horacio David y otro s/recurso de casación" (considerando 11)- la expresión "en las condiciones de su vigencia" obliga a interpretar las cláusulas de los instrumentos internacionales tal como rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (en el caso señalado se hacía específica referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos)".

En opinión de Guillermo R. Moncayo, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos rige en nuestro orden jurídico con la reserva antes señalada (acatamiento del artículo 18 de la Constitución Nacional). Y ello porque "(...) cuando el art. 75, inc. 22 de la Constitución habla de las convenciones que tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", ha de entenderse que la norma

internacional adquiere jerarquía constitucional con las reservas que nuestro país ha hecho y también con las reservas que los terceros Estados parte hayan hecho y que vinculan a la Argentina".

En realidad la aplicación jurisprudencial de los tribunales internacionales no está en contradicción con la formulación de reservas, si éstas respetan lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Sección II, Reservas, artículos 19 y ss.).

Pero la cuestión no puede resolverse con una mera referencia al derecho internacional convencional. Como lo dice la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital "in re" Jorge Rafael Videla, con relación al principio de legalidad, las reservas en la materia en nada pueden modificar la normativa internacional y el peso de las obligaciones emergentes de las restantes fuentes normativas internacionales. Para añadir que el derecho interno no puede oponerse al jus cogens, ni siquiera las normas de orden constitucional. Similares consideraciones fueron también desarrolladas por ese tribunal en el expediente caratulado "Massera s/ Excepciones".

Esta posición tiene también una base dogmática que corresponde tener en cuenta, aunque no aparece mencionada expresamente en los precedentes jurisprudenciales considerados aquí. En efecto, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales convencionales y no convencionales, entre estos últimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ahora bien, la Declaración Universal en su artículo 11 (2) enuncia el principio de legalidad en el derecho nacional e internacional:

"Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. (...)".

Se trata de una formulación sintética del principio de legalidad sustancialmente similar a la del artículo 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con una diferencia, no existen reservas que puedan formularse ante un instrumento internacional que no es un tratado, que hoy forma parte, sin duda, del derecho internacional general o consuetudinario y cuyas normas referidas al principio de legalidad gozan de carácter imperativo (jus cogens).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9 sobre el principio de legalidad y retroactividad, formula dicha regla de manera compatible con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 11 (2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En efecto, según la Convención Americana:

"Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable."

El principio de legalidad en el derecho penal internacional está también confirmado por la Convención de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales [Convención europea de derechos humanos de 4 de noviembre de 1950] (artículo 7 (2)), de manera similar a como la definirá el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en 1966. Esta disposición convencional fue aclarada por la aplicación que recibió en el sistema regional europeo de derechos humanos donde se justificó, por ejemplo, la condena en virtud de una ley noruega retroactiva que incriminaba la colaboración con la administración alemana de ocupación.

Con cierta frecuencia se dice que el principio de legalidad, que constituye un axioma fundamental del derecho penal garantista, es ajeno al derecho penal internacional. Esto no es exacto.

El fundamento filosófico, histórico y político del principio de legalidad en el derecho penal moderno es la tutela de los derechos individuales frente a la arbitrariedad estatal. El valor jurídicamente protegido por esa metagarantía del debido proceso que se expresa como principio de legalidad es entonces la libertad individual del encausado, y la lealtad del proceso penal –que se expresa en la necesidad de conocimiento previo de las conductas que constituyen ilícitos penales-. Se trata de proteger al individuo, ese pequeño David, del Goliath que es el Estado.

Ahora bien, de cara a los crímenes de derecho internacional, comprendido el genocidio, la tortura y las desapariciones forzadas de personas, perpetradas en forma sistemática o masiva –conductas de ilegalidad manifiesta que conmueven la conciencia de la humanidad, y que casi siempre se cometen a través de un aparato organizado de poder- una metagarantía del debido proceso legal a su vez está constituida por el derecho a la jurisdicción, a la seguridad y a la dignidad para las víctimas, la sociedad en su conjunto, e incluso para la sociedad internacional.

Debe buscarse aquí el equilibrio entre el valor del derecho a la justicia para las víctimas de los delitos y el valor de la libertad individual de los acusados. La dignidad humana es protegida aquí frente al poder de quienes generalmente han realizado de manera deliberada y consciente un "ejercicio criminal de la soberanía estatal" en la perpetración de sus crímenes.

En su momento la cuestión del principio de legalidad en el derecho de Nuremberg recibió tres respuestas diferentes. Para unos tanto el Estatuto del Tribunal Militar Internacional como la ley No 10 del Consejo de Control Aliado, respetaban la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Otros afirmaban que la regla había sido desconocida, pero justificaban el apartamiento de la misma. Por último había quienes sostenían que el principio de legalidad había sido violado y que eso viciaba

el valor jurídico de los dos textos antes mencionados y de los juicios realizados en consecuencia.

El principio de legalidad supone el conocimiento previo de lo que está prohibido y de la sanción que la conducta prohibida acarrea, como presupuesto de la eficacia preventiva general de la norma penal. El principio de conocimiento previo será, junto al principio de la necesidad de la incriminación y la sanción, el fundamento mismo del derecho penal moderno.

Más de cincuenta años han pasado y los reparos que en su momento se formularon sobre todo respecto de la inclusión de los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en el de Tokio y en la ley No 10 del Consejo de Control Aliado, no pueden sostenerse hoy de la misma forma. Ha mediado desde entonces el desarrollo progresivo del derecho internacional, y esto independientemente de las posiciones de quienes desde el inicio entendieron que el principio de legalidad, tal como se concibe en el derecho de gentes, no se había violado ni siquiera en los orígenes de este proceso, cuando comenzaron a aplicarse los tres textos antes mencionados.

En lo que se refiere al conocimiento del carácter criminal de los actos reprochados, es clara la acusación del fiscal Robert H. Jackson ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en la audiencia del 21 de noviembre de 1945, al referirse al fundamento jurídico del proceso. Según el famoso Justice Jackson:

" Los acusados tenían (...) pleno conocimiento del carácter criminal de sus actos, y por eso se esforzaron por disimular sus infracciones. Se probará que los acusados Keitel y Jodl fueron informados por consejeros jurídicos oficiales que las órdenes sobre la marcha a fuego de los prisioneros soviéticos, el encadenamiento de prisioneros de guerra ingleses y la ejecución de miembros de comandos prisioneros, constituían netas violaciones del Derecho Internacional. No obstante, esas órdenes fueron ejecutadas (...)"

"El cuarto cargo está basado en los crímenes de lesa humanidad, entre los cuales se incluye sobre todo los asesinatos masivos, a sangre fría, de innumerables seres humanos. ¿Puede sorprender a los acusados que el asesinato sea tratado como un crimen?"

El fiscal afirmó:

"Puede decirse que ésta es una nueva ley, que no fue promulgada válidamente antes de la comisión de los actos que sanciona, y que esta declaración de la ley los ha tomado por sorpresa. No puedo negar, por supuesto, que estos hombres están sorprendidos de que esto sea la ley; están sorprendidos de que exista una cosa tal como la ley."

En el derecho penal internacional, contra lo que a veces se afirma, el principio de legalidad existe, pero tiene características peculiares y se ha expresado de una manera que le es propia: *nullum crimen sine iure*, lo que significa que las incriminaciones deben tener una base normativa y no ser arbitrarias, aunque las penas no estén formuladas de manera expresa y específica.

El principio de legalidad en el derecho penal internacional parte de una distinción fundamental entre **la norma de comportamiento** y **la norma de represión**. La costumbre puede dar nacimiento a la norma de comportamiento: un comportamiento se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica.

En esto consiste la particularidad del principio de legalidad en el derecho penal internacional. Dicho principio exige un texto, pero solamente para la norma de comportamiento y como prueba de la existencia de la costumbre. Esto es necesario para definir este comportamiento como criminal y no sólo como ilícito, distinción que la costumbre, no formulada en un texto, no siempre hace aparecer en forma clara. Pero la norma de represión es una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Exigir identificar de la misma forma una norma consuetudinaria de represión equivaldría a exigir una costumbre de la transgresión. En este sentido el derecho penal internacional no es retroactivo.

De esta manera el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg consideró que, en materia de crímenes de guerra, los acusados habían violado un conjunto de normas de comportamiento claramente establecidas por el derecho internacional con mucha anterioridad a la sanción del Acuerdo de Londres en 1945 ya que habían sido recogidas por las convenciones internacionales de La Haya (1907) y de Ginebra (1929).

En el derecho argentino, a más de la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, existen otros instrumentos del derecho internacional que también reenvían expresamente al derecho internacional general para definir el principio de legalidad de las infracciones internacionales.

El Tercer Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, ratificado por la Argentina, establece en su artículo 99:

"Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto."

A su vez el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, ratificado por la Argentina, en su artículo 75 (4) © dispone:

"Nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse."

Todos los procesos por crímenes de derecho internacional realizados ante tribunales nacionales a partir de 1946 rechazaron el argumento de que se estaban aplicando leyes *ex post facto*. Israel juzgó a Adolf Eichmann en 1960, Francia a Klaus Barbie en 1987 y Canadá procesó a Imre Finta en 1989. En estos y en otros casos, el argumento de la norma retroactiva fue rechazado.

La cuestión fue planteada en relación con la Carta de Nuremberg en el pedido de extradición de Demjanjuk formulado por Israel a los Estados Unidos. El Tribunal resolvió que la Carta era declarativa del derecho internacional y que no constituía una ley posterior al hecho del proceso.

En lo que se refiere a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, ella dimana del derecho internacional general, como se confirma claramente en el Preámbulo y el articulado de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

En especial debe tenerse en cuenta el Artículo IV de la Convención, según el cual los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes considerados en la Convención "y, en caso de que exista, sea abolida".

IV.- LA CUESTIÓN DE LAS PENALIDADES ESPECÍFICAS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La falta de penalidades específicas en los instrumentos del derecho penal internacional, incluidas las Cartas de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, no violan el principio de legalidad del derecho internacional, ya que las sanciones específicas por las conductas incriminadas están ausentes de la totalidad de los instrumentos del derecho penal internacional hasta la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en julio de 1998 (artículo 77).

Según M. Cherif Bassiouni, esta "(...) ausencia confirma una regla consuetudinaria de la aplicación del derecho internacional según la cual las penas por analogía son válidas". En lo que se refiere a las sanciones, una regla constante del derecho penal internacional es remitirse a lo establecido por el derecho penal nacional para infracciones similares. Esto ha sido demostrado por la práctica de los Estados en los juicios por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y actos de piratería.

Un claro ejemplo lo constituye la norma del Estatuto del Tribunal Internacional (para la ex Yugoslavia) según la cual las penas impuestas por el Tribunal se limitarán a las de prisión. Para fijar la duración de la pena, el Tribunal se guiará por la práctica general relativa a las sentencias de prisión aplicadas por los tribunales de la ex Yugoslavia (artículo 24 (1) del Estatuto). Una norma similar contiene el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, con referencia a los tribunales de Ruanda (artículo 23 (1) del Estatuto).

En lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad ante jurisdicciones nacionales que aplicaban directamente el derecho internacional, un ejemplo lo proporciona el proceso de Klaus Barbie en Francia. El 4 de julio de 1987 el Tribunal Criminal del Rodano condenó al ex jefe de la Gestapo de Lyon a la reclusión criminal a perpetuidad por diecisiete crímenes contra la humanidad. La única tipificación del crimen de lesa humanidad en Francia en aquel momento se encontraba en el artículo 6 © de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

En efecto, en Francia el derecho de Nuremberg es parte del derecho vigente. El Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y su Anexo, que definió la constitución, la jurisdicción y las funciones del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se consideran como un tratado internacional en vigencia vinculante para Francia, que continúa siendo un Estado parte en el mismo. El artículo 27 del Estatuto establecía que "El Tribunal podría pronunciar contra los acusados declarados culpables la pena de muerte o toda otra pena que estimara justa". En el proceso de Barbie se utilizó la Carta de Nuremberg para la calificación jurídico-penal de los hechos y el Código Penal francés, en vigencia al momento del fallo, que había abolido la pena de muerte, para la fijación de la pena privativa de libertad.

V.- EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL EN VIGENCIA

Hoy tanto el genocidio y los otros crímenes de lesa humanidad, -como las ejecuciones sumarias o extrajudiciales, la tortura y las desapariciones forzadas-, por un lado y los crímenes de guerra por el otro, constituyen crímenes de derecho de gentes (*crimina juris gentium*) y no sólo crímenes de derecho internacional convencional. En realidad, como en otros campos del derecho internacional, la costumbre precedió –en algunos casos, claramente como en lo referido al genocidio y la tortura- el texto convencional.

Se ha recordado aquí que el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 -firmado por Francia, el Reino Unido, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética- establece el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y su Estatuto. Antes de la apertura del proceso de Nuremberg, adhirieron a este Acuerdo diecinueve países. Con posterioridad dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

confirmaron la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad contenida en el Estatuto. Se trata de las resoluciones 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946.

La noción del crimen de lesa humanidad, aunque proveniente como se dijo de una larga evolución histórica, era en el Acuerdo de Londres una sanción penal por la violación de la regla de comportamiento formulada en la famosa cláusula propuesta por el profesor y humanista Fiódor Fiódorovich Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899.

La cláusula luego llamada Martens en efecto apareció por primera vez en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La misma establece lo siguiente:

"Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública".

La Cláusula Martens se incluye luego en distintas versiones similares en tratados posteriores del derecho internacional humanitario de los conflictos armados. Se la encuentra en el Preámbulo del (IV) Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y también en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados y en sus dos Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977, a lo que se ha hecho referencia anteriormente al señalar su carácter inderogable.

La expresión "crímenes de lesa humanidad" como tal fue utilizada ya el 28 de mayo de 1915 por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en relación con las masacres de la población armenia en Turquía. Esos tres países describieron los acontecimientos en Turquía como "crímenes contra la humanidad y la civilización por los cuales todos los miembros del Gobierno de Turquía serán tenidos por responsables conjuntamente con sus agentes involucrados en las masacres".

La primera aparición de la figura del crimen de lesa humanidad en un tratado internacional puede encontrarse en el Tratado de Sèvres (10 de agosto de 1920, celebrado entre Turquía y los aliados) cuyo artículo 230 obligaba al gobierno turco a entregar a los aliados, para su juzgamiento, a los responsables de las masacres cometidas desde el comienzo de las hostilidades, en el territorio turco, incluso contra los súbditos de nacionalidad turca. Ese tratado nunca fue ratificado.

A su vez, como ya se ha dicho, la primera tipificación del crimen de lesa humanidad en un instrumento del derecho penal internacional en vigor fue la realizada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por consenso la Resolución 95 (I), antes mencionada, en la cual "reafirma" los "principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg y por la Sentencia de ese Tribunal" y ordena la formulación de esos principios para su posterior codificación "en el contexto de una codificación general de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un Código Penal Internacional".

¿Cuál es la fuerza obligatoria de esos instrumentos para un país que sin ser uno de los cuatro Estados Partes originarios en el Acuerdo de Londres, firmó posteriormente esos instrumentos o aceptó como Estado Miembro de las Naciones Unidas –el caso de Argentina- la precitada Resolución adoptada por consenso? Un exponente de la doctrina más autorizada, L. Oppenheim, responde de la siguiente forma a ese interrogante:

"Desde el punto de vista del derecho internacional convencional, no es fácil definir la naturaleza exacta de la fuerza obligatoria de la Carta del Tribunal Militar Internacional para los Estados que la firmaron, sin aceptar formalmente las obligaciones recíprocas que surgen de ella, sobre los que han adherido y sobre los que han tomado parte en su adopción por la Asamblea General. Sin embargo, el derecho internacional no encuentra su fuente tan sólo en los tratados. En la medida en que los instrumentos precedentemente citados expresan los puntos de vista de los Estados concernidos por la aplicabilidad de los principios del derecho internacional -aplicable de una manera general y no sólo sobre los enemigos vencidos- estos principios pueden ser razonablemente considerados como la prueba de la existencia del derecho internacional y de su fuerza obligatoria para esos Estados.(...)"

Uno de los documentos internacionales que más claramente permiten sustentar las afirmaciones del párrafo anterior del gran internacionalista es el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad sobre el establecimiento de un tribunal internacional para el procesamiento de las personas responsables de serias violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

Como constata dicho informe:

"34. En opinión del Secretario General, la aplicación del principio nullum crimen sine lege requiere que el tribunal internacional debe aplicar reglas del derecho internacional humanitario que son más allá de toda duda parte del derecho consuetudinario de modo tal que la adhesión de algunos pero no todos los Estados

[de la ex Yugoslavia] a convenciones específicas, no se plantee. Esto parecería ser particularmente importante en el contexto de un tribunal internacional que procese a personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario.

"35. La parte del derecho internacional humanitario convencional que sin duda ha llegado a ser parte del derecho internacional consuetudinario es la ley aplicable en los conflictos armados tal como ha sido incorporada en: los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra; la Convención de La Haya (IV) respecto de las Leyes y Costumbres de la Guerra terrestre y sus Reglamentos anexos del 18 de octubre de 1907; la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio del 9 de diciembre de 1948 y la Carta del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945".

Si bien este texto hace referencia a "la ley aplicable en los conflictos armados" es preciso recordar que el genocidio es un crimen de derecho internacional "ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra"(art. I de la Convención respectiva) y la vinculación del crimen de lesa humanidad a la guerra ha sido superada después de la segunda guerra mundial, como se ha mostrado anteriormente.

Una clara indicación de los bienes jurídicos protegidos por la represión del crimen de lesa humanidad ha sido dada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en su decisión del caso Endemovic:

"Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima".

La calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad no es ajena al derecho internacional americano. La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, que goza de jerarquía constitucional en la Argentina, reafirma que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad (párrafo VI del Preámbulo) y reconoce varias de las consecuencias de esta calificación jurídica, entre ellas la jurisdicción universal (Artículo IV) y el carácter imprescriptible de la infracción (Artículo VII).

VI LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA RECIENTE EN LA MATERIA

Parece claro que los crímenes de derecho internacional cometidos fuera del territorio argentino pueden ser juzgados dentro del mismo en virtud del artículo 118 de la Constitución Nacional. Sin embargo esta norma y otras concordantes de la Constitución tienen implicancias que van más allá de su aplicación a los crímenes cometidos fuera del territorio argentino.

La cuestión de la aplicación del derecho penal internacional en nuestro país fue planteada en 1989 con motivo de un pedido de extradición de un criminal nazi por delitos de lesa humanidad, en un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en que fue definitorio el extenso y fundamentado voto del camarista Leopoldo H. Schiffrin. Este voto abrió el camino de una jurisprudencia realmente avanzada en la materia.

Recordemos aquí solamente que en esta oportunidad el mencionado juez de cámara se refirió extensamente a la aceptación argentina de los instrumentos fundacionales del derecho penal internacional. A este respecto tiene un interés especial la referencia jurisprudencial al derecho internacional general o consuetudinario que, como muestra Schiffrin, data de muchas décadas atrás.

En efecto, el fallo recuerda que según el juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Tomás D. Casares, el "Informado derecho de gentes" al que se refieren los arts. 102 [antes de la reforma de 1994, hoy art. 118], 1 y 21 de la ley 48, es un derecho "(...) de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados" (ver voto del Dr. Casares in re "S.A.Merk Química Argentina c. Nación Argentina", junio9-1948; Fallos, 211-162, 218/219).

Más adelante, en su voto, el doctor Schiffrin considera que: "Pese a la lamentable ausencia de ratificación por parte de la Argentina, la Convención aludida [se refiere a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad] es dato inocultable de la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, como principio del derecho de gentes, al que, como expresara Tomás D. Casares (apart. 22), la Nación se halla subordinada de conformidad con el art. 102 de la Ley Fundamental."

Sin embargo, Germán Bidart Campos, comentando ese fallo y en particular el voto del doctor Schiffrin, ha sostenido que el "derecho de gentes" puede invocarse para conceder una extradición en virtud de una ley extranjera retroactiva que declara la imprescriptibilidad de crímenes bajo el derecho internacional, pero que "(...) en Argentina no podría condenarse sin ley penal previa, ni siquiera cuando en su territorio se hubiera cometido un delito contra el derecho de gentes (esto por ahora); (y habría que ver si también hace falta ley previa cuando ese delito se cometió fuera de nuestro país pero se juzga en él; en nuestro Tomo III del "Tratado..." citado antes, acogemos –también por ahora– la tesis que aún para este último supuesto se exige el *nullum crimen...*)".

Digamos desde ya que la cuestión puede analizarse desde otro ángulo que el adoptado por Bidart Campos si se admite que la represión de ciertas infracciones del derecho penal internacional, como el genocidio y la tortura, forman hoy parte integrante de las normas imperativas del derecho internacional general o consuetudinario (*jus cogens*).

Esta parece ser la lectura de la cuestión según el voto de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Antonio Boggiano y Guillermo A.F.Lopez *in re* Priebke, Eric s/ Extradición (causa No 16.063/94) cuando afirman "que la calificación de delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirentes o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *jus cogens* del Derecho Internacional."

El voto del Presidente de la Corte Julio S. Nazareno y del Vicepresidente Eduardo Moliné O'Connor considera que la aplicación del Derecho de Gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico argentino (art. 118 de la Constitución Nacional) y que las conductas reprochadas a Eric Priebke constituyen "... delitos sancionados por el Derecho Internacional general(...)" (considerando 28). Esta calificación se reitera en el voto más adelante, cuando se dice que la calificación de delitos contra la humanidad integrados con elementos de genocidio "(...) responde a los principios del *jus cogens* del Derecho Internacional (...)" (considerando 57).

Pero es en el considerando 51 de este voto donde se encuentra el mayor desarrollo en esta dirección: "(...) entre las series de normas fundamentales que conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional se encuentra la prohibición de genocidio, el principio de no discriminación racial y los crímenes de lesa humanidad (...) Estas reglas establecidas consuetudinariamente no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter. El concepto de *jus cogens* fue aceptado por la Comisión de Derecho Internacional, e incorporado a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969 (art. 53) – ratificada por ley 19.865- (...)"

El voto del Ministro de la Corte Gustavo A. Bossert vuelve sobre la regulación de los crímenes de derecho internacional general en lo que se refiere a la prescripción al afirmar (considerando 49) que "(...) debe recurrirse para resolver el punto a la costumbre internacional y a los principios generales del Derecho Internacional, que forman parte del derecho interno argentino (N. 70.XXIII, "Nadel", antes citado)."

Contrastan con los votos de la mayoría de la Corte las disidencias de los Ministros Augusto César Belluscio y Ricardo Levene (h.). Estos dos jueces entienden que debe prevalecer el principio de no retroactividad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional el que no puede dejarse de lado "(...) mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo (...)". Y agregan que el desconocimiento del principio *nulla poena sine*

lege equivaldría a "(...) marchar a contramano de la civilización (...) "(Considerando 8).

A su vez la disidencia del Ministro Enrique Santiago Petracchi gira en torno al argumento según el cual los "crímenes de guerra" o, en su caso, "de lesa humanidad" no tienen su fuente "en el derecho penal ordinario", sino en los "usos y costumbres internacionales y ciertos instrumentos (tratados, convenciones, declaraciones) producidos en dicho ámbito" (considerando 4).

Piensa este juez que para resolver el caso "(...) hay que preguntarse si un juez argentino podría hipotéticamente, con independencia de lo dispuesto en el art. 80 del Código Penal, condenar a Priebke con base en normas, por ejemplo, como (el nombrado) art. 50 de la Convención de (La Haya) de 1899 u otras disposiciones análogas citadas en el voto mayoritario y que también reprimen el "crimen de guerra". Si la respuesta es positiva, la conducta será –conforme los términos de las convenciones suscriptas con Italia- sujeta a pena y su autor, por lo tanto, pasible de extradición. En caso contrario, esta última no será posible. (Considerando 5).

Para concluir que: "(...) empero, la respuesta negativa se impone, por el simple hecho de que las conductas descritas como "crimen de guerra"-o, para el caso, "delitos de lesa humanidad"- por el "Derecho de Gentes", hasta hoy no tienen prevista pena. El juez argentino del ejemplo no podría condenar pues el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución nacional "exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar"(Fallos: 311 – 2453, entre muchos otros).

"Tampoco se podría llenar el vacío de la ausencia de pena con una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta –cuya acción, cabe recordarlo, se encuentra prescripta- con un tipo de "Derecho de Gentes". En dicho supuesto se estaría inventando una tercera categoría de delito –por así llamarla "mixta"- lo que, obviamente, no está dentro de las facultades de los jueces e la República".

"En suma: que para el derecho argentino puede y debe sostenerse que conductas configurativas de "crímenes de guerra"(y también los de "lesa humanidad") son contrarias a derecho, pero no son autónomamente punibles". (considerando 6)

Un argumento similar había sido sostenido por Pablo A. Ramella. Según ese autor en el derecho de Nuremberg y de Tokio el principio "*nullum crimen sine lege*"(...) se cumplió ampliamente. No así el otro de "*nulla poena sine lege*", pues ni las guerras de agresión ni la violación de las reglas de la guerra tenían establecido penas concretas a ser aplicadas a sus infractores".

En fecha más reciente, el juez federal Roberto José Marquevich, al dictar el 13 de julio de 1998 la prisión preventiva de Jorge Rafael Videla -luego confirmada por la

Cámara Criminal y Correccional Federal- en la causa sobre presunta infracción a los arts. 146, 293 y 139 inc. 2do. del Código Penal, avanzó en la calificación jurídica de las graves infracciones reprochadas al ex dictador.

En efecto, dicho magistrado, analizó el encuadre legal propuesto respecto a Jorge Rafael Videla como autor mediato penalmente responsable de los delitos de sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años en cinco oportunidades, en concurso real con otros delitos. Según el juez federal interviniente "(...) la tipificación apuntada que de los hechos endilgados al inculcado antes citado se ha hecho en figuras de nuestro ordenamiento penal, no implica el desplazamiento de la concurrencia respecto de aquellos del concepto de crímenes contra la humanidad (especialmente los reconocidos por las convenciones a que alude el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) (...)"

Considera dicho magistrado, al tratar lo que en definitiva constituyen casos de "desaparición forzada" de niños, que se está ante infracciones penales imprescriptibles reprimidas por el derecho de gentes. Y estima que "(...) la gravedad de estos ilícitos fue tenida en cuenta por el Parlamento Nacional, dado que excluyó expresamente de los textos definitivos de las llamadas leyes de "Punto final" (artículo 5to. De la ley 23.492) y de "Obediencia Debida"(artículo 2do. De la ley 23.521) a los delitos de sustracción y ocultación de menores cometidos en ocasión de la lucha antisubversiva (...)"

Pero ese magistrado llega aún más lejos al afirmar que como miembro de la comunidad internacional, para nuestro país son vinculantes a la vez los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y el Derecho de Gentes (artículo 118 de la Constitución Nacional). Este ordenamiento "(...) se vulneraría si se limitase a subsumir los hechos como infracción a los artículos 139 inciso 2do., 146 y 293 1er. y 2do. Párrafo del Código Penal (principio extraído del fallo de la Corte Suprema "Priebke, Erich", ya citado)."

Ahora bien sobre la fuerza vinculante en la Argentina, no sólo del derecho internacional convencional, sino también del derecho internacional general o consuetudinario ha sido claro el juez Marquevich, quien ha citado extensamente el voto del doctor Leopoldo Schiffrin del 30 de agosto de 1989 en el proceso por la extradición de Josef Franz Leo Schwammberger. A este respecto afirma que la aplicación tanto de los tratados internacionales como del Derecho de Gentes sería inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 48.

El auto en cuestión traspone ese "*non plus ultra*" que, al menos provisoriamente, había opuesto Germán Bidart Campos a la aplicación del derecho penal internacional, y que habilitaría al juez nacional a conceder una extradición

conforme al derecho de gentes, pero no a juzgar el fondo de un asunto de acuerdo a sus principios.

Por su parte la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital en su resolución del 9 de septiembre de 1999 sobre la apelación de la prisión preventiva de Jorge Rafael Videla, recuerda que las desapariciones forzadas de personas constituyen delitos contra la humanidad, como tales imprescriptibles, cualquiera sea la fecha de su comisión. Y sostiene que esa característica se impone por sobre las normas internas que puedan tener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de su comisión.

La Cámara Federal cita, entre otras normas, el art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que, reunidas determinadas condiciones, califica las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad, y en el mismo sentido menciona el artículo 18 del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. En materia de imprescriptibilidad de estas infracciones menciona el artículo VII de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas y el artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La Cámara reconoce no compartir la limitativa doctrina de German Bidart Campos antes mencionada y afirma que a juicio del tribunal "(...) no cabe hacer distinciones como las que propone el prestigioso doctrinario Germán Bidart Campos, según que el crimen contra la humanidad haya sido cometido fuera o dentro de las fronteras del país".

Afirma el tribunal que:

"(...) no parece razonable efectuar esa distinción, que como hemos visto importaría tanto como desconocer normas del orden jurídico internacional que priman por sobre las normas internas, sin que pueda afirmarse que el orden público argentino se halle comprometido por la persecución de estos crímenes aun cuando ello implique asignar al principio de legalidad un alcance distinto que el que tradicionalmente se le ha otorgado por los tribunales internos y por el gobierno argentino, cuyas reservas en la materia en nada pueden modificar la normativa internacional y el peso de las obligaciones emergentes de las restantes fuentes normativas internacionales.

"De otro lado y en virtud de la expresa recepción constitucional del derecho de gentes resultaría inadmisibles que una de sus disposiciones pueda reputarse como contraria al orden público interno.

"Debe repararse que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos circunscriben esta garantía a cuestiones relativas al tipo y a la pena pero no a otros aspectos penales

(conf. Bidart Campos, G., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Bs. Aires, 1989, p. 222 y sig; La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad, E.D., t. 135, p. 323).

"Asimismo, no debe soslayarse que el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sienta expresamente que "nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional."

"No se advierte, por otra parte, afectación alguna a la supremacía constitucional, a la luz de su propia normatividad que acoge expresamente el derecho de gentes, y en consecuencia todas sus implicancias, entre las que se halla la asunción del jus cogens como un derecho imperativo vinculante con efecto erga omnes, que sólo puede ser modificado por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, y al que no le es oponible el derecho interno de los Estados, ni siquiera de naturaleza constitucional (conf. Zuppi, A.L., El Derecho Imperativo ("Jus Cogens") en el nuevo orden internacional, E.D., t. 147, p. 863, con cita de los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de fallos de la Corte Permanente de Justicia en el mismo sentido).

"No resultaría coherente, por otro lado, el mandato constitucional del artículo 118 en el sentido de establecer una suerte de jurisdicción universal para el juzgamiento de estos delitos contra el derecho de gentes y la plena facultad de los tribunales argentinos para efectuar tales procesos, si se admitiera a la vez la aplicación a cada caso de una suerte de derecho deconstruido que implicara recortes o excepciones a la normatividad que sería aplicable en el ámbito internacional."

Sobre esta cuestión ya había vuelto con anterioridad Leopoldo Schiffrin en un artículo titulado "La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino". En dicha oportunidad Schiffrin mostraba que la visión de Bidart Campos, según la cual el juez argentino podía conceder la extradición pero no juzgar un delito contra la humanidad, prescripto según la legislación interna, era insatisfactoria, porque podía conducir a aporías insuperables. Y conjeturaba que "(...) si Schwammberger, pongamos por caso, hubiese nacido en Argentina, con padres austríacos –como lo eran, efectivamente, sus progenitores- y hubiese retornado a Austria para seguir su horrible camino, entonces no hubiese podido ser entregado a Alemania y tampoco juzgado por los tribunales argentinos".

VII.- CONCLUSIÓN: *AUT DEDERE AUT JUDICARE*

Las conclusiones de este desarrollo apuntan en una doble dirección. Por un lado, como cuestión de política legislativa, el Congreso de la Nación aún no ha legislado para armonizar nuestro derecho interno con los tratados internacionales ratificados

por nuestro país que establecen la obligación específica de incriminar las infracciones de derecho penal internacional constitutivas de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

Esto es importante, aunque la tesis de este artículo coincide con quienes sostienen que las normas penales del derecho de gentes son directamente aplicables en el plano interno, sin las limitaciones de la reserva expresada por el gobierno argentino al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo que se refiere a la formulación del principio de legalidad.

La importancia de la cuestión radica sin embargo en que la legislación es una obligación asumida internacionalmente por el Estado al ratificar esos tratados, obligación que aún permanece incumplida. Pero la cuestión también es significativa porque contribuiría a clarificar problemas que aún aparecen para algunos como opinables, tal como se ha mostrado en esta rápida revisión de la jurisprudencia y la doctrina argentina recientes.

Recordemos solamente a este respecto la obligación de legislar en materia penal establecida por el Artículo V de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esta obligación también aparece claramente en el artículo 49 del Primer Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, el artículo 50 del Segundo Convenio, el artículo 129 del Tercer Convenio y el artículo 146 del Cuarto. Esos artículos se refieren a la obligación de incriminar en el derecho interno las infracciones graves previstas en cada uno de los cuatro Convenios. A su vez el artículo 84 del Protocolo Adicional I de 1977 prevé la sanción de leyes para garantizar la aplicación del Protocolo. Todas esas obligaciones de legislar permanecen incumplidas hasta hoy por parte del Estado argentino.

En lo que se refiere en particular a la represión nacional de las violaciones al derecho internacional humanitario de los conflictos armados, existen distintos sistemas para establecer una legislación que la garantice con el respeto debido a la sistemática del derecho internacional en vigencia. Lo importante es cumplir con el mandato de los Convenios.

Lo preocupante es que esta cuestión aún no haya sido abordada en nuestro país, al igual que la incriminación de las desapariciones forzadas de personas como delito autónomo calificado de crimen de lesa humanidad, de conformidad con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada por nuestro país y dotada de jerarquía constitucional.

Tampoco ha sido ratificada aún la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, entre otras

convenciones internacionales relevantes en esta materia y aún pendientes de ratificación.

Por otra parte la Argentina debería jugar un papel particularmente activo en la adopción del Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, actualmente en la Comisión de Derechos Humanos de la organización internacional. El Proyecto considera que la práctica sistemática o masiva de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad (Artículo 3 (1)).

Una jurisprudencia argentina coherente con los principios antes reseñados y que en gran parte han sido receptados por nuestros tribunales en la última década, debería responder a la demanda efectuada por el juez Baltasar Garzón Real (ver nota 10), en función del principio *aut dedere aut judicare*. Vale decir, ante los requerimientos formulados por tribunales extranjeros contra nacionales de los que existen razones fundadas de pensar que han cometido crímenes de derecho internacional, los tribunales argentinos deberían seguir la conducta señalada en la máxima antes citada.

La expresión *aut dedere aut judicare* es utilizada comúnmente para referirse a la obligación alternativa de extraditar o procesar, contenida en tratados multilaterales tendientes a reprimir ya sea infracciones de derecho internacional o de interés internacional (ver nota 1).

Un ejemplo de esta obligación se encuentra en el artículo 7 de la Convención de La Haya de 1970 sobre la Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves. La fórmula usada en el artículo 7 de la Convención de La Haya estipula que el Estado en que se encuentre el supuesto autor de la infracción tiene el deber de extraditarlo al Estado que tenga jurisdicción en el caso (por ejemplo el Estado de registro de la aeronave) o alternativamente, si no lo extradita, aquel Estado debe someter el caso a las autoridades competentes para el procesamiento del sospechoso. Se dice en derecho penal internacional que los tratados que incorporan esta fórmula han adoptado el principio *aut dedere aut judicare*.

Tal es el caso de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas (artículo 7) y también la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 14).

Sobre el estatuto del principio *aut dedere aut judicare* en el "derecho de gentes" se ha afirmado que éste dimana del interés de todos los Estados de procesar a los presuntos autores de infracciones de derecho internacional o de interés internacional. Es un deber de la comunidad internacional en su conjunto entendida como una "*civitas maxima*" según la expresión de Hugo Grocio, citada por Bassiouni.

En este sentido el argumento tiene formas más amplias y más restringidas, de acuerdo a las infracciones que abarca. Parece más fácil encontrar un consenso para afirmar que el principio se aplica a las más graves violaciones de los derechos humanos fundamentales, cometidas en forma sistemática o masiva, que pueden ser calificadas de crímenes de lesa humanidad y en ciertos casos incluso de genocidio.

En este sentido se ha sostenido que:

"El principio es más que una norma ordinaria de derecho internacional. Es una condición para la represión efectiva de infracciones universalmente condenadas. En gran parte, las reglas que prohíben esas infracciones constituyen normas de "jus cogens": son normas de la mayor importancia para el orden público mundial y no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un tratado posterior. Los Estados, por ejemplo, no pueden mediante un tratado, permitir la piratería contra los barcos mercantes de otro Estado, o conducir la guerra por métodos que violen las leyes de la guerra, como la regla del cuartel. No pueden válidamente acordar que permitirán el genocidio u otros crímenes de lesa humanidad. Por ello, en la medida en que constituye una regla del derecho internacional general, el principio *aut dedere aut judicare* es también, entonces, un principio de *jus cogens*"

Por cierto que el juzgamiento de los individuos requeridos por el Juez Garzón Real por crímenes cometidos en la Argentina debería en principio realizarse en nuestro país, conforme al principio según el cual "Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de (...) crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas (...) por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes"(Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad).

Ello requeriría naturalmente considerar nulas de nulidad absoluta, como si nunca hubieran existido, y no sólo derogadas, las leyes llamadas de Punto Final y de Obediencia Debida y considerar igualmente irrelevantes frente al derecho internacional consuetudinario tanto los indultos como las prescripciones que pudieran oponerse a la acción penal o a la pena.

Buena parte de lo que se ha dicho en este trabajo y en sus referencias jurisprudenciales y doctrinarias respaldan una decisión de ese tipo.

En caso de que no se juzgara aquí a dichos individuos, correspondería acceder, en función del principio *aut dedere aut judicare*, a los requerimientos del tribunal español que está ejerciendo la jurisdicción universal en casos calificados de crímenes contra el derecho de gentes de acuerdo al Código Penal español.