

Capítulo XIII

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: FUNDAMENTOS Y ÁMBITOS DE VALIDEZ

MARCELO FERREIRA

1. Introducción

El concepto de *Crímenes de Lesa Humanidad* nace de las cáscaras del Derecho de Guerra a partir del Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945, por el que se constituyó el Tribunal de Nüremberg. Si bien la idea abreva en los antiguos *Delitos contra el Derecho de Gentes*, es desde el proceso de Nüremberg que se va abriendo paso la concepción de una clase de crímenes que son tales para todo estado, contra toda persona y en todo tiempo y lugar, incluso al margen o en contra de la voluntad de estados particulares.

En épocas pretéritas, en que se desconocían las violaciones sistemáticas a los derechos humanos en escala catastrófica propias de las guerras mundiales del siglo XX, los delitos contra el derecho de gentes abarcaban conductas tales como la piratería o el tráfico de esclavos, y carecían de los alcances que se atribuyen actualmente a los *Crímenes de Lesa Humanidad*. En otros términos, merced a la evolución del derecho internacional, los crímenes de lesa humanidad difieren de sus antecedentes históricos tanto en su fundamento como en los ámbitos de validez de sus normas tipificantes.

A continuación se desarrollarán éstos puntos, en cinco planos: fundamento, materia, personas, tiempo y lugar. En otras palabras: qué, quiénes, cuando, donde y porqué.

2. Fundamentos de Validez:

Cuál es el fundamento de validez de las normas que proscriben los crímenes contra la humanidad? Porqué tales normas son obligatorias para los estados? Los interrogantes no son superfluos, porque justamente el argumento que se

esgrime contra éstos desarrollos es la negación de la sujeción del estado a normas internacionales, cuando no del carácter jurídico del derecho internacional.

Entendemos que nuestras preguntas conducen a un interrogante más genérico: ¿Cuál es el límite de la voluntad del Estado?

Los iusnaturalistas situaban ese límite en un derecho natural suprapositivo, externo al estado: *Heterolimitación*. Sin embargo, en el plano de las relaciones internacionales éste enfoque presuponía la necesidad del *consentimiento* por parte de los estados. En efecto, la teoría del orden internacional iusnaturalista parte de la doctrina medieval del derecho natural y en la idea romana de un *ius gentium*, cuyas normas provenían de la costumbre y los tratados, por lo que el sistema dependía del reconocimiento y los acuerdos de los Estados. GROCIO -padre del derecho internacional- fundaba la validez de esos reconocimientos y acuerdos en la norma de derecho natural que impone la obligación de cumplir los pactos (*pacta sunt servanda*.) El derecho natural suministraba la base axiomática de fundamentación y el sistema en su conjunto permitía afirmar la existencia de obligaciones de los Estados aunque no existiera una autoridad externa que los obligara, ni un orden internacional en el sentido moderno del concepto. En éste sentido, sostienen BEND y PETERS que la teoría iusnaturalista de las relaciones internacionales constituyó “una manera de afirmar que los Estados pueden tener obligaciones *morales* recíprocas, aunque no haya autoridad política competente para obligarlos, ni una fuerza coercitiva internacional para hacer cumplir sus obligaciones.”¹

El positivismo jurídico, por su parte, fundó la validez del derecho internacional directamente en el *consentimiento* de los estados soberanos, sin recurrir a una instancia superior. El estado soberano es un orden autosuficiente, y el derecho internacional vale en tanto haya sido adoptado por éste por un procedimiento de *Autolimitación*. Las obligaciones del Estado no se fundan en una base axiomática externa, sino en su propia voluntad. En ésta línea de pensamiento, GEORG JELLINEK sostuvo que el límite a la voluntad del Estado se encuentra en su propia naturaleza intrínseca (autolimitación.) Su razonamiento fue: *si el Estado Soberano lo puede todo también podría destruirse a sí mismo, como esto no es posible se sigue que el Estado encuentra la limitación en la existencia de un orden determinado*, que no es otra cosa que el orden interno del propio Estado, al margen de su contenido.

Las dos posiciones eran deficientes: la heterolimitación postulaba contenidos humanitarios pero carecía de normas jurídicas y órganos que los hicieran obligatorios para el estado, en tanto que la autolimitación presuponía la existencia de normas y órganos, pero como era el propio Estado el que se autolimitaba podía disponer cualquier contenido. Es decir: *contenidos sin normas jurídicas o*

³ O'DONNELL, DANIEL, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 22.

⁴ LOPEZ GOLDARACENA, OSCAR A, *Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad*, Asociación

normas jurídicas de cualquier contenido.

En la actualidad, el *orden determinado* en que el Estado encuentra su límite se encuentra fuera del propio estado, en el Orden Jurídico Internacional, y su contenido está dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, base axiomática de fundamentación jurídica, y no moral ni metafísica. El Estado no puede destruirse a sí mismo ni destruir a sus propios ciudadanos, no por imperio de normas morales sino de normas jurídicas, conclusión que permite reunir las ventajas de las dos posiciones antagónicas: se trata de heterolimitación, pero se dispone de normas y órganos para llevar a la práctica los contenidos.

En efecto, hasta mediados del siglo XX el axioma de la soberanía absoluta de los Estados era incontrovertible, y la norma sancionada por el Estado Soberano era válida con sólo ser dictada por el órgano competente conforme a un procedimiento preestablecido: cualquiera fuere su contenido. Mas a partir de la sanción de la Declaración Universal de Derechos Humanos e instrumentos complementarios se fueron gestando diversos sistemas jurídicos que exceden la soberanía estatal.

La validez de toda norma proviene de normas superiores —formales y materiales—² que, en el caso de los derechos humanos, se sitúan en el derecho internacional, orden jurídico supremo que, por delegación, confiere validez a los órganos de producción de normas estatales: el derecho convencional internacional y los derechos estatales se fundan en el derecho consuetudinario internacional.

Por ello, el Estado queda obligado aunque no haya ratificado Tratado alguno, al margen —e inclusive en contra— de su voluntad. Ya no se requiere del requisito del *consentimiento*, elemento común a los modelos iusnaturalista y iuspositivista. Así, si bien la regla general en cuanto a la vigencia de los Tratados o Convenciones es que rigen a partir de su ratificación, el principio se modifica en el caso que las normas contenidas en el Tratado se relacionen con el Derecho Consuetudinario Internacional, hipótesis en la cual no es preciso, en caso de incumplimiento, comprobar que el Estado acusado de violarla no la había aceptado. E incluso las *Declaraciones* de los organismos internacionales, en sí mismas no obligatorias, adquieren obligatoriedad en la medida en que sea posible considerar algunas de sus disposiciones como interpretaciones del alcance de derechos ya reconocidos como parte del Derecho Consuetudinario Internacional.³

En éste orden de ideas, los crímenes de lesa humanidad no son tales por voluntad de los estados, ni requieren de su consentimiento, sino por imperio de normas universales inderogables constitutivas del ius cogens, que permiten actuar las normas contenidas en Tratados incluso en forma retroactiva y constituyen la última ratio en caso de inexistencia de norma convencional.⁴ Así, la definición

¹ BENN, S.I. y PETERS, R.S., *Los Principios Sociales y el Estado Democrático*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1984, p. 415.

² VERNENGO, ROBERTO, *Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, cap. 3, p. 147 y ss.

del Estatuto de Nuremberg afirma su carácter delictivo “hayan constituido o no una violación del derecho interno del país del país donde fueron perpetrados.” En términos de la Corte Suprema Argentina “[...] *la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados [...] sino de los principios del jus cogens del derechos internacional.*”⁵

3. Ámbitos de Validez:

La categoría *Crímenes de Lesa Humanidad* excede en sus alcances al de otras instituciones de derecho interno e internacional, al punto que cada uno de sus ámbitos de validez permite derivar notas características:

Ámbito Material	—	Inderogabilidad/ Inadmistiabilidad
Ámbito Personal	—	Responsabilidad Individual
Ámbito Temporal	—	Imprescriptibilidad/ Retroactividad
Ámbito Espacial	—	Jurisdicción Universal

En éste sentido, *Crímenes de Lesa Humanidad* es el *nomen iuris* que designa el conjunto de condiciones bajo las cuales se autoriza en determinados casos el desplazamiento de determinadas reglas de derecho interno por reglas de derecho internacional (ej: dadas tales condiciones, no se aplicará la garantía de la irretroactividad de la ley penal.)

El razonamiento es entonces el siguiente:

- a- dados determinados casos (el catálogo de crímenes en cuestión)
- b- y dadas determinadas condiciones (ataque generalizado y sistemático contra población civil)
- c- las reglas de derecho interno quedan desplazadas por normas internacionales (reglas relativas al debido proceso legal)

El delito de tortura, por ejemplo, será crimen de lesa humanidad si se da en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra población civil y es cometido por personas que participan de ese ataque, y no si es cometido por un particular al margen de ese ataque. En el primer caso se autoriza el desplazamiento de las reglas de derecho interno sobre debido proceso legal (ámbitos material, personal, temporal y espacial), en el segundo no.

3.1 *Ámbito Material:*

Nos referimos aquí a las acciones que permiten configurar el tipo penal internacional: qué y cuáles son los Crímenes de Lesa Humanidad. El análisis se desdobra en tres puntos: a) Concepto, b) Requisitos y c) Notas Características.

Americana de Juristas, Rama Uruguaya, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986.

⁵ *Fallos*, 318: 2148.

⁶ ABREGÚ, MARTÍN Y DULITSKY, ARIEL, *Las leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno*,

a) *Concepto:*

El Derecho Internacional Público distingue dos clases de ilícitos internacionales: 1) los Delitos internacionales, 2) los Crímenes internacionales.⁶ La diferencia reside en su gravedad: en el caso del crimen el ilícito es de tal gravedad que afecta a la comunidad internacional organizada en su conjunto. Los crímenes contra la humanidad son una especie dentro del género crímenes internacionales.

Aunque históricamente se han formulado distintas clasificaciones,⁷ el Estatuto de la Corte Penal Internacional formula una sencilla distinción en cuatro categorías: Genocidio, Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Humanidad, Crimen de Agresión. Asimismo, la categoría Crímenes contra la Humanidad reconoce variados antecedentes históricos⁸

Lecciones y Ensayos, 1994, n° 60-61.

⁷ El Estatuto para el Tribunal de Nuremberg distinguió entre: a) Crímenes contra la Paz, b) Crímenes de Guerra y c) Crímenes contra la Humanidad.

El *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* —aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la Onu en 1991— definió como Crímenes Internacionales a las figuras de la agresión, la intervención armada, la dominación colonial u otras formas de dominación extranjera, el genocidio, el *apartheid*, las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, los crímenes de guerra excepcionalmente graves, el reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de tropas mercenarias, el terrorismo internacional, el tráfico de estupefacientes y los daños internacionales y graves al medio ambiente.

En 1996 el proyecto fue enriquecido con la experiencia obtenida por el funcionamiento de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, y las figuras se concentraron: a) agresión, b) genocidio, c) crímenes contra la humanidad, d) crímenes contra el personal de la Onu y el personal asociado, e) crímenes de guerra. Los crímenes contra la humanidad incluyen el homicidio, la exterminación, la tortura, la esclavitud, la persecución política, racial o religiosa o basada en razones étnicas, la deportación o la transferencia forzada de personas, la violación, la esclavitud sexual y cualquier otro abuso, así como cualquier otro acto inhumano.

⁸ *Declaración de San Petersburgo (1868)*: Primer antecedente normativo. Limitaba el uso de explosivos y otros proyectiles incendiarios como “contrario a las leyes de la humanidad.”

Crímenes de la Guerra Franco-Prusiana: en 1872, Gustav Moynier, uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, propuso la creación de una corte de justicia permanente, lo que nunca se llevó a cabo.

Cláusula Martens: año 1907, incorporada a las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, se estipula que: “Mientras aguardan que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado... las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.”

Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia (24 de mayo de 1915): proclamó que los crímenes perpetrados por el Imperio Otomano contra la población Armenia en Turquía constituían “crímenes contra la humanidad y la civilización por los cuales los miembros del Gobierno Turco debe ser considerados responsables, al igual que sus agentes implicados en las masacres.”

Informe de la Comisión (1919): informe de la Comisión instituida al término de la Primera Guerra Mundial, en 1919, sobre las responsabilidades de los autores de la guerra y sobre la aplicación de sanciones por violaciones de los derechos y costumbres de la guerra. La mayoría de los miembros concluyó que el Imperio alemán y sus aliados hicieron la guerra recurriendo a “*métodos bárbaros e ilegítimos contraviniendo así las leyes y costumbres establecidas y las más elementales leyes de humanidad*” y “*todos los súbditos de los países enemigos... que han sido acusados de delitos contra las leyes y costumbres de la guerra o las leyes de humanidad serán objeto de un procedimiento penal.*”

Conferencia de Versalles (1919): determinó que el asesinato, la masacre, la tortura de civiles, la

Son Crímenes de Lesa Humanidad cualquiera de los actos que enumera el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional —aunque la definición es enunciativa y no taxativa—, cuando son cometidos en forma generalizada o sistemática contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Los antecedentes de esa definición son el art. 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, su sentencia, las resoluciones 3 (I) y 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y los principios jurídicos que en esos documentos se exponen (sintetizados en 1950 por la C.D.I bajo el rótulo de “Principios de Nuremberg.”)

En efecto, el art.6 punto c) del Estatuto de Londres define “crímenes contra la humanidad, esto es el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra todas las poblaciones civiles, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, siempre que esos actos de persecución, hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde fueron perpetrados, hayan sido cometidos a consecuencia de cualquier crimen que caiga bajo la competencia del Tribunal o en conexión con tal crimen.”⁹

La formula amplia del art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional añade otros casos en los siguientes incisos: e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; i) Desaparición forzada de personas; y j) El crimen de *apartheid*.

Tanto el Estatuto de Nüremberg como el de la Corte Penal Internacional incluyen la fórmula genérica “otro acto inhumano,” que permite añadir otros actos no contemplados expresamente. Asimismo, ambos instrumentos incluyen la figura de la *persecución* por motivos políticos, raciales, nacionales, culturales o religiosos, pero ello en conexión con otros crímenes, y no como figura autónoma, como se desprende de la aclaración hecha en un subpárrafo respecto de la

deportación, el trabajo forzado y el ataque a plazas indefensas u hospitales, entre otros, constituían crímenes contra la humanidad y la civilización.

⁹ Llama la atención la no inclusión expresa de la violación, que tampoco se incluye en la Convención de 1948 sobre Genocidio. Sin embargo, la violencia sexual contra la mujer y los crímenes sexuales en general nunca fueron contemplados seriamente en el derecho internacional humanitario, por lo menos hasta la sanción del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, la violación no fue incluida en el Estatuto de Londres —que crea el Tribunal Militar de Nuremberg—, en las Convenciones de La Haya la violencia sexual se contempla en un sólo artículo como una violación al “honor familiar” (art. 46 de la Cuarta Convención), y en las Convenciones de Ginebra sólo un artículo prohíbe la violación sexual y la prostitución forzada (art. 27 de la IV Convención.)

¹⁰ La Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, establece que se entiende por tal “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal,” y excluye expresamente al grupo *Político*. No obstante, existe en la actualidad una interpretación iusinternacionalista que postula que la prohibición de genocidio tiene carácter de *ius cogens*, y como tal alcanza también a los grupos políticos, no obstante la relativización del tipo que resulta del dere-

desaparición forzada de personas. La inclusión de la persecución por motivos *políticos* viene a llenar un vacío respecto a la Convención contra el Genocidio, que no comprende esa causal.¹⁰

b) Requisitos:

Los requisitos del concepto son: 1) humanidad como víctima, 2) ataque contra la población civil, 3) ataque generalizado y sistemático. Sin embargo, trataremos en primer término un requisito histórico que ha perdido vigencia: conexión con crimen de guerra.

Conexión con Crimen de Guerra

Los Crímenes de Lesa Humanidad nacen de la matriz del derecho de guerra, aunque la evolución posterior del concepto permitió descartar esa vinculación.¹¹

En efecto, el art. 6 inc. c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg requería que éstos crímenes sean “cometidos en la ejecución de un crimen o en conexión con un crimen que queda en la competencia del Tribunal...” es decir, *crímenes de guerra* y *crímenes contra la paz*. Esta fórmula era circular, porque remitía a la competencia justamente en el artículo que define la competencia, autorreferencia que encuentra explicación en la necesidad de crear un nuevo tipo penal para sancionar conductas ocurridas en el pasado sin abandonar el terreno del derecho positivo, como intento de no incurrir en retroactividad de la ley penal. Por ello, la actitud de los autores del Estatuto podría compararse con la práctica del ciclista que necesita poner un pie en tierra para no perder el equilibrio: un pie en el plano del derecho consuetudinario, y el otro en el plano de la *lex scripta*, y ocurre que a la época de su sanción la única ley escrita en que hacer pie era el Derecho de Guerra.

Esa es la razón de que tanto en el escrito de la acusación como en la sentencia se resumen todos los crímenes de lesa humanidad en los crímenes de guerra. Y, si bien los jueces constatan que muchos de esos crímenes se habían cometido antes

cho internacional convencional. Al respecto: AMBOS, KAI, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Ciedla, 1997, p. 305.

¹¹ DONNEDIEU DE VABRES, que actuó como juez en representación de Francia en el Tribunal Militar Internacional, afirma sin embargo que los crímenes contra la humanidad forman un género donde los crímenes de guerra no son mas que una especie; LOPEZ GOLDARACENA, OSCAR A, *Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad*, Asociación Americana de Juristas, Rama Uruguaya, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986.

¹² Así, sostiene RAINER HUHLÉ que “El ejemplo más apropiado para demostrar lo absurdo a que se llegó en inflar la idea de los crímenes de guerra, era la sentencia contra Julius Streicher, quien fue condenado a la pena de muerte. Ese Streicher, un pequeño profesor de un colegio de Nüremberg, se hizo grande con la subida de los nazis, convirtiéndose en uno de los propagandistas más asquerosos del régimen, con un antisemitismo vociferante que hasta causó disgusto a algunos nazis. No participó, sin embargo, en la guerra, ya que probablemente era indispensable en su ardua labor de propaganda antisemita. No se sabe si él mismo mató a una sola persona, mucho menos en un contexto de guerra.

de la guerra, para la condena los tomaron en cuenta solamente en la medida en que se pudo establecer un nexo con la preparación o ejecución de la guerra.¹²

La evolución posterior del concepto marca la ruptura del cordón umbilical entre Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, proceso que comenzó inmediatamente y en la propia Alemania. En efecto, la ley 10, dictada por el Consejo de Control aliado para Alemania para enjuiciar a los acusados suprimió el nexo con la Guerra, en tanto no incluye la expresión “antes o durante la guerra.”¹³

En el mismo sentido, El Tribunal para la Ex-Yugoslavia estableció que “es actualmente aceptado como regla de derecho internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren conexión alguna con un conflicto armado de carácter internacional,” aunque su Estatuto establece expresamente dicho requisito. Y la Sala de Apelaciones corroboró las conclusiones de la Sala de Primera Instancia por considerar que, al exigirse la prueba de la existencia de un conflicto armado, en los Estatutos se restringe el alcance del concepto consuetudinario de crimen de lesa humanidad.¹⁴

Finalmente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, no exige que los actos sean cometidos durante un conflicto armado sino “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas.”¹⁵

b.1) Humanidad como Víctima: El Tribunal Internacional para ex Yugoslavia, en su decisión sobre el caso *Erdemovic*, define: “Los crímenes de lesa humanidad son... actos inhumanos que, por su generalización y su gravedad exceden los límites tolerables de la comunidad internacional que debe necesariamente exigir

Su crimen era la permanente incitación al exterminio de los judíos, antes y durante la guerra, pero sin una relación inmediata con las acciones de la guerra. La sentencia tuvo que basarse, en este caso ejemplar, en el crimen contra la humanidad. Se hizo así, pero no sin agregar, en la última frase, que Streicher también participó, con su propaganda, en la preparación de la guerra;” HUHLE, RAINER, *De Nüremberg a La Haya, Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas*, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg. Ver: www.derechos.org/koaga/vl. Asimismo: www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/nuremberg/nuremb2.htm.

¹³ GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *La contribución de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario -los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio-, la responsabilidad penal individual*. Ver www.icrc.org/ihrcspa.

¹⁴ *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-A, *Judgement*, 15-VII-1999.

¹⁵ ROBERGE, MARIE-CLAUDE, *Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio*. Ver www.icrc.org/ihrcspa.

¹⁶ Decisión del 29-XI-66, Doc. IT-96-22-T de las Naciones Unidas.

¹⁷ GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *op. cit.*: *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, *Judgement*, 7-V-97; *The Prosecutor v. Goran Jelusic*, Case N° IT-95-10-T, *Judgement*, 14-XII-99; *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et. al.*, Case N° IT-95-16-T, *Judgement*, 14-I-2000; y *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-T, *Judgement*, 3-III-2000, *The Prosecutor v. Goran Jelusic*, Case N° IT-95-10-T, *Judgement*, 14-XII-99.

¹⁸ ZUPPI, ALBERTO, *op. cit.*, p. 133. Siete organizaciones que formaban parte del Gobierno nazi fueron también acusadas. Debemos recordar que ya en los Juicios de Nüremberg fueron juzgadas organizaciones: las SS (*Schutzstaffel*), la Gestapo o Policía Secreta (*Geheime Staatspolizei*), las SA

su castigo... (y) trascienden igualmente al individuo pues cuando se ataca a éste, se ataca y se niega a la humanidad. Así pues, lo que caracteriza esencialmente a los crímenes de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima.”¹⁶

En éste sentido, HANNAH ARENDT acotó, en relación al proceso de Nuremberg, que “el delincuente es llevado a la corte penal, no porque ha dañado a determinadas personas, tal como en el caso de la justicia civil, sino porque su delito pone en peligro la comunidad como entidad entera.”

Y en oportunidad de juzgarse el Caso *Eichmann*, el entonces Presidente del Consejo Mundial de Judíos, NAHUM GOLDMANN, pidió al gobierno de Israel instalar una corte internacional compuesta por jueces de varios países. En el mismo sentido se pronunció el filósofo KARL JASPERS: “el crimen cometido contra los judíos es a la vez un crimen contra la humanidad. La sentencia en este caso solo la puede dictar una instancia que represente a la humanidad entera.”

Sin embargo, debe estarse a la terminología española, más precisa que la inglesa, en tanto se trata de crímenes *que afectan* a todos, mas que de crímenes *contra* todos (*de lesa humanidad*, en lugar de *against humanity*.)

b.2) Ataque contra una Población Civil: aunque entre las víctimas haya militares: lo decisivo es el carácter colectivo del crimen, más que la condición de la víctima. Tampoco es indispensable que el sujeto activo del ataque tenga condición militar. Un individuo que actúe a título privado también podría ser encontrado culpable si su acto se dirige contra la población civil, si tiene la intención de cometerlo y si sabe que tal acto forma parte del contexto más amplio del ataque sistemático o generalizado.

Por último, tampoco es necesario para que se configure el crimen que sea un Estado quien lo organice o planifique. En efecto, el crimen puede ser también cometido por una *organización*, aunque con la tolerancia o apoyo de un Estado.¹⁷ El cuerpo de *Elementos de los Crímenes*, complementario del Estatuto de la Corte Penal Internacional, especifica que por *ataque* se entiende una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos que constituyen este crimen a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos. Por ello, los crímenes puedan ser cometidos no sólo por o bajo la dirección de oficiales del Estado involucrado, sino también por *organizaciones*, lo que buscó incluir a los grupos terroristas o a los grupos armados insurrectos

(*Sturmabteilung*), las SD o Servicio de Seguridad (*Sicherheitsdienst*) y el alto mando de las Fuerzas Armadas alemanas. Ver: http://members.fortunecity.es/jesarb/juicios_de_nuremberg.htm

¹⁹ RELVA, HUGO ADRIÁN, *La jurisdicción estatal y los crímenes de derecho internacional*, en Revista *Relaciones Internacionales*, n° 20, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2001. Puede consultarse en www.iccnw.org/espanol/articulos.htm y en www.fimvenezuela.org/articulo.asp.

²⁰ Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló en el caso *Blaskic* que en la práctica estos dos criterios suelen resultar difíciles de separar porque un ataque generalizado que se dirige contra un importante número de víctimas posiblemente se vincule con alguna forma de planificación u organización, GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, *op. cit. id.*

²¹ LOPEZ GOLDARACENA, OSCAR A, *Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad*, Asocia-

o separatistas.¹⁸

b.3) Carácter Generalizado o Sistemático: La Comisión de Derecho Internacional ha explicado que el término “sistemático” se refiere a que los crímenes deben llevarse a cabo de acuerdo a un cierto plan preconcebido, que no necesita que se formalice o se declare expresamente pero ha de poder inferirse del contexto en el que se desarrollan los hechos.

El término “generalizado” se refiere a actos dirigidos contra una multiplicidad de personas, excluyendo aquellos actos que, aunque inhumanos, sean aislados o estén dirigidos contra una sola víctima. El homicidio de unas pocas personas o de una sola, encuadran en el concepto si son parte de un ataque generalizado; por el contrario, una multiplicidad de homicidios cometidos por un asesino serial, no encaja en el concepto.¹⁹

Los caracteres de generalizado y sistemático no son acumulativos: basta que se verifique uno u otro para tener por configurado el crimen.²⁰

c) Notas Características:

c.1) *Inderogabilidad*: La inderogabilidad deviene de la propia naturaleza del *jus gentium*, ajeno a la autonomía de voluntad de los estados, en oposición al *jus dispositivum*. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prescribe la nulidad de todo tratado que se oponga a lo dispuesto por una norma de *ius cogens* (arts. 53 y 64): una norma tal se encontraría viciada de nulidad en razón de la ilicitud de su objeto.²¹ Asimismo, el art. 43 establece que la nulidad, terminación o denuncia de un 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.

Asimismo, los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Bélico 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

ción Americana de Juristas, Rama Uruguaya, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986.

²² MATTAROLLO, RODOLFO, *La Jurisprudencia Argentina Reciente y los Crímenes de Lesa Humanidad*, en: <http://www.abogarte.com.ar/mattarollo2.htm>

²³ *Las Hojas v. El Salvador*, Caso 10.287, Informe N° 26/92, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14 at 88 (1993). Informe 26/92, Caso 10.287, El Salvador, 24 de septiembre de 1992; Informe nro 136/99; Caso 10.488: *Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Informe n Joaquín López Y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos*, El Salvador, 22 de diciembre de 1999; *Garay Hermosilla et al. v. Chile*, Caso 10.843, Informe No. 36/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 156 (1997); *Meneses Reyes et al. v. Chile*, Casos 11.228, 11.229, 11.231 and 11.182 Informe No. 34/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 196 (1997). Informe N° 34/96 CASOS 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282; Informe N° 133/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza*, Chile, 19 de noviembre de 1999; Informe 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina.)

²⁴ La cuestión no es superflua. En la Argentina la interpretación de la ley de Obediencia Debida

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 art. 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.²²

En éste sentido, la Corte Suprema afirmó en el caso *Priebke* que:

“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 carácter jus cogens de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actividad individual de los estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga este tipo de ilegalidades. La función del jus cogens es así proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto...” (consid. 70.)

c.2) Inadmissibilidad: En el plano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la doctrina sentada es contundente en el sentido de negar la admisibilidad de amnistías concedidas contra graves violaciones a los Derechos Humanos. En éste sentido, la CIDH ha declarado la incompatibilidad con la Convención Interamericana de las leyes de amnistía dictadas en El Salvador, Chile y Argentina.²³

Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró carente de efectos jurídicos la amnistía dictada en Perú en el Caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, sentencia del 14 de Marzo de 2001.

Sistematizando algunos de los principios mas importantes (Sistema Interamericano):

1) Amnistía: Ni la Comisión ni la Corte han suministrado una definición puntual de *Amnistía*. Sin embargo, ésta última delineó el concepto *en función* dio lugar a dos posiciones encontradas —con conclusiones diversas—, sobre si se trataba de una ley de amnistía o de una causal de exclusión de la pena. Y ya con anterioridad al caso *Barrios Altos* la CIDH había caracterizado a la ley mentada con un criterio similar al establecido por la Corte. En el Informe 28/92 estableció que “32. El efecto de la sanción de las Leyes y el Decreto fue el de extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de derechos humanos. Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes. Los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos.”

²² *Caso Paniagua Morales y otros*, párr. 173, y *Loayza Tamayo*, Sentencia de Reparaciones, párr. 168 y 170.

²³ Si bien la idea de la responsabilidad penal individual solo cobra vuelo a partir de los procesos de Nüremberg y Tokio, su evolución reconoce lejanos antecedentes históricos.

En efecto, ya en el Estatuto para el Gobierno del Ejército publicado en 1386 por el Rey Ricardo

de los efectos de determinadas leyes. Así, en el Caso *Barrios Altos* (cons. 43) la Corte determinó que son violatorias de la Convención las leyes que tengan por efecto la sustracción de la persona de la protección judicial y el ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (arts. 8 y 25.)²⁴

2) Impunidad: La Corte ha definido la impunidad como “*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana,*” y ha señalado que *...el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.*²⁵

3) Derechos Conculcados: El dictado y aplicación de leyes de amnistía implica la violación de la obligación genérica de los estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1), y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2), como asimismo del derecho a las garantías judiciales (art. 8), y a la tutela judicial efectiva (art. 25). La CIDH consideró también comprendido el derecho a la verdad en el Informe 1/99 *Parada Cea (El Salvador)*, conclusión compartida parcialmente por la Corte, que en el Caso *Barrios Altos* sostuvo:

48: *...el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los arts. 8 y 25 de la Convención.*

4) Inadmisibilidad: La definición mas clara surge de *Barrios Altos*:

41. *Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las*

II de Inglaterra, se prohibían los actos de violencia contra las mujeres y los sacerdotes desarmados, el incendio de casas y la profanación de iglesias. Y en los códigos promulgados por Ferdinando de Hungría en 1526, por el Emperador Maximiliano II en 1570, y por el rey Gustavo II Adolfo de Suecia en 1621, se estipulaban disposiciones de esta misma naturaleza.

El primer caso de condena internacional por crímenes de guerra fue el de Peter Von Hagenbach en el año de 1474, por atrocidades cometidas en la ciudad de Breisach, en el Alto Rin. Se conformó una corte *ad hoc* conformada por 28 jueces de una coalición aliada de estados y ciudades (Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin), y von Hagenbach fue condenado a muerte por haber “pisoteado las leyes de Dios y del hombre.”

Varios siglos despues, durante la Guerra Civil estadounidense (1861-1865), el Presidente Abraham Lincoln promulgó el Código Lieber —Instrucciones para el Mando de los Ejércitos de los Estados Unidos en el Terreno, Órdenes Generales N° 100, del 24 de abril de 1863—, quizás el primer intento de codificar las leyes de la guerra, que tuvo una gran influencia en los reglamentos militares de otros ejércitos.

ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5) Las leyes de amnistía no son leyes: Esta definición surge de los considerandos 7 y 23 del voto concurrente del Juez A.Cancado Trincade en *Barrios Altos*:

7. la Corte observó, en su Opinión Consultiva de 1986 que la palabra “leyes” en los términos del art. 30 de la Convención Americana significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, elaborada según el procedimiento constitucionalmente establecido, por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos. ¿Quién se atrevería a insinuar que una “ley” de autoamnistía satisface a todos esos requisitos? No veo como negar que “leyes” de ese tipo carecen de carácter general, por cuanto son medidas de excepción. Y ciertamente en nada contribuyen al bien común, sino todo lo contrario: configúranse como meros subterfugios para encubrir violaciones graves de los derechos humanos, impedir el conocimiento de la verdad (por más penosa que sea ésta) y obstaculizar el propio acceso a la justicia por parte de los victimados. En suma, no satisfacen el requisito de “leyes” en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

23. Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas “leyes” de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada mas que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad.

6) Violación Permanente: Mientras dichas leyes permanezcan en vigor, confórmase una situación continuada de violación de las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos que vinculan al Estado en cuestión (considerando 7 del voto de Cancado Trincade en *Barrios Altos*.)

7) La medida mas efectiva: la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos es el enjuiciamiento y castigo a los responsables (CIDH Informes 28/92, (Argentina) párr. 41, 29/92 (Uruguay) párr. 51, No. 36/96 (Chile), párr. 78 y No. 34/96 (Chile), párr. 76. Asimismo, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev, 13 de abril de 1998). El Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares (*Caso Paniagua Morales y otros*, párr. 173.)

3.2 *Ámbito Personal:*

La nota característica de los Crímenes de Lesa Humanidad en éste ámbito es la Responsabilidad Individual.²⁶ En efecto, el paradigma vigente en materia de derechos humanos establece que sólo los Estados son los obligados a respetarlos, y sólo ellos responden por las denuncias efectuadas en el marco de los sistemas europeo e interamericano.²⁷ Sin embargo, el desarrollo del Derecho Penal Internacional ha sentado el principio de la responsabilidad individual en el caso específico de crímenes de lesa humanidad.

En efecto, se entiende por Responsabilidad Jurídica la condición de un sujeto que lo hacer pasible de una sanción. La responsabilidad es personal cuando hay coincidencia entre sujeto obligado y sujeto sancionado, y objetiva en caso contrario: cuando el responsable no puede evitar la aplicación de la sanción. Asimismo, la responsabilidad puede ser individual o colectiva, según el sujeto pasivo sea singular o plural. Combinando ambas clasificaciones, tenemos cuatro tipos de responsabilidad: 1) responsabilidad personal individual, 2) responsabilidad objetiva individual, 3) responsabilidad personal colectiva, y 4) responsabilidad objetiva colectiva.²⁸

En el siglo XX, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 estableció el derecho de las Potencias aliadas a enjuiciar y castigar a los individuos responsables de “violaciones de las leyes y costumbres de la guerra,” disponiendo que podía constituirse un tribunal internacional en caso de que un individuo fuese declarado “culpable de actos criminales contra nacionales de más de una de las Potencias aliadas y asociadas.” En éste sentido, se aprobó la creación de un “tribunal especial” compuesto por jueces designados por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón, para juzgar la responsabilidad del *Kaiser* Wilhelm II de Hohenzollern, iniciativa que fracasó por el refugio de éste en los Países Bajos.

²⁷ PEREZ SOLLA, MARÍA FERNANDA, *Algunos Casos de Responsabilidad Internacional en el Sistema Interamericano*; en *Derechos Humanos*, de AGUSTÍN GORDILLO, GUILLERMO A. GORDO, ADELINA LOIANO, GREGORIO FLAX, MARCELO LOPEZ ALFONSÍN, CARLOS E. TAMBUSI, MARCELO FERREIRA y MARÍA FERNANDA PEREZ SOLLA, Buenos Aires, FDA, 1998, 4ª ed., cap. XIV.

²⁸ VERNENGO, ROBERTO, *op. cit.*, pp. 215-17.

²⁹ *Ex Parte Quirin*, 317 US 1 (1942), cit. por ZUPPI, ALBERTO; *Jurisdicción Universal para Crímenes contra el Dcho Internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 53.

³⁰ “La Reina c/Evans y otro y el Comisionado de Policía de la Metrópolis y otros ex parte Pinochet,” *Suplemento Especial de Derecho Constitucional. Caso Pinochet*, Buenos Aires, La Ley, 11 de septiembre de 2000; La Ley, 1999-A 431; 1999-B 738 y 1999-C 653. La argumentación mas elocuente fue desarrollada por Lord Nichols en la primera de ellas: “...en otras épocas, antes de que se desarrollara el concepto de estado como entidad independiente, el soberano era indistinguible del Estado: *l’Etat c’est moi. Era natural, entonces, que en aquellas épocas un ex jefe de estado recibiera inmunidad personal especial en relación con los actos que realizara como jefe de Estado. Estos actos eran indistinguibles de los actos de Estado propiamente dichos. Desde los días de Luis XIV, los métodos de gobierno de los estados han cambiado. La conducción de los asuntos de estado suele estar en manos de ministros de gobierno, correspondiendo al jefe de estado un papel en gran medida ceremonial.*”

“...Los actos de tortura y toma de rehenes, proscriptos como están por el derecho internacional, no pueden ser atribuídos al Estado con exclusión de la responsabilidad personal. La tortura está definida en la convención...y en la legislación del reino unido... como un delito cometido por funcionarios públicos y personas que actúan en calidad de tales. Como ya se señalara, la Convención contra la toma de rehenes (1979) describió la toma de rehenes como una expresión de terrorismo internacional.”

En Derecho Internacional, casi siempre la responsabilidad es objetiva y colectiva: es el Estado como persona jurídica, cuando no toda la población de un Estado, la que sufre las sanciones internacionales por los actos de algún sujeto (funcionario, jefe de Estado). Sin embargo, en el caso de Crímenes de Lesa Humanidad se configura el supuesto de responsabilidad personal individual en el marco del Derecho Internacional.

Así, ya en el juicio de Nuremberg la defensa planteó la excepción relativa a que el derecho internacional no prevé el castigo de individuos, pero el Tribunal Militar rechazó éste argumento y dijo que la idea de que un Estado cometa un crimen es una ficción: los crímenes se cometen sólo por los individuos. La sentencia citó un caso de la Corte Suprema de los EEUU en la que el juez Stone afirmó que los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas, y sólo castigando a los hombres que violan esas disposiciones se permite poner en vigor la ley internacional.²⁹

La cuestión de la responsabilidad individual dió lugar al Principio I de Nuremberg: *Toda persona que cometa un acto que constituya un delito dentro del Derecho Internacional es responsable por él y está sujeto a sanción.*

Con posterioridad a la guerra, fue reiterado en la Convención sobre Genocidio y en las Cuatro Convenciones de Ginebra sobre derecho humanitario bélico (ratificadas por nuestro país por decreto ley 14.442 del 9 de agosto de 1956, ratificado por ley 14.467.)

El tema fue analizado en la Opinión Consultiva 14/94 del 9 de diciembre de 1994, con las siguientes conclusiones:

53. ...actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuída solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio, que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos.

56. En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes del Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste (caso “Velazquez Rodriguez,” sentencia del 29-VII-1988, serie C, nro. 4, párr. 170; casp “Godínez Cruz,” sentencia del 20-I-1989, serie C, nro. 5, párr. 179.) Si constituyere, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual.

Y en el Caso *Barrios Altos* el Juez Cancado Trincade expresó:

12: no veo sentido alguno en intentar contraponer antagónicamente la responsabilidad internacional del Estado a la responsabilidad penal individual. Los

“...Cuando Hitler ordenó la «solución final», su acto debe ser considerado como acto oficial derivado del ejercicio de sus funciones de jefe de estado. Allí nos conduce inexorablemente el razonamiento

desarrollos, en relación a una y otra, hoy se dan, a mi modo de ver, pari passu. Los Estados (y cualquier otra forma de organización políticosocial) son compuestos de individuos, gobernados y gobernantes, siendo éstos últimos los que toman decisiones en nombre del respectivo Estado.

13. La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados, —incluidas las configuradas mediante la expedición y aplicación de leyes de autoamnistía—, y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, son dos caras de la misma medalla, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia.

Obediencia Debida y Condición Oficial: La responsabilidad individual se desdobra en dos aspectos, que descartan sendos eximentes: 1. exclusión de la condición oficial, 2. exclusión de las órdenes de superiores.

1. Exclusión de la Condición Oficial como eximente de responsabilidad: Fue establecida en los siguientes instrumentos:

-Convención sobre Genocidio de 1948: “las personas que cometan genocidio o cualquiera de los demás actos enumerados en el art. III serán castigadas independientemente de que se traten de gobernantes constitucionalmente responsables, funcionarios públicos o personas privadas” (art. IV.)

-Carta de Nuremberg de 1945: “el carácter oficial de los acusados, sean jefes de estado o funcionarios responsables de Departamentos de Gobierno, no podrá ser tomado en cuenta para eximirlos de responsabilidad o como atenuante de penas” (art. 7.)

-Sentencia del Tribunal de Nuremberg: “El principio de derecho internacional que, bajo determinada circunstancia, protege a los representantes de un Estado, no puede ser aplicado a actos condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden ampararse en su condición de funcionarios públicos para quedar exentos de castigo.”

-Principio III de Nuremberg: La circunstancia de que una persona que haya cometido un acto que constituya un crimen conforme al Derecho Internacional, haya actuado como Jefe de Estado o como funcionario público, no le exime de responsabilidad.

-Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia: “la condición oficial de cualquier acusado, sea Jefe de Estado o de Gobierno, o Funcionario Gubernamental Responsable, no liberará a dicha persona de su responsabilidad penal” (art. 7.)

-Estatuto para el Tribunal Internacional para Ruanda (1994): la misma cláusula anterior.

-Estatuto de Roma para el Tribunal Penal Internacional: “la condición oficial de Jefe de Estado o de Gobierno en ningún caso exime de responsabilidad penal bajo los términos de este estatuto.”

En el campo del derecho judicial, la exclusión de la inmunidad del jefe de estado tiene su máxima expresión en las sentencias dictadas por la Cámara de los Lores en los casos sobre Pinochet.³⁰

2. *Exclusión de Órdenes de Superiores como Eximente de Responsabilidad*³¹

-El Principio II de Nüremberg establece que “el hecho de que la legislación interna no imponga una pena por un acto que constituye una violación al derecho internacional no exime a la persona que hubiera cometido el acto de la responsabilidad ante el derecho internacional,” y el Principio IV que “el hecho de que una persona haya actuado bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no

del Tribunal de División. El letrado patrocinante del Gral Pinochet afirmó que esta conclusión es el resultado inevitable de los términos en que está redactada la ley.”

“Si un jefe de estado mata a su jardinero en un acceso de ira, de ningún modo podría ser descripto como un acto realizado en el ejercicio de sus funciones de jefe de estado. Si un jefe de estado ordena que las víctimas sean torturadas en su presencia con el solo objeto de disfrutar el espectáculo de los lastimeros espasmos de las víctimas agonizantes (lo que Montaigne describió como el punto mas extremo al que la crueldad puede llegar), esto no podría describirse como actos cometidos en el ejercicio de las funciones del Jefe de Estado.

“...*La fragilidad esencial del reclamo de inmunidad queda subrayada por la insistencia de la representación del general Pinochet de que no se le imputa haber cometido «personalmente» ninguno de los delitos. Pareciera que se concede que, si hubiera torturado a las víctimas personalmente, la situación sería diferente. Esta distinción se burla de un principio elemental del derecho, compartido por todos los sistemas legales civilizados, de que no cabe establecer una distinción entre el hombre que golpea y el hombre que ordena a un tercero que golpee. No es concebible que al sancionar la ley de 1978 el Parlamento haya buscado mantener la inmunidad legal de un ex jefe de Estado basándose en un principio diferente.*”

³¹ Al respecto, ver: Dictamen del Procurador General de la Nación en contra de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, Causa S.C.S.1767, L. XXXVIII. *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* Causa n° S.C.S. 17768. Asimismo, DUFOUR GENEVIEVE, *¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores?*; GARRAWAY, CHARLES, *Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada*; y VERGAEGEN, JACQUES, *La negativa a obedecer órdenes manifiestamente criminales: a favor de un procedimiento accesible para los subordinados*: www.icrc.org/icrcspa

³² Toda la jurisprudencia del Tribunal puede ser consultada en el sitio <http://www.un.org/icty/tadic>. Asimismo: MERON, T., *War crimes in Yugoslavia and the development of international law*, *AJIL*, 1994, p. 70.

³³ GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *op. cit. id.*

³⁴ *The Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, caso N° IT-96-22-T, Sentencing Judgement, 29-XI-1996.

³⁵ *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et. al.*, Caso N° IT-96-21, Judgement, 16-XI-1998.

³⁶ *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-T, Judgement, 3-III-2000.

³⁷ *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1T, Judgement, 10-XII-1998.

³⁸ *The Procureur v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-IX-1998.

³⁹ Sitio en Internet: www.un.org/ictcr

⁴⁰ DUBOIS, OLIVIER, *Las Jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional*, en www.icrc.org/icrcspa.nsf

⁴¹ Sitio en Internet de la Corte Penal Internacional: <http://www.un.org/icc>

⁴² Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba, 12-VII-2000: <http://www.un.org/law/icc/statuterules/rulefra.htm>, y http://www.iccnw.org/espanol/org_interg/onu/prep_com/reg_proc_prue.pdf. Asimismo, Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes: http://www.iccnw.org/espanol/org_interg/onu/prep_com/elem_crim.pdf

⁴³ Amnesty Internacional: *Catorce Principios Fundamentales sobre el Ejercicio Eficaz de la Ju-*

le exime de su responsabilidad ante el derecho internacional, siempre que en los hechos hubiese sido posible una elección moral.”

-Las Cartas de los Tribunales de Nuremberg y Tokio y los Estatutos de los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda no admiten tal eximente.

-El art. 33.2 del Estatuto de Roma estipula que “las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas,” por lo que las órdenes de superiores no pueden servir de circunstancia eximente en el caso de estos delitos.

-El principio 19 de los “Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias” dispone que “no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.”

-El art. 6.1 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas estipula: “Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecer.”

-El art. 2.3 de la Convención contra la Tortura establece: “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.”

*La Responsabilidad Individual en el Tribunal para la Ex Yugoslavia:*³²

El Tribunal para la Ex Yugoslavia sentó las siguientes reglas.³³

-*Los criminales no pueden transmitir inmunidad a sus agentes amenazándolos con la muerte si se rehusaran a ejecutar sus órdenes, y la defensa de la obediencia debida sólo es invocable si la violación se cometiese para evitar un daño físico serio e irreparable inmediato, si no hubiese modo de eludir la orden, si el remedio no fuese desproporcionado al mal que se cometía; y si no hubiese sido posible efectuar una elección moral, debiéndose tener en cuenta —a más— las circunstancias en que el superior impartió las órdenes.*³⁴

-*Responsabilidad del comandante: por acto positivo -órdenes- y por omisión culpable —no controlar, prevenir o castigar—, estableciendo los siguientes elementos para que se configure ésta última: a) la existencia de una relación superior-subordinado; b) que el superior sepa o que haya tenido razón de saber que el acto criminal se había cometido o que se iba a cometer; y c) que el superior no haya*

jurisdicción Internacional:

3. *Ausencia de inmunidad por delitos cometidos en el pasado.* Los cuerpos legislativos nacionales deben garantizar que sus tribunales tienen competencia respecto de los delitos graves comprendidos en el derecho internacional independientemente de cuándo se hayan cometido.

4. *Imprescriptibilidad.* Los cuerpos legislativos nacionales garantizarán que no se impone ningún plazo a la obligación de procesar a una persona responsable de delitos graves comprendidos en el

*tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar a quien lo había perpetrado.*³⁵

*-no sólo un militar sino también un civil, por cuanto la posición de comandante o superior no está referida exclusivamente a una posición de jure sino a todo aquel que tenga un control efectivo sobre quienes son acusados de haber cometido las violaciones.*³⁶

*-no sólo sobre quien haya cometido los crímenes sino también sobre quien —sin haber participado en la ejecución— los planeó o ayudó a planearlos, prepararlos o ejecutarlos. La orden de llevar a cabo el crimen no necesariamente ha de ser una orden escrita sino que puede ser, aún, implícita*³⁷

*-la ayuda no ha de traducirse necesariamente en un hecho físico sino que basta para configurarla el mero soporte moral a quien comete el crimen, o alentarlos para que lo realice, siempre que tal soporte o aliento produzca un efecto sustancial sobre quien está llevando a cabo el acto.*³⁸

*La Responsabilidad Individual en el Tribunal para Ruanda:*³⁹

Los autores de crímenes están clasificados en cuatro categorías:⁴⁰ 1. organizadores, planificadores, autoridades en general, asesinos que se hayan distinguido por su saña, y autores de torturas sexuales, 2. autores o cómplices de homicidios voluntarios o de atentados seguidos de muerte, 3. otros atentados contra las personas, 4. infracciones contra los bienes y la propiedad.

En virtud del art. 9 de la ley orgánica, el fiscal general ante la Corte Suprema publicó una primera lista de 1.946 personas provisionalmente pertenecientes a la primera categoría.

La clave del procedimiento es la confesión: a cambio de una confesión completa el reo de las categorías segunda, tercera y cuarta puede beneficiarse de una importante reducción de pena, y el reo de la primera categoría también puede ser clasificado en la segunda, si no se ha publicado su nombre en la lista referida.

*La Responsabilidad Individual en el Estatuto de la CPI:*⁴¹

Mientras los Estatutos de los Tribunales Ad Hoc regulan la responsabilidad individual en un sólo artículo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional lo hace extensamente en la Parte III, titulada “De los principios generales de derecho penal”: art. 25 Responsabilidad penal individual, art. 26 Exclusión de los derecho internacional.

⁴⁴ ABREGÚ, MARTÍN y DULITSKY, ARIEL, *Las leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno*, Lecciones y Ensayos, n° 60/61, 1994, p. 126.

⁴⁵ ABREGÚ, MARTÍN y DULITSKY, ARIEL, *op. cit.*, p. 130. Afirman éstos autores que “existe en el ámbito del Derecho Internacional una regla por la que la prohibición de normas *ex post facto* no le es aplicable a este Derecho, como consecuencia de su cualidades específicas. Esa costumbre internacional ha sido recogida por algunos tratados internacionales, lo que obviamente no le quita calidad de disposición consuetudinaria, debido a que el Derecho Internacional admite la pluralidad de fuentes

menores de 18 años de la competencia de la Corte, art. 27 Improcedencia del cargo oficial, art. 28 Responsabilidad de los jefes y otros superiores, art. 30 Elemento de intencionalidad, art. 31 Circunstancias eximentes de responsabilidad penal, art. 32 Error de hecho o error de derecho, art. 33 Órdenes superiores y disposiciones legales.

Este cuerpo legal es complementado por otros dos extensos instrumentos —“Elementos de los Crímenes” y “Reglas de Procedimiento y Prueba”—,⁴² lo que constituye en general una regulación farragosa y quizás demasiado exhaustiva, al punto que puede afirmarse que avanza sobre materias que debieron ser objeto de la jurisprudencia posterior del Tribunal. La motivación de ésta puntillosa casuística puede encontrarse en la desconfianza de los EEUU frente a la institución a crearse, a más de la tradición propia de los sistemas jurídicos del Common Law frente a los sistemas orgánicos de los países de derecho continental o Civil Law.

De las normas citadas del Estatuto pueden derivarse las siguientes reglas jurídicas:

-Será responsable por crímenes de competencia de la Corte quien, actuando con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen (art. 30), cometa, ordene, proponga o induzca, sea cómplice o encubridor o incurra en tentativa, o contribuya de algún modo en la comisión o en la tentativa, o en actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume (art. 26), o por actos de personas bajo su mando o autoridad y control efectivo (aunque no sea militar), siempre que hubiese sabido o hubiese debido saber que estaban cometiendo crímenes, y no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenirlos (art. 28), incluyéndose expresamente la responsabilidad del Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno (art. 27), y actuando como eximentes de responsabilidad la enfermedad, deficiencia mental o intoxicación que impidan apreciar la ilicitud de la conducta, o como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona (art. 31), y el error de hecho o de derecho, si hacen desaparecer el elemento de intencionalidad (art. 32).

En cuanto a la cuestión de las Órdenes Superiores, el Estatuto contiene una curiosa disposición:

Art. 33:

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

de crímenes de lesa humanidad, en virtud de la remisión al Derecho de Gentes operada por el art. 118. Así, ABREGÚ y DULITZKY sostienen que “el art. 118 establece una remisión expresa al Derecho Internacional en materia de delitos o crímenes contra el Derecho de Gentes. Por ende, en estos supuestos, el Derecho Penal Internacional ingresa a nuestro Derecho Interno con todas las cualidades y consecuencias (restricción del principio de legalidad, imprescriptibilidad de crímenes contra la

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) No supiera que la orden era ilícita; y
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente art., se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Como la competencia de la Corte se extiende a Genocidio, Crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (art. 5), la combinación de los incisos 1.c) y 2 restringe la aplicabilidad de ésta eximente a los crímenes de guerra, en el marco de un conflicto armado (el crimen de agresión aún no está regulado.) Así, en el caso de Crimen de Guerra, quien actuare en cumplimiento de una orden no será eximido de responsabilidad, salvo que estuviere obligado por ley a obedecer órdenes, con lo que la regla queda vaciada de sentido: basta el dictado de una ley para sortear la norma.

3.3 *Ámbito Temporal:*

La aplicación de la ley penal en el tiempo pone en juego dos cuestiones: a) irretroactividad de la ley penal, y b) imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad.⁴³

a) Irretroactividad de la Ley Penal:

El principio *nulla poena sine lege* ha sido invocado reiteradamente como obstáculo para el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, la prohibición de reglas *ex post facto* no es aplicable en el ámbito del Derecho Internacional, y específicamente en el caso de éstos delitos.

Como sostienen ABREGÚ y DULITZKY “es ridículo exigirle al Derecho Penal Internacional que se maneje con un principio de legalidad idéntico al de los derechos locales. KELSEN resalta la diferencia con suma claridad: «el Derecho Internacional General no prohíbe —como lo hacen algunas legislaciones locales— la promulgación de normas con fuerza retroactiva» (KELSEN, 1965).”⁴⁴

para una misma norma;” *op. cit. id.*

⁴⁶ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder (adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29-XI-1985):

B-Víctimas del abuso del poder:

18. Se entenderá por “víctimas” las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones *que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional*, pero violen normas internacionalmente relativas a los derechos humanos.

⁴⁷ La República Argentina formuló la siguiente Reserva: “El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeto al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.” Sin embargo, la Argentina no formuló reserva alguna al art. 11 de la DUDH, lo que es entendible: la Declaración Universal no es susceptible de reservas.

Asimismo, existe doctrina y jurisprudencia que ha sentado la inaplicabilidad del art. 18 en caso

En éste sentido, debe tenerse por configurado el *principio de no aplicación del principio de legalidad*⁴⁵ en el caso de crímenes de lesa humanidad. O, mejor aún, corresponde reconocer el *Principio de Legalidad Internacional*, que se expresa en la fórmula *nullum crimen sine iure*: las incriminaciones deben tener base normativa, aunque las penas no estén formuladas de manera explícita.

Lo expuesto no implica escándalo jurídico alguno, ni violación de ninguna tradición jurídica: el sistema jurídico internacional se encuentra edificado sobre el mentado principio, establecido por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional e Internacional.” (art. 11 ap. II.) Dicho de otro modo: la irretroactividad de la ley penal es una premisa política del Estado Liberal, que es dejada de lado en caso de crímenes de lesa humanidad.

En efecto, el principio de irretroactividad de la ley penal debe ser entendido a la luz de las normas internacionales:⁴⁶

El art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos —titulado Principio de Legalidad y de *Retroactividad*— dice: “Nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas *según el derecho aplicable...*” ¿Qué significan éstas últimas palabras? La reproducción de los arts. equivalentes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Europea arroja luz sobre el asunto.

El art. 15 del primer documento dice: “Nadie será condenado por actos u omisiones que *en el momento de cometerse* no fueren delictivos *según el derecho nacional e internacional:*”⁴⁷ es decir, no basta que la acción no sea delictiva en

humanidad, etc.);” *op. cit.*, p. 144. Afirman asimismo que “Al derecho de gentes, receptado por nuestro ordenamiento interno, por la previsión normativa del art. 118, debemos aplicarlo en todos aquellos casos en los que nos encontramos frente a crímenes internacionales, de manera de no suponer que la remisión al Derecho de gentes que hace la Constitución ha sido «inútilmente usada o agregada y (debe) rechazarse como superflua o sin sentido», *Fallos*, 92: 334,” *op. cit.*, p. 154.

En el mismo sentido, la Sala II de la Cámara Federal sostuvo: “el art. 18 de la Constitución Nacional no resulta aplicable en el ámbito del derecho penal internacional. Y ésta afirmación surge de la preeminencia del Derecho de Gentes establecido por el art. 118 de la Constitución Nacional” (Causa n° 19.580 “Incidente de apelación en autos Scagliusi, Claudio Gustavo por privación ilegal de la libertad personal.” Jdo. Fed. N° 11, Sec. N° 21, Registro n° 20.725.)

Finalmente, cabe tener en cuenta que el Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U., sostuvo con fecha 3 de noviembre de 2000, en relación al caso argentino, que las violaciones graves de los derechos civiles y políticos perpetradas durante el gobierno militar “... *deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores;*” observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, de 3 de noviembre 2000, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/70/ARG, párr. 9.

⁴⁸ VASAK, KAREL, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Barcelona, Serbal/Unesco, 1984, vol. I, p. 228. Sin embargo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional no recoge el mencionado principio: el art. 24.1 dispone que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.”

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°133/99, Caso 11.725, Carmelo

el derecho nacional, tampoco tiene que serlo según el derecho internacional. Y en el inc. 2 agrega: “Nada de lo dispuesto en este artículo *se opondrá al juicio ni a la condena* de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

Por su parte, el art. 7 de la Convención Europea dice: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, *en el momento en que haya sido cometida*, no constituya una infracción según el derecho *nacional o internacional...*” Y en el inc. 2 añade: “El presente art. no impedirá el juicio o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, *en el momento de su comisión*, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

El significado de la locución “según el derecho aplicable” (Convención Americana) es entonces *según el derecho nacional o internacional*. Lo expuesto es indubitable porque el propio Presidente de la Comisión Redactora del Pacto de San José de Costa Rica lo dejó sentado a la época de sanción del instrumento: dijo que no era necesario reproducir el texto de los documentos citados porque la expresión “el derecho aplicable” lo comprende todo: derecho nacional e internacional.

La prohibición de toda legislación retroactiva debe entonces enmarcarse “en el entendimiento de que los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad de naciones, son suficientes para que un acto u omisión sean reco-

Soria Espinoza (Chile), 19-XI-99, párr. 76.

⁵⁰ Ver *supra*, 3.1.b

⁵¹ ZUPPI, ALBERTO, *op. cit.*, p. 52.

⁵² ZUPPI, ALBERTO: *La Prohibición “Ex Post Facto” y los Crímenes contra la Humanidad*, ED 131-765, p. 767.

⁵³ MATTAROLLO, RODOLFO, *La Jurisprudencia Argentina Reciente y los Crímenes de Lesa Humanidad*, en: <http://www.abogarte.com.ar/mattarollo2.htm>

⁵⁴ -LORD LLOYD: “Se alegó que la tortura y la toma de rehenes recién se convirtieron en delitos extraditables después de 1988 (tortura) y 1982 (toma de rehenes), ya que ni la sección 134 de la Ley de Justicia Penal de 1988, ni la sección 1 de la Ley sobre Toma de Rehenes tienen carácter retroactivo. Pero estoy de acuerdo con el Tribunal de División en cuanto a que este argumento es defectuoso. Involucra una mala interpretación de la sección 2 de la ley de Extradición. La sección 2 (1) se refiere a una conducta que constituiría un delito en el Reino Unido *ahora*. No se refiere a una conducta que habría constituido un delito *entonces*.”

-LORD NICHOLS: “...la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra justifica la conclusión de que, *para la época del golpe de estado de 1973*, y ciertamente a partir de entonces, el derecho internacional condenó el genocidio, la tortura, la toma de rehenes y los crímenes contra la humanidad...”

Además, en la segunda sentencia, LORD MILLET sostuvo que el derecho consuetudinario internacional es parte del *common law* inglés, y por ello la tortura ya era punible antes de la entrada en vigor de la *Criminal Justice Act, 1988*. Ver: AMBOS, KAI, *El Caso Pinochet y el Derecho Aplicable*, *Revista Penal*, n° 4, 1999, Praxis; asimismo, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Ciedla, 1997, p. 314.

⁵⁵ *The Prosecutor v. Goran Jelisc*, Case N° IT-95-10-T, Judgement, 14-XII-99.

⁵⁶ C.I.J., *Recueil* 1951, p. 23

⁵⁷ C.I.J., Bélgica c. España, *Recueil* 1970, p. 32

⁵⁸ *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et. al.*, Case N° IT-95-16-T, *Judgement*, 14-I-2000. Ver:

nocidos como delictivos.”⁴⁸

Por último, la tipicidad debe configurarse “en el momento de cometerse” los actos, límite temporal que clausura la posibilidad de cualquier amnistía ulterior. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tópico en una decisión sobre la ley de amnistía en Chile. El Estado chileno afirmó que la derogatoria del Decreto Ley de amnistía no surtiría efectos contra los responsables de las violaciones debido al principio de la irretroactividad de la ley penal contemplado en el art. 9º de la Convención Americana y 19 (3) de la Constitución de Chile. A lo cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que:

“el principio de irretroactividad de la ley que consiste en que nadie puede ser condenado retroactivamente por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable, no podría ser invocado por los amnistiados por cuanto al momento de cometerse los hechos imputados se hallaban tipificados y penados por la ley chilena vigente.”⁴⁹

La cuestión de la retroactividad en los Juicios de Nüremberg:

Como la figura *crímenes contra la humanidad* nació vinculada a la de *crímenes de guerra*,⁵⁰ el Tribunal estableció un límite temporal a su competencia, en función de ese nexo. Los crímenes cometidos con posterioridad al 1-IX-39 estaban indisolublemente conexos con la guerra de agresión nacional-socialista, mientras que los cometidos con anterioridad a esa fecha carecían de ese vínculo y quedaban fuera de su competencia.

La defensa de los inculcados planteó la excepción propia del aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, argumento que fue rechazado por el Tribunal con fundamento en que no podía existir duda alguna de que los acusados estaban actuando en violación al derecho internacional. Así, rechazó que la Cuarta Convención de La Haya de 1907 no les fuera aplicable por no ser parte en la misma, y dijo que las disposiciones de esa convención ya habían sido reconocidas por todas las naciones civilizadas en el año 1939 y eran entendidas como declaratorias de las leyes y costumbres de guerra.⁵¹

El principal argumento, entonces, para sostener que el derecho de Nuremberg no fue retroactivo es el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario, que ya estaba en vigencia con anterioridad a los hechos bajo juzgamiento.

En el caso *Altsoetter*,⁵² conocido como “Caso de la Justicia” pues los acusados habían participado en la estructura judicial del régimen, el tribunal señaló que

GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *La contribución de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario -los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio-, la responsabilidad penal individual*. En: www.icrc.org/icrcspa.

⁴⁹ *Le Procureur v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement*, 2-IX-1998.

⁵⁰ *Le Procureur v. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, *Jugement et Sentence*,

el derecho internacional:

“...no es producto de una ley (*Statute*). Su contenido no es estático. La ausencia en el mundo de un cuerpo gubernamental autorizado para erigir reglas sustantivas de derecho internacional no ha impedido el desarrollo progresivo de dicho derecho.”

“...la circunstancia que dota a los principios de la conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley, es su aceptación general como tal por las naciones civilizadas, las cuales manifiestan esta aceptación por medio de tratados internacionales, convenciones, textos doctrinarios de autoridad, las prácticas y las decisiones judiciales.”

“...sería un absurdo sugerir que la regla *ex post facto*, tal como es conocida por los estados constitucionales, podría ser aplicada a un tratado, a una costumbre, o a una decisión del *common law* de un tribunal internacional, o a la aquiescencia internacional que sigue a tal evento. Haber intentado aplicar el principio *ex post facto* a la decisión judicial de un tribunal del *common law* podría haber significado ahogar la ley en su nacimiento.”

Y en la acusación del fiscal ROBERT H. JACKSON ante el Tribunal Militar en la audiencia del 21 de noviembre de 1945, al referirse al fundamento jurídico del proceso, se afirma:⁵³

“Los acusados tenían [...] pleno conocimiento del carácter criminal de sus actos, y por eso se esforzaron por disimular sus infracciones.”

“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?”

“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.”

La cuestión de la retroactividad en los Casos sobre Pinochet:

En las dos sentencias dictadas por la Cámara de los Lores, la cuestión de la retroactividad tuvo distintas soluciones. En el primer pronunciamiento se consideró que las convenciones contra la Tortura y contra la Toma de Rehenes eran aplicables al caso, aún cuando se tratara de hechos anteriores a su ratificación por Gran Bretaña; en el segundo, que las leyes inglesas que las establecían no estaban en vigencia al momento de tener lugar los hechos. La segunda sentencia-V-1999.

⁶¹ “Simón, Julio Héctor y otros, s/ privación ilegítima de la libertad” (Causa n° S.C.S.17.768, Caso

cia estableció un límite temporal a la responsabilidad criminal: Pinochet sólo puede ser juzgado por los crímenes perpetrados después de setiembre de 1988. Se consideró que con anterioridad a esa fecha, las torturas cometidas fuera del Reino Unido no estaban tipificadas como delito ni podían ser juzgadas por los tribunales británicos, y por tanto no gozaban de la consideración de crímenes extraditables. Debe tenerse muy especialmente en cuenta que se trata de un orden jurídico impermeable al derecho internacional.

Quedan para la historia los sencillos —y contundentes— argumentos de la primera sentencia.⁵⁴

La cuestión de la retroactividad en el Tribunal Ad Hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda:

En el caso *Jelacic*,⁵⁵ acusado de Genocidio, el Tribunal para la Ex Yugoslavia fundó la aplicabilidad de la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en el derecho internacional consuetudinario y en la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de cometer tal crimen, citando las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*,⁵⁶ y en el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*⁵⁷

Asimismo, el Tribunal dejó sentado que la fórmula “Otros actos inhumanos” (art. 5 inc. 1), no implica violación del principio *nulla poena sine lege* ni de la prohibición de crear tipos penales por analogía, por cuanto la fuente positiva de éstos delitos se encuentra en diversos instrumentos internacionales complementarios.⁵⁸

Poblete): “La prescripción de los crímenes no constituye un derecho esencial de la persona y mucho menos del criminal acusado e incluso condenado; *no constituye una exigencia de la justicia misma*, consagrada generalmente en las instituciones de los países civilizados, constituye una práctica de oportunidad convertida en norma en épocas que a menudo son recientes;” Graven, “Les crimes contre l’humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?,” *Revue Penale Suisse*, t. 81, Pasc. 2, 1965, citado por FERMÉ, L., *op. cit.*, p. 42.

⁶² En éste sentido, ABREGÚ y DULITZKY sostienen que ...no podemos afirmar que en éste momento exista una norma internacional que regule tal imprescriptibilidad, que tenga como base la costumbre o una obligación contractual... La no consolidación de una costumbre y la falta de una obligación contractual no son elementos suficientes pra inferir la ausencia de una norma de Derecho Internacional que prevea tal imprescriptibilidad. Por el contrario, existen manifestaciones coincidentes que permiten sostener que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es “un principio de Derecho Internacional generalmente reconocido.” Este es el caso de los diversos tratados que prevén la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En idéntico sentido se ha manifestado en varias oportunidades la Asamblea General de las Naciones Unidas. Otros ejemplos son el trabajo que viene realizando la Comisión de Derecho Internacional en favor de tal empresa y la consideración por parte de los Estados, que han debido juzgar éste tipo de crímenes como imprescriptibles. Todos estos hechos y prácticas vienen a atestiguar en favor del reconocimiento de la imprescriptibilidad. Esta confluencia de elementos de distinta naturaleza (contractual, consuetudinaria, prácticas estaduales) demuestra que la comunidad internacional ha configurado a este tipo de delitos como de imposible prescripción,” *op. cit.*, p. 138.

⁶³ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por ley N° 24.584, Decreto de Adhesión n° 579/2003 del 8 de agosto de 2003, publicado en el Boletín Oficial con fecha 13 de agosto de 2003.

⁶⁴ Al respecto, VINUESA afirma: “Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda se pronunció en el mismo sentido en los casos *Akayesu*⁵⁹ y *Kayishema*.⁶⁰

b) Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad:

¿Cuál es el origen de la mentada imprescriptibilidad?, ¿tiene sustento normativo?, ¿las normas sobre imprescriptibilidad operan retroactivamente, o a partir de su ratificación por los Estados?, ¿implican acaso escándalo jurídico, o violación de garantías elementales?

Comenzando por el último interrogante, debemos hacer notar que no todos los países contemplan la prescripción como causa de extinción de la acción penal, y no todos la prevén para los mismos delitos, encontrándose algunos de ellos excluidos su alcance: no es una exigencia de derecho sustancial.⁶¹

La imprescriptibilidad surge históricamente como intento de evitar la impunidad de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de un vasto movimiento de opinión mundial que, a partir de la década del 60, comenzó a bregar para que no se aplicaran los plazos de prescripción común en tales supuestos. Nace entonces como norma de Derecho Consuetudinario Internacional -o bien como Principio de Derecho Internacional generalmente reconocido,⁶² que posteriormente cristaliza en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de

guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que de esta forma se diferencian de los delitos comunes. En nuestro criterio, el reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de Noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 2391 (XXIII) no hace mas que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre.” (Cfr. VINUESA, RAÚL EMILIO, “La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario,” *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de julio de 1998. Ver: <http://www.icrc.org/icrcspa>.)

Asimismo, el Tribunal que condenó a Priebeke (luego de que fuera extraditado por nuestro país), expresó en su sentencia del 10-VII-97 que: “...la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es un principio general del ordenamiento internacional... la imprescriptibilidad no proviene del convenio de 1968 aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, porque éste no es sino una ‘consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión.’ Es decir, la convención no hizo otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el derecho internacional consuetudinario.” (Cfr., “Dictamen auspiciado por la FAJP sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina,” Madrid, 7-X-98, elaborado por los catedráticos MERCEDES GARCÍA ARÁN, HERNÁN ORMAZÁBAL, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, JOSÉ RAMÓN SERRANO PIE DE CASAS, DIEGO LÓPEZ GARRIDO, p. 20): *cit. en Simón, Julio Héctor y otros, s/ privación ilegítima de la libertad* (Causa n° S.C.S.17.768, Caso *Poblete*)

⁶⁵ ABREGÚ-DULITZKY señalan que “El instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se relaciona directamente con la limitación de la prohibición de normas *ex post facto*. Esto dicho, considerando que ambos institutos están muy ligados por una razón histórica: la positivización de la imprescriptibilidad de éstos crímenes está íntimamente ligada con la punición de las atrocidades que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial. La imprescriptibilidad nació como una norma a ser aplicada *ex post facto* y la mayoría de las veces que se apeló a ella fue como norma positiva que regiría con retroactividad,” *op. cit.*, p. 137.

Asimismo, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas,

Lesía Humanidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968.⁶³ La secuencia histórica es la siguiente: en primer término, la norma consuetudinaria, en segundo término, la norma convencional. Lo expuesto es importante, porque implica que la regla se aplica con anterioridad a la ratificación de la Convención, e incluso a países que no la ratificaron.

En efecto, la Convención no legisla *ex novo*, sino que *afirma* una regla que ya estaba vigente en el Derecho de Gentes. Esto surge de su Preámbulo, en tanto reconoce “que es necesario y oportuno *afirmar* el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”: se introdujo el verbo “afirmar” en reemplazo del verbo “enunciar” que contenía el proyecto original.⁶⁴

El art. I de la Convención expresa que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad “...son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido... aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos,” y el art. IV establece la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes mencionados, y en caso de que exista, sea abolida.

En forma coincidente, el art. 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, establece que “Los crímenes de competencia de esta Corte no prescribirán,” principio reiterado en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. VII.) Asimismo,

Sr. Doudou Thiam, sostuvo que ésta convención es de “carácter simplemente declarativo [... pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido,” “Informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad,” documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398, de 11-III-86, párr. 172.

⁶⁶ Así lo entendió la Corte Suprema de Chile, al determinar que los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario son aplicables con el efecto de hacer imprescriptibles e inadmisibles los delitos contemplados en sus normas. En efecto, el Tribunal dejó sentado que “La Constitución Política de la República no fundamenta la validez de la norma internacional, sino sólo su aplicabilidad. La Constitución sólo es competente para dar al Tratado el carácter de aplicable una vez aprobado y ratificado, siendo el derecho internacional el que determina la forma en que deben ser aplicadas las normas creadas por él y ello implica que, incorporado un tratado al ordenamiento jurídico chileno, ninguna norma interna puede decidir su inaplicabilidad o pérdida de validez,” cit. por BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución en una Sentencia de Chile*, ED, t. 161, p. 305.

⁶⁷ Ver SCHIFFRIN, LEOPOLDO, *De Eichmann a Schwammerberger, de Priebeke a Videla. La Evolución de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad en el Derecho Argentino*, en Balaban Odeb y Megged Amos, *Impunidad y Derechos Humanos en América Latina, Perspectivas Teóricas*, La Plata, Al Margen, 2003, pp. 131-52.

⁶⁸ La aplicación del Derecho de Gentes está prevista ya en el art. 21 de la ley 48: “los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con las naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes que han regido anteriormente a la Nación y los principios del Derecho de gentes según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido.”

⁶⁹ La Ley, 9-IX-2004, p. 7; ver *Suplemento de Derecho Constitucional La Ley* del 13-X-2004.

los *Principios de Cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad* (Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, del 3 de diciembre de 1973), establecen que: “Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, *dondequiera y cualquiera sea la fecha en que hayan sido cometidos*, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de su culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.”

Dado su origen consuetudinario previo a la cristalización convencional-la imprescriptibilidad nació como una norma destinada a ser aplicada ex post facto, existiendo amplio consenso sobre su vocación retroactiva.⁶⁵ Debe descartarse de plano el argumento que limita la aplicación de la Convención para los casos futuros, luego de su ratificación por los Estados, por una sencilla razón de orden lógico: no puede afirmarse coherentemente que un delito es imprescriptible a partir de determinado momento. Será imprescriptible o no lo será: *tertium non datus*. Por lo demás, el derecho interno no puede recortar el contenido y alcance de normas internacionales inderogables.⁶⁶

En la jurisprudencia Argentina,⁶⁷ la regla de imprescriptibilidad se aplicó como norma de Derecho de Gentes,⁶⁸ aún antes de la ratificación por nuestro país

⁶⁵ La postura del Dr. ZAFFARONI está desarrollada *in extenso* en *Notas sobre el Fundamento de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad*, en Nueva Doctrina Penal, 2000-B, pp. 43-46.

⁶⁶ CASTRESANA, CARLOS, *Los Tribunales Penales Ad Hoc y la aplicación efectiva de la justicia universal en relación a los crímenes de lesa humanidad, cuestiones y dificultades de la aplicación del principio de justicia universal en los diferentes Estados. Relaciones Poder Judicial-Poder Ejecutivo; en alsurdelsur@wanadoo.es*

⁶⁷ Acogen el Principio de Jurisdicción Universal España, Italia, Suecia y Dinamarca; Austria se rige por el Principio de Protección, mientras que Alemania, Suiza, Finlandia, Francia, Bélgica, Portugal y Grecia lo hacen por el Principio de Personalidad Pasiva; conf. AMBOS, KAI, *op. cit.*, pp. 307-11.

⁶⁸ Conf. ABREGÚ y DULITZKY, *op. cit.*, p. 140.

⁶⁹ SAGÚÉS, NÉSTOR P., *Los delitos ‘contra el derecho de gentes’ en la Constitución Nacional*, ED, 146-936, p. 939. Asimismo, COLAUTTI, CARLOS E.; “El art. 118 de la Constitución Nacional y la Jurisdicción Extraterritorial,” *LL*, 1998-F, p. 1101, y “La Jurisdicción Extraterritorial y los Delitos contra el Derecho de Gentes,” *LL*, 1999-E, p. 996.

⁷⁰ ANELLO, SUSANA CAROLINA, *Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 58.

⁷¹ ZUPPI, A. L., *La jurisdicción extraterritorial...*, *op. cit.*, p. 93., donde se cita *The Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, 56 AJIL, 1962, 805-845. Asimismo: *El Proceso Eichmann* <http://www.derechomilitar.info/artidoc/eichmann.htm>, *Sobre la Trivialidad del Mal y el Problema de la Culpa en Hanna Arendt* <http://www.upf.es/materials/fhuma/facultat/11567/tema6.htm>.

⁷² Ver ANELLO, SUSANA CAROLINA, *op. cit.*, p. 101. Asimismo, ZUPPI, *op. cit.*, p. 97. Asimismo: *The Trial of Klaus Barbie*, en <http://members.aol.com/voyl/barbie/Barbie.htm>.

⁷³ United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, *John Demjanjuk, Petitioner-Appellant, v. Joseph Petrovsky et al*, n° 85-3435, Nov.17/93. U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit No. 85-3425 Nov 17/93, <http://www.ukar.org/sixthc00.htm>

⁷⁴ *Filartiga v. Pena Irala*, Documents by Proyect Diana <http://www.derechos.net/links/law/civil.html>.

⁷⁵ *California Western School of Law. Forti v. Suarez-Mason*, 694 F.Supp. 707 (N.D.Cal. 1988), United States District Court, N.D. California. *Alfredo Forti and Debora Benchoam, Plaintiffs, v.*

de la Convención respectiva. El primer precedente es el voto del Dr. LEOPOLDO SCHIFFRIN como miembro de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata al resolver el pedido de extradición de Franz Josef Leo Schwammerger formulado por la República Federal de Alemania (fallo del 30 de agosto de 1989, *ED*, 135-326). El principio fue reiterado en el caso *Priebke* (*Fallos* 318: 2148), y sostenido por ambas Salas de la Cámara Federal, en los pronunciamientos de fecha 9 de septiembre de 1999 *in re* “Massera s/excepciones” (Sala I, expte. 30514), 4 de mayo de 2000 *in re* “Astiz, Alfredo s/nulidad” (Sala II, expte. 16.071), y 4 de octubre de 2000 *in re* “Contreras Sepúlveda s/prescripción de la acción penal” (Sala II, expte. 18.020.)

Asimismo, el Dictamen del Procurador General de la Nación en la Causa “Simón, Julio Héctor y otros, s/ privación ilegítima de la libertad” (Causa nro S.C.S.17.768, Caso *Poblete*), dejó sentado que “la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y de la Convención Interamericana sobre Desaparición de Personas —que en su art. 7º declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad—, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, en el Caso “Arancibia Clavel,”⁶⁹ dejó sin efecto una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en cuanto había declarado extinta la acción penal por prescripción en la causa seguida por el delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de opositores políticos. La Corte sentó que la aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no lesiona el principio “*nulla poena sine lege*,” pues tales delitos usualmente son practicados por agencias estatales operando fuera del control del derecho penal, por lo que no es razonable la pretensión de legitimar el poder genocida en virtud del paso del tiempo, máxime si se considera que aun antes de que comenzara a regir dicho tratado existía una costumbre internacional respecto de su imprescriptibilidad.⁷⁰

3.4. *Ámbito Espacial:*

En la actualidad, existen tres mecanismos de justicia en caso de crímenes de lesa

Carlos Guillermo Suarez Mason; http://www.u-j.info/xp_resources/material/Cases/USA/SuarezMason/Suarez-Mason-%20Decision%20to%20Plaintiffs%20Motion.doc.

⁶⁹ United States Court of Appeals, Eleventh Circuit. nros. 92-4687, 96-4471; *United States of America, Plaintiff-Appellee v. Manuel Antonio Noriega*, Defendant-Appellant. July 7, 1997 en <http://laws.lp.findlaw.com/11th/924687man.html>.

⁷⁰ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, U.S. 9th Circuit Court of Appeals, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992) 965 F.2d 699, <http://www.derechos.org/nizkor/arg/ley/siderman.html>.

⁸³ United States Court of Appeals For the Second Circuit, nros. 1541, 1544; <http://www.touro-law.edu/2ndCircuit/october95/94-9035.html>.

humanidad: justicia nacional, justicia internacional y justicia universal. La justicia nacional es ejercida por los tribunales ordinarios en la jurisdicción interna de los Estados, la justicia internacional emana de las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional y los Tribunales Ad Hoc (Ex-Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona), y la justicia universal puede ser en principio ejercida por cualquier tribunal de cualquier país en relación a delitos cometidos en cualquier otro país, aunque en la práctica solo está al alcance de naciones poderosas y con tradiciones jurídicas importantes.⁷¹

La regla general en cuanto a la jurisdicción de los Estados en materia penal es el principio de Territorialidad. Sin embargo, existen otras reglas que permiten extenderla fuera de las fronteras, estableciendo una conexión relevante con un hecho ilícito: principios de Nacionalidad, Protección y Personalidad pasiva.⁷²

El principio de nacionalidad permite al Estado ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales dondequiera que éstos se encuentren, y se justifica en el caso de aquellos Estados que no permiten la extradición de sus nacionales, para evitar la impunidad de quienes delinquen en el extranjero y pretenden ampararse en su país de origen.

El principio de Protección permite al Estado ejercer jurisdicción extraterritorial en los casos en que se vean involucrados sus intereses fundamentales, o se afecte la seguridad del Estado o el ejercicio de las prerrogativas del poder público.

El principio de la Personalidad Pasiva faculta al Estado para perseguir los hechos perpetrados por no nacionales fuera de su territorio cuando las víctimas de tales hechos sean sus ciudadanos nacionales, y se prevé para casos específicos, como terrorismo, tráfico de drogas, hechos perpetrados en buques no nacionales en alta mar.

Jurisdicción Universal es aquella que desvincula el ejercicio de la jurisdicción de toda circunstancia fáctica, es decir, sin conexión alguna con el territorio, la nacionalidad de la víctima o victimario, o los intereses del Estado, en función de la naturaleza del delito: casos en que el agravio a la conciencia de la humanidad es tal que el castigo es un deber de todos los Estados como agentes de la comunidad internacional.

La jurisdicción universal puede surgir de la costumbre (piratería, crímenes de guerra, genocidio) o puede ser consecuencia de la firma de un Tratado (secuestro de aeronaves, terrorismo, tortura, *apartheid*), pero debe tenerse en cuenta que

⁸⁴ International Court of Justice, 16 Abril 1993; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, en www.icj.law.gla.ac.uk/idecisions/isummaries/ibhysummary19930416.

⁸⁵ *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, *Judgement*, 10-XII-1998, www.un.org/icty/Supplement/supp18-e/furundzija.htm.

sólo un pequeño número de delitos que son considerados crímenes internacionales la habilitan.⁷³

El art. 1º del Código Penal establece que la ley penal se aplicará:

1. Por delitos cometidos, o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el ejercicio de su cargo.

El Código de Procedimiento Penal en su Título III cap. I, bajo el encabezado de “jurisdicción” establece en su art. 18 que la competencia penal de los jueces y tribunales instituidos por la Constitución Nacional y la ley, se extenderá a todos los delitos que se cometan en el territorio de la Nación y a los delitos perpetrados en el extranjero, cuando sus efectos se produzcan en nuestro país o fueren cometidos por agentes o empleados argentinos en ejercicio de su cargo.

Y la propia Constitución Nacional contiene un reconocimiento de los delitos “contra el Derecho de Gentes” en su art. 118 (originariamente, art. 102), y asigna competencia al Poder Judicial de la Nación para juzgarlos, inclusive cuando sean cometidos fuera del territorio nacional.⁷⁴

En el ámbito internacional, la jurisdicción universal está establecida en los siguientes instrumentos:

1) Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio sancionada por la ONU en 1948. El art. V de esta Convención contiene el compromiso de los Estados Parte para adoptar las medidas legislativas necesarias “...*para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el art. III.*”

2) Las Convenciones de Ginebra de 1949 contienen en un artículo común una enunciaci3n de graves violaciones a las mismas que los Estados Parte se han obligado a perseguir y castigar habilitando también el principio *aut dedere aut iudicare*.

3) En 1958 se sancionó la *Convención de Alta Mar*, que persigue el transporte de esclavos y a la piratería, reconociendo su art. 19 la aplicaci3n del principio de jurisdicci3n universal, y autorizando a la captura y al juzgamiento del pirata.

4) *Convención sobre prevenci3n y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos*: establece el principio de extraditar o juzgar en su art. 7º, como también lo hace la *Convención internacional contra la toma de Rehenes* en el art. 8.1: el Estado que tiene en su poder al autor si no lo extraditara, debe sin excepci3n y con independencia del lugar donde haya sido cometido el delito, someterlo a sus autoridades para juzgarlo.

5) La Resoluci3n 3074 (XXVIII) de la Asamblea de la O.N.U. del 3 de diciem-

bre de 1973 sobre *Principios de cooperación internacional para la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad*” establece en su art. 1º:

“Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes, serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.”

6) El 10 de diciembre de 1984 se aprobó en el seno de las Naciones Unidas la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*. El art. 7º, inc. 1 establece el principio *aut dedere aut iudicare* cuando dispone que el Estado Parte en el que se encuentre la persona acusada de la comisión, complicidad o participación de cualquiera de los delitos de tortura o su tentativa “*si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.*”

7) El *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1991, establece en su art. 8º que, sin perjuicio de la competencia de una eventual Corte Penal Internacional, cada Estado parte tomará las medidas que estime necesarias para establecer su competencia sobre los crímenes, con independencia del lugar donde los delitos hayan sido cometidos.

8) *La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* establece en su art. IV:

“...Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo...”

El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia fue instituido en virtud de las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobadas los días 22 de febrero y 25 de mayo de 1993, mientras que el Tribunal Ad Hoc para Ruanda lo fue por resolución 955, del 8 de noviembre de 1994. Son, hasta la fecha, los únicos ejemplos de jurisdicción penal instituida por la comunidad internacional en su conjunto, ya que no fueron impuestas por los vencedores a los vencidos en un conflicto internacional.

En cambio, el Tribunal Especial para Sierra Leona fue creado con fecha 26 de diciembre de 2001 por medio de un acuerdo entre la ONU y el gobierno de ese país, por lo que constituye un tribunal sui generis.

En cuanto a la Corte Penal Internacional, solamente se prevé la jurisdicción universal en el caso de que fuera el Consejo de Seguridad el que active el procedimiento. En efecto, el Tribunal ejerce su competencia si el crimen se ha come-

tido en el territorio de un estado parte o si el acusado es nacional de un estado parte (art. 12), cuando la investigación haya sido iniciada por un estado parte o por el Fiscal de oficio (art. 13). Pero el art. 13 prevé también que el Consejo de Seguridad pueda remitir al Fiscal una situación en que parezca que se hayan cometido uno o varios crímenes de competencia de la Corte, caso que no está vinculado ni a la territorialidad ni a la nacionalidad del acusado.⁷⁵

Jurisprudencia:

.*Caso Eichmann* (1962): Sentencia del Tribunal de Distrito de Jerusalém del 12 de diciembre de 1961. Israel ejerció su competencia sobre hechos ocurridos en el extranjero, por extranjeros, sobre víctimas que en el momento de los hechos no tenían nacionalidad israelí y sin afectar los intereses del Estado de Israel, que no existía durante la Segunda Guerra Mundial. La Corte Suprema afirmó su jurisdicción en el carácter universal de los crímenes por los que se acusaba a Eichmann, y citó el caso “*Lotus 7*” de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1927), en el que se afirmó que no existía ninguna norma de derecho internacional que impidiera a un Estado juzgar a un extranjero por un acto cometido fuera del límite de sus fronteras. Asimismo, expresó que “...*En ausencia de una Corte Internacional el derecho internacional necesita de las autoridades legislativas y judiciales de cada país, para ejecutar sus disposiciones penales y llevar los criminales a juicio. La autoridad y jurisdicción para juzgar crímenes bajo el derecho internacional son universales.*”⁷⁶

La Corte Israelí, finalmente, sentó la aplicabilidad de la Convención contra el Genocidio:

“El art. VI refleja una obligación contractual de las Partes en la Convención, para aplicarla a partir de ese momento. Ello significa, los obliga a ellos a perseguir casos futuros de genocidio que tengan lugar dentro de sus fronteras. Pero ese compromiso no tiene nada que hacer con el poder universal que tiene cada Estado de perseguir casos de este tipo que tuvieron lugar en el pasado, poder éste que se basa en el derecho internacional consuetudinario.”

.*Fédération Nationales des Déports et Internés Résistants et Patriotes v. Barbie*⁷⁷ (1985): la Sala Penal de la Corte de Casación Francesa sostuvo que los crímenes contra la humanidad no entran dentro del derecho doméstico francés, sino dentro de un orden penal internacional en el que las nociones de fronteras y reglas de extradición son contradictorias. Tales crímenes son imprescriptibles y pueden ser objeto de un juicio en Francia, cualesquiera hayan sido la fecha y el lugar de su comisión.

.*Demjanjuk v. Petrovsky* (776 F ed 571, 1985): una Cámara de Apelaciones

norteamericana sostuvo que el principio de jurisdicción universal está fundado en que algunos crímenes son condenados universalmente y sin excepción por todos los sistemas jurídicos y son tan repudiables que sus perpetradores son enemigos de la humanidad toda, por lo que cualquier nación que aprehenda al responsable puede castigarlo conforme a sus leyes.⁷⁸

.*Filartiga v. Peña Irala* (630 F 2d 876): un tribunal norteamericano hizo aplicación de una norma del año 1791 —el Alien Tort Statute— que disponía que las Cortes de distrito tenían jurisdicción original por cualquier acción civil contra un extranjero, cometido “en violación a la ley de las naciones o a un tratado de los Estados Unidos.” Se trataba de un caso de tortura que derivó en la muerte de Joselito Filartiga a manos de Peña Irala, lo que fue considerado una violación del derecho consuetudinario internacional.⁷⁹

.*Forti v. Suarez Mason* (198, 28 U.S.C. &1350): la Corte de Distrito Norte de Carolina consideró a la tortura, a la detención arbitraria prolongada, a las ejecuciones sumarias, a la desaparición forzada de personas y a los tratos crueles, inhumanos o degradantes como violatorios de la ley de las naciones, y rechazó la aplicación de la “teoría del acto de estado,” ya que si bien la conducta de Suárez Mason fue *oficial*, los actos de un jefe de policía que tortura o manda torturar a prisioneros bajo su custodia de ningún modo ingresa dentro de los límites de la teoría del acto de estado regulada en la FSIA. (Foreign Sovereign Immunities Act.)⁸⁰

.*United States of America v. Noriega* (1990): el tribunal llegó a la conclusión de que la imputación de tráfico de drogas a Noriega de ninguna forma podía constituir un Acto de Estado. Pero éste precedente no permite sentar doctrina para fundar un caso sobre extradición: Noriega fue secuestrado y no extraditado.⁸¹

.*Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992): la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito rechazó la regla de la inmunidad del estado para comparecer ante tribunales extranjeros, con fundamento en que las reglas del *ius cogens* son obligatorias para los Estados con independencia de su consentimiento. Señaló que “La legitimidad de las acusaciones en Nüremberg no se apoyaron en el consentimiento de las potencias del Eje o de los acusados particulares, sino en la naturaleza de los actos cometidos por ellos: actos que la ley de todas las naciones civilizadas define como criminales... Los derechos humanos universales y fundamentales identificados en Nüremberg —derechos contra el genocidio, la esclavitud y otros actos inhumanos... — son los ancestros directos de las normas universales y fundamentales reconocidas como *ius cogens*. En las palabras de la Corte Internacional de Justicia, estas normas, las que incluyen ‘principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana’, son preocupaciones de todos los estados, ‘son obligaciones *erga omnes*’. (“*The Barcelona Traction, Light & Power Co. “Bélgica v. España,”* 1970, I.C.J. 3, 32.”)⁸²

. *Kadic v. Kasradzic* (70 F 3d 232, 243-244): la Corte Suprema Norteamericana sostuvo que la violación, la tortura y las ejecuciones sumarias cometidas por un individuo como parte del genocidio eran susceptibles de ser perseguidos como violaciones a la ley de las naciones bajo la Alien Tort Claims Act.⁸³

. *Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia*: la Corte Internacional de Justicia reiterando lo ya sentado en el *Caso de las Reservas a la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio*, estableció que “debe seguirse que los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*. La Corte advierte que la obligación de cada Estado de impedir y castigar el crimen de genocidio no está limitada territorialmente por la Convención.”⁸⁴

. *The Prosecutor v. Anto Furundzija*.⁸⁵ el Tribunal Ad Hoc para la Ex Yugoslavia estableció el carácter de *ius cogens* de la prohibición contra la tortura, por lo que genera obligaciones *erga omnes*, y todos los miembros de la comunidad internacional pueden reclamar su cumplimiento. La responsabilidad penal individual por la tortura no se ve afectada por ninguna norma interna, confiando jurisdicción penal universal a todos los Estados.

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la Jurisdicción Universal en el Informe n° 133/99 sobre el Caso n° 11.725 *Carmelo Soria Espinoza* (19-XI-99), sentando los siguientes principios:

Conclusión

Desde sus orígenes en Nuremberg hasta su actualidad en La Haya, el tema de los Crímenes de Lesa Humanidad ha variado sustancialmente, y su análisis genera múltiples interrogantes. El gran problema teórico es que el marco de condiciones que hace que los crímenes de lesa humanidad sean tales es voluble y mutante. En efecto, serán tales crímenes el exterminio, la tortura, la violación, la desaparición forzada, etc., siempre y cuando sean cometidos en el marco de un “ataque generalizado y sistemático contra población civil.” ¿Cual es el alcance de ésta fórmula? ¿Cuando un ataque es generalizado y sistemático y cuando debe entenderse dirigido contra población civil? En la actualidad, todas las guerras son ataques contra población civil, y también otras situaciones que no constituyen propiamente guerras. Asimismo, ¿cuántos crímenes deben cometerse para que se tenga por configurado el concepto?, ¿basta un sólo caso? Así pareció entenderlo la Cámara de los Loes Británica en el segundo caso sobre Pinochet: un sólo caso de tortura aislado es crimen de lesa humanidad. ¿Y si el crimen es cometido en un lugar distinto a aquél donde se da el ataque generalizado y sistemático? Pues la Corte Suprema Argentina juzgó un crimen cometido en la Argentina —el asesinato del General Prats—, en el marco de una persecución política originada en Chile. ¿Y si el crimen es cometido por agrupaciones terroristas?, ¿cómo distinguimos entre terroristas, insurgentes y heroicos resistentes?

En los orígenes, fue un tribunal militar de un ejército vencedor el que dió el primer paso; en la actualidad, la teoría indica que podrían hacerlo tribunales internos de cualquier país, en relación a crímenes cometidos por otro país, incluso en el pasado. Pero ¿podría en la realidad un tribunal Sudamericano juzgar crímenes cometidos antaño en Europa?

Finalmente cabe preguntarse “¿la Corte Penal Internacional será un altar de justicia universal o sólo un instrumento de las grandes potencias?

Todas éstas preguntas conducen a un interrogante más vasto: ¿se puede teorizar válidamente sobre el tema, o es que la teórica marcha detrás de la política?

La única certeza es la existencia de una conciencia y una convicción universal, que proclama que determinados crímenes deben ser perseguidos siempre y por todos, en cualquier confín de la Tierra. Este es el avance que se advierte de Nuremberg a La Haya y, al parecer, se trata de un camino sin retroceso.