

**POSIBILIDAD DE JUZGAMIENTO A CIUDADANOS
ARGENTINOS POR LA COMISIÓN DE DELITOS
DE LESA HUMANIDAD ALLENDE LAS FRONTERAS
DEL ESTADO ARGENTINO**

**(Un intento de amalgama entre el Derecho
Internacional de los Derechos Humanos
y el Derecho Constitucional Doméstico)**

Eduardo Pablo Jiménez

Universidad Nacional de Mar del Plata

«A los muertos no se les debe más que justicia
y verdad.»

Juan María GUTIÉRREZ

«Desde esta puerta que un día
la muerte ha de sacudir,
mi ser cautivo del tiempo,
con esperanza feliz,
le pide para el rescate
que Tú le vengas a abrir.»

Germán J. BIDART CAMPOS

INTRODUCCIÓN



L debate sobre la existencia de tribunales constitucionales, emergentes como custodios últimos del sistema constitucional no data de tiempos recientes, aunque ahora haya vuelto a tomar actualidad, particularmente en Latinoamérica.

Así, nos cuenta Domingo García Belaúnde¹, que tal discusión se llevó a cabo en forma primigenia, y con gran profundidad, en el ámbito de la República de Weimar.

Ésta dejó entre sus frutos el clásico ensayo publicado por Hans Kelsen, denominado «La Garantie juridictionnelle de la Constitution»², que fue contestado agudamente por Karl Schmitt en su «Il Custode de la Costituzione»³.

Esencialmente, el argumento de Schmitt radicaba en que a partir de la actuación de los tribunales constitucionales, la justicia tendería a politizarse, ello argumentado desde su idea central, que sostenía que en realidad el guardián de la Constitución debía ser el presidente del Reich.

Indica en el punto García Belaúnde, que «lo mejor es ver cuál es la situación actual de la cuestión, y ella nos indica que mientras el modelo europeo diseñado por Kelsen se extiende por doquier y se afianza en ese continente y en otros países en donde ha sido adoptado, el planteo de Schmitt, no obstante su vigor, ha sido totalmente olvidado, salvo en las canteras académicas en donde siempre quedará como un estímulo para el pensamiento»⁴.

Si bien, y como lo sostiene el prestigioso jurista peruano, no hay duda de que en el contexto del Estado de Derecho debe existir el control constitucional, y los actos del parlamento deben ser asimismo controlados, aún así, lo cierto es que una de las grandes cuestiones que hoy merece discusión en círculos políticos y doctrinarios es la de identificar cuál es el órgano que en suma debe tener a su cargo el control constitucional, en el sentido amplio, y definir un modelo que, más allá de sus orígenes, funcione realmente en la práctica constitucional y política de la región en que se inserta.

¹ Del autor citado *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* Edit. Grijley, Lima, 4, edición, año 2003, pp. 33 y ss.

² En *Revue du Droit Public et de la Science Politique* año XXXV, t. 45

³ Edit. Giuffré, Milano, 1981, el original de 1931, Los textos completos de Kelsen en *La Giustizia Costituzionale*, Giuffré, Milano, 1981.

⁴ D. GARCÍA BELAÚNDE, *op. cit.*, p. 33.

Claro es que si hemos apuntado brevemente acerca de ésta cuestión esencial y consustancial a las democracias, es porque entendemos que el arduo problema planteado, hoy se amplía, en el sentido de que se debe evaluar con atención no sólo cuál será el órgano encargado de garantizar la vigencia del sistema constitucional en el contexto del Estado soberano, sino, y en particular, identificar claramente si ante la comisión de ciertos delitos los hechos deben ser plenamente perseguidos aun cuando involucren sujetos que se encuentran allende las fronteras del territorio en que fueron cometidos.

La pregunta que nos hacemos aquí, en consecuencia, es la siguiente: ¿puede el sistema constitucional local, tan receloso de la custodia de su propia indemnidad, aceptar sin reserva que un nacional propio sea juzgado y eventualmente condenado –en un particular contexto, que es el de la imputación de violación de derechos fundamentales a partir de la comisión de delitos de lesa humanidad– por un tribunal de una nación extranjera?

Cabe dejar aquí en claro de antemano, como ya lo hemos hecho en otra ocasión⁵, que no será abordada en esta ocasión la problemática referida a la conveniencia o inconveniencia de la puesta en funcionamiento de un Tribunal de Justicia en materia penal que se ocupe de juzgar delitos de «lesa humanidad», «contra la paz», o aun «de guerra»⁶.

Nuestro análisis se ceñirá aquí a profundizar nuestra postura ya sentada respecto de evaluar si nuestro sistema constitucional admite la competencia extraterritorial invocada por otro tribunal extranjero para el caso de juzgamiento de personas –nacionales Argentinos– a quienes se impute la comisión de hechos considerados delictivos por el derecho internacional

Éste será, entonces, el objeto de nuestro trabajo, para lo que estimamos necesario, definir, en primer lugar y previamente, ciertas premisas

⁵ Recomendamos ver para cotejo, de nuestra autoría, un trabajo titulado «Consideraciones acerca del juzgamiento de delitos de lesa humanidad, allende las fronteras del Estado nacional», en *Revista Universitaria La Ley*, Año II, núm. 2/Abril de 2000, pp. 1 y ss.

⁶ No desconocemos la plena vigencia que hoy posee en las sedes internacionales la actuación de la Corte Penal Internacional, creada como una institución permanente por el Estatuto de Roma, y facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, con carácter complementario de las jurisdicciones nacionales penales (art. 1 de la norma citada). Aún así, la posición asumida por el Gobierno de los EEUU, al no hacerse parte en el sistema, nos invita a formular algunos reparos respecto de su viabilidad, ello sin perjuicio de reconocer la idoneidad y capacidad de ciertos juristas que hoy la integran. Algunos de ellos argentinos, y en particular, respecto del Dr. Eduardo Hoofft, a quien nos une, en lo personal, una relación de respeto y admiración. Aún así, reiteramos que dada su complejidad, no será hoy ésta la materia de nuestro análisis, que quedará entonces, para una futura ocasión.

básicas que apoyarán nuestra posición final, que especificaremos en el contexto del siguiente desarrollo argumental.

I. LA DOBLE VERTIENTE

El encuentro del derecho nacional y el internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional argentino

Creemos acertado destacar aquí, que la teoría de la supremacía constitucional, analizada desde la versión de análisis que la impone como «relación jerárquica»⁷, se construye a fin de asegurar a tal estructura como centro y punto superior del sistema que la propia Carta fundamental crea.

Desde este posicionamiento, juega sin lugar a dudas un rol preponderante la ubicación y prevalencia de los derechos humanos, que –sustentados por y desde tal teoría– se erigen en el punto medular para la eficacia del sistema, ya que desde el vértice del mismo, condicionan las reglas de juego, generando, desde modos de consenso viables y sostenidos por el debate plural, un adecuado ámbito de seguridad para la convivencia ciudadana en la sociedad democrática.

Conviene entonces realzar el importante problema que se instala al intentar discurrir acerca de cómo promover y funcionalizar un sistema de derechos humanos, desde cuya vigencia sociológica cobre relevancia el consenso social, determinado según Bidart Campos⁸, por un acuerdo de base o convergencia –aun desde la diversidad de líneas filosóficas– en ciertas valoraciones culturalmente compartidas, por aquello de que los seres humanos solemos comportarnos conforme aquello en que creemos.

Así, hemos sostenido antes de hoy⁹, que dentro de la estructura completa y compleja del sistema garantista que intenta proveer la Constitución Nacional, las novedades introducidas por la reforma constitucional de 1994

⁷ Lo expuesto, lo es a sabiendas de que la noción de «supremacía constitucional» puede ser concebida tanto desde la noción de «jerarquía» cuanto desde la de «soberanía estatal». El desarrollo de estas ideas puede ser consultado por el lector en el tomo I, capítulo V de nuestro *Derecho Constitucional Argentino* (Edit. EDIAR, 2000), como en un artículo publicado en *El Derecho*, del 17 de octubre de 2000, titulado «Sistema Jurídico y Derechos Humanos» (pp. 1 y ss.).

⁸ G. BIDART CAMPOS, *Constitución y Derechos Humanos, su reciprocidad simétrica*, EDIAR, 1991, p. 146.

⁹ «Sistema Jurídico y Derechos Humanos», citado en notas precedentes.

en materia de supremacía constitucional permiten ahora ratificar, normativamente, en el orden interno, la circunstancia de haber alcanzado la persona humana, *la calidad y rango de sujeto de derecho internacional*, ya que el Estado que se hace parte en un sistema internacional de derechos humanos (y más aún el que jerarquiza este sistema hasta alcanzar el nivel de su texto constitucional) conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la internacional que también asume respetar y hacer respetar¹⁰.

Enfatizamos, por tal razón, que la jerarquización constitucional de los mentados instrumentos de derechos humanos, realizada por el constituyente argentino en 1994 constituyen un paso importante, a fin de avanzar hacia la total efectivización de las pautas que ellos irradian hacia el orden interno, habiéndose sostenido en este sentido¹¹ que los estadios supranacionales se coadyuvan para su apoyo y realización.

Aunque no lo parezca...

II. EL DERECHO DE GENTES Y EL ORDEN JURÍDICO ARGENTINO

¿Primacía del derecho internacional sobre el derecho interno?

El actual artículo 118 de la norma fundamental argentina¹² instituyó normativamente en nuestra Constitución histórica, la vigencia del *jus gentium*, denominación ésta que hoy se encuentra íntimamente vinculada a la materia que trata el derecho internacional de los derechos humanos.

Queda claro con esta indicación, que aún en aquellos tiempos del constitucionalismo primigenio, que situaba a la voluntad del Estado como única generadora –desde la producción del consenso democrático– del derecho vigente, se admitió la validez jurígena del andamiaje que implica la vigencia de los principios que animan al derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁰ G. BIDART CAMPOS, *El Derecho Constitucional Humanitario*, Edit. EDIAR, 1996, p. 27. Sostenía además allí el querido maestro, que «carece de coherencia con el derecho internacional, todo derecho interno que no hace suyo el principio de primacía del primero sobre el segundo, porque este principio consta claramente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

¹¹ S. VITTADINI DE ANDRÉ, «La Constitucionalización de los Derechos Humanos», *ED*, 166-7111.

¹² Antes, artículo 102 del texto fundamental.

Intentar establecer las características del derecho internacional consuetudinario resulta aquí de particular importancia, pues como lo veremos luego, gran parte de la cuestión que involucra la aplicación en Argentina de las categorías denominadas «crímenes de lesa humanidad», o aun «crímenes contra la paz», tropieza habitualmente, entre otras objeciones, con aquellas surgidas de la reserva efectuada al artículo 15.2.º párrafo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que fue formulada por el gobierno argentino al ratificar ese instrumento internacional, hoy jerarquizado por imperio de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 CN¹³.

Creo de todas formas, siguiendo aquí la buena argumentación de Mattarolo, que al haber ratificado la República Argentina los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ratificó con ello el carácter inderogable del derecho de gentes en el contexto del derecho internacional humanitario, aun para el caso de denuncia de Convenios.

Ello se corrobora con lo expresamente dispuesto por el artículo 43 de la Convención de Viena sobre Tratados, en cuanto dispone que la nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes, o la suspensión de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

Por ello, es bueno resaltar la importancia de identificar con claridad, en esta etapa de codificación de la mayor parte del derecho internacional de los derechos humanos, aquellas normas que derivan del derecho internacional consuetudinario, pues ellas son vinculantes, y aun para aquellos Estados que no son parte en el instrumento internacional que los adopta. Ello, pues, *lo que obliga aquí no es la norma convencional, como tal, sino la norma consuetudinaria que informa a la Convención.*

¹³ La norma sobre la que opera la reserva de la República Argentina dice en lo sustancial que: «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». Así, enseña en el punto R., MATTAROLO, «La Jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad», en *Revista de DDHH*, núm. 1, del CELS/UNL, que «esa reserva, más allá de las posibles motivaciones políticas, tendentes a limitar la acción de la justicia, se basó jurídicamente en el argumento según el cual dicha norma del pacto sería contraria al principio de legalidad reconocido por el artículo 18 de la Constitución Nacional». Avanzaremos sobre ese argumento y su refutación más adelante.

Es que la visión del funcionamiento del principio de legalidad, en el contexto del derecho internacional, debe evaluarse de conformidad a la siguiente lectura: como lo ha sostenido nuestra jurisprudencia interna al fallar el caso «Videla», las reservas vinculadas a la vigencia del principio de legalidad, tal y como lo enuncia el artículo 18 CN, toda reserva en esta materia en nada puede modificar la normativa internacional y el peso de las obligaciones emergentes de las restantes fuentes normativas internacionales.

Esto porque el derecho interno no posee entidad jurígena suficiente para oponerse al *jus cogens*, y ni siquiera lo poseen en este contexto sus normas constitucionales.

La noción presentada es abonada posteriormente por la decisión del reformador constituyente, que en 1994 otorgó –como vimos– jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos indicados en el artículo 75 inciso 22 del texto fundamental, entre ellos a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El artículo 11 de esa norma jerarquizada enuncia el principio de legalidad, en concordancia con la preceptiva del derecho internacional de los derechos humanos –esto es–, en el sentido de que nadie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho internacional¹⁴. También lo hace el artículo 9 de la CADH, en forma compatible con el artículo 15 del PIDCP, al que nos hemos referido más arriba.

III. PARTICULARIDADES DE LOS DELITOS DENOMINADOS: «DE GUERRA», «CONTRA LA PAZ» Y «DE LESA HUMANIDAD»

«La persona humana ha alcanzado el rango y la calidad de sujeto de derecho internacional»

Sabido es que los así denominados «crímenes de guerra» constituyen una categoría tradicional del derecho internacional, cristalizada hacia fines

¹⁴ Señala aquí R. MATTAROLO (*op. cit.*) que «se trata ésta de una formulación sintética del principio de legalidad, sustancialmente similar a la enunciada por el artículo 15 del PIDCP ya enunciada, pero con una diferencia: no existen reservas que puedan formularse ante un instrumento internacional que no es un tratado, que hoy forma parte, sin duda, del derecho internacional general o consuetudinario y cuyas normas referidas al principio de legalidad gozan de carácter imperativo (*jus cogens*)».

del siglo XIX y consolidada en el pasado siglo XX. Ella incluye, en el decir de Antonio Casese¹⁵, todas las violaciones graves –cometidas en perjuicio del *enemigo* o de la *población enemiga*– de las normas que atañen a la conducción de las hostilidades bélicas, a más de la protección de las personas que no participan en las hostilidades¹⁶.

En realidad, el sentido de la necesidad de castigar estos crímenes radica en el intento de lograr que la violencia bélica –ya desatada– permanezca dentro de los límites trazados por los cánones del derecho internacional.

La regla sentada por la costumbre y jurisprudencia internacionales en este punto ha sido que los imputados como autores de estos crímenes sean juzgados: por el Estado al que pertenecen¹⁷, por las autoridades del Estado adversario¹⁸ o por tribunales internacionales¹⁹.

Aún así, por lo general, estos delitos considerados aberrantes, son perseguidos únicamente por los Estados que se han implicado en modo directo en el conflicto bélico en que ellos se cometen, y los terceros Estados no manifiestan interés en castigar a sus autores, ya que no quieren verse implicados en la guerra en cuestión²⁰.

Fue durante la II Guerra Mundial que se asumió el hecho de la realidad, que recalca que limitándose el accionar punitivo a la categoría de «crímenes de guerra» no sería posible castigar adecuadamente –por ejemplo– atrocidades tales como las cometidas por los nazis, ello así, porque tales actos o se habían cometido «antes» de la generación del conflicto bélico, o

¹⁵ A. CASSESE, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Edit. Ariel, Barcelona, p. 95.

¹⁶ Son algunos ejemplos de estos hechos, la tortura o la muerte de civiles o prisioneros de guerra; el bombardeo de ciudades indefensas, de iglesias o de monumentos históricos; o la utilización de armas prohibidas.

¹⁷ Es el caso del juzgamiento al teniente norteamericano Calley, al imputársele la comisión de crímenes durante la guerra de Vietnam. Fue sometido, en su propia nación, a una corte marcial. Señala en el punto A. CASSESE (*op. cit.*, p. 93), que en realidad este juzgamiento fue «impuesto» por la ley y la opinión pública norteamericana. Finalmente, y luego de sufrir varias reducciones, la pena impuesta a Calley se diluyó cuando el entonces presidente Nixon le concedió una «cuestionable» gracia o perdón...

¹⁸ Esta resulta ser la hipótesis más corriente por obvias razones

¹⁹ Son habitualmente citados como válidos ejemplos de este supuesto, los procesos acaecidos tras la II Guerra Mundial, en Nuremberg y en Tokio. Nosotros pensamos, de todas formas, que este ha sido otro supuesto «matizado» de juzgamiento por parte de los vencedores...

²⁰ Señala en este punto CASSESE (*op. cit.*, p. 96), que «a menudo, una vez concluida la guerra, si el vencedor no se propone ejercer su propia jurisdicción penal contra los ex enemigos autores de acciones inhumanas, se tiende a hacer “borrón y cuenta nueva” respecto de lo ocurrido para colaborar en el apaciguamiento de los ánimos».



bien porque la categoría antes nombrada involucra solamente acciones perpetradas contra enemigos y no contra compatriotas –que como lo dijimos, eran sólo tradicionalmente punidas por el Estado nacional–, a lo que había que sumar las atrocidades cometidas por los alemanes contra ciudadanos de Estados que no habían sido ocupados²¹.

En consecuencia, fue entre 1944 y 1945 que las «potencias aliadas» llegaron a la conclusión de que era necesario crear una nueva categoría de delitos.

Por ello, el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945²², precisamente su artículo 6.º, añadió a la vieja categoría de «crímenes de guerra» la enunciación normativa de otras dos más: la de los crímenes contra la paz y la de los crímenes contra la humanidad.

Posteriormente, esta definición conceptual fue confirmada por dos Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas²³.

Cabe acotar aquí que la expresión «crímenes de lesa humanidad» como tal fue primeramente utilizada, el 28 de mayo de 1915, por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, vinculada con las masacres de la población armenia en Turquía²⁴.

Esta normativa, que fue considerada un «monumento» de la civilización jurídica moderna, intenta capturar, al legislar a los crímenes contra la humanidad, a todas las atrocidades no incluidas en la categoría «crímenes de guerra».

En efecto, esta norma prohíbe en esencia dos tipos de acciones: por un lado, *el asesinato, el exterminio, la reducción a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil*, y por el otro, *la persecución, por razones políticas, raciales o religiosas*.

²¹ Cassese cita a los judíos austríacos, en el período en que Austria fue anexada a Alemania o en ciertas zonas de Checoslovaquia, durante el período 1938-1939.

²² Elaborado por ingleses, norteamericanos, soviéticos y franceses, aunque en gran medida basado en el proyecto oportunamente elaborado por un reconocido jurista de aquel entonces, el teniente coronel norteamericano Murray Bernays, quien a tal fecha era Jefe de la Oficina Espacial para la Programación, dependiente del Ministerio de Defensa de los EEUU. Fue ratificado por 19 países.

²³ Nos referimos a las que llevan el núm. 3, del 13 de febrero de 1946 y 95, del 11 de diciembre de 1946.

²⁴ Señala MATTAROLO (*op. cit.*), que la primera aparición de la figura del crimen de lesa humanidad en un Tratado internacional puede encontrarse en el Tratado de Sévres (10 de agosto de 1920, celebrado entre Turquía y sus aliados), cuyo artículo 230 obligaba al gobierno turco a entregar a los aliados, para su juzgamiento, a los responsables de las masacres cometidas desde el comienzo de las hostilidades, en el territorio turco, incluso contra los súbditos de nacionalidad turca. Ese Tratado nunca fue ratificado.

El problema esencial de estas nuevas categorías es el que invita a evaluar si podían aplicarse retroactivamente sin violentar la regla de «legalidad» antes enunciada.

Abordando la traza intelectual que motivó la generación de los «juicios de Nuremberg», y recordando que fue la primera ocasión en que se produjeron juzgamientos por la comisión de crímenes de «lesa humanidad» en el sentido antes definido, este problema recibió tres tipos de respuestas o apreciaciones diferentes:

- Para algunos, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional allí actuante, y la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado, respetaban a plenitud la máxima *Nullum crimen, nulla poena sine lege*.
- Otro sector del pensamiento aceptó que tal regla fue desconocida en tales juzgamientos, pero justificaban el apartamiento de la misma.
- Un tercer grupo, sostuvo que allí el principio de legalidad había sido violado, y ello viciaba el valor jurídico de los textos antes mencionados y los enjuiciamientos que fueron su consecuencia directa.

Nosotros, situados en la primera corriente de pensamiento citada, creemos siguiendo a Mattarolo, que el principio de legalidad en el derecho penal internacional, parte de una distinción esencial entre la norma de comportamiento y la norma de represión. En este sentido, es claro que la costumbre puede dar lugar a una norma de comportamiento, y en tal contexto un comportamiento determinado se convertirá en algo prohibido en tanto la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica.

Es ésta, en suma, la peculiaridad del principio de legalidad en el contexto del derecho internacional ²⁵.

Vinculado a la imprescriptibilidad de estos crímenes, ella deriva de las reglas del derecho internacional general, como se advierte con claridad del preámbulo y articulado de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los

²⁵ Aquí, el principio enunciado requiere de un texto, pero solamente para determinar la norma de comportamiento y a fin de probar la existencia de esa costumbre. Pero la norma internacional de represión no es más que una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Por ello fue que el Tribunal de Nuremberg consideró que los acusados habían violado un conjunto de normas de comportamiento claramente establecidas por el Derecho Internacional con mucha anterioridad a la sanción del Acuerdo de Londres de 1945, ya que habían sido recogidas por las convenciones internacionales de La Haya (1907) y Ginebra (1929). También el argumento de la norma retroactiva fue rechazado en los procesos a Adolf Eichmann (Israel, 1960), Klaus Barbie (Francia, 1987) e Imre Finta (Canadá, 1989).

Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, en particular, su artículo IV.²⁶

Cabe acotar que mediante el dictado de la Ley 25.788, el Congreso de la Nación Argentina le dio jerarquía constitucional a esta Convención Internacional, que ya con anterioridad había aprobado mediante Ley 24.584.

Sostiene en el punto Andrés Gil Domínguez²⁷, reavivando la tesis de la presunta colisión entre esta normativa y el artículo 18 de la CN, que «... hacia el futuro, la aplicación de este instrumento internacional de derechos humanos no genera inconvenientes constitucionales», pues sostiene que dichos crímenes, ya sean cometidos en nuestro país o en el extranjero, han sido establecidos por una ley formal anterior al hecho del proceso, como es el caso de un instrumento internacional de derechos humanos, como imprescriptibles.

Por ende, señala Gil Domínguez, el artículo 18 de la Constitución Argentina y el artículo 1 de la Convención que regula esta materia, no colisionan y sí se complementan.

Pero, ¿qué sucede con los efectos que genera la aplicación de esta norma convencional hacia el pasado?.

Lo cierto es que, como ya lo señalamos en párrafos anteriores, la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de cada Estado, sino de los principios derivados del *jus cogens* del derecho internacional²⁸.

En consecuencia, resulta claro para nosotros que respecto de estos peculiares delitos, las normas que integran el derecho internacional de los derechos humanos aparecen cuanto menos, como perentorias, dentro del orden jurídico internacional, limitando la facultad de los Estados y otros sujetos de dicho orden jurídico.

Así, ha señalado en el punto Juan Manuel Gramajo²⁹ que estas normas actúan del mismo modo como, en el derecho interno, lo hacen las limitaciones de orden constitucional a los órganos por medio de los cuales se

²⁶ Por el cual los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes considerados en la Convención, «y» en caso de que exista sea abolida. Ello es corroborado por la jurisprudencia reciente de nuestra Alta Corte, y lo dispuesto por el artículo 36 de la Constitución Nacional argentina, luego de su reforma en 1994.

²⁷ A. GIL DOMÍNGUEZ, *Constitución y Derechos Humanos: las normas del olvido en la República Argentina*, Edit. EDIAR, 2004, p. 128.

²⁸ Así lo ha ratificado la jurisprudencia reciente de nuestro más alto tribunal, en particular al fallar los obrados «Priebke» (cfr. CSJN, fallos 318:2148/1995).

²⁹ J. M. GRAMAJO, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Edit. Ábaco, p. 38.

ejerce el poder del Estado, coligiendo en consecuencia que si los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tienen consecuencias sobre todos los miembros de la comunidad internacional en su conjunto, la comisión de los mismos necesariamente vulnera intereses fundamentales de la referida comunidad, que no desea que tales delitos se produzcan.

En consecuencia, el principio de veda de comisión de dichos hechos aberrantes resulta ser una condición necesaria para mantener el orden democrático y la pacífica convivencia de las naciones que integran la «*comunitas gentium*».

Establecida tal premisa, y fundada en los antecedentes vertidos, podemos afirmar sin dubitación que la comisión de delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, afecta al bien común de la comunidad internacional.

Claro es que si tal es el bien común afectado con la comisión de los delitos indicados, no será aplicable a los fines de su persecución el ordenamiento interno de los Estados nacionales en cuanto el mismo obste a realizar la justicia del caso.

Es entonces, luego de haber clarificado debidamente estos conceptos, que pasaremos al estudio del tema principal que nos ocupa.

IV. ACERCA DE LOS PRESUPUESTOS QUE HABILITAN LA COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL DEL ESTADO

(Para el juzgamiento de delitos condenados por el derecho internacional)

Es sabido que en tiempos actuales, el Estado nacional, aun esgrimiendo su posición de «soberanía»³⁰, no tiene capacidad jurídica de ordenar o ratificar actos de naturaleza criminal, ya sea que esta naturaleza esté definida por su orden doméstico o que la defina el derecho internacional, al cual todos los Estados están necesariamente sometidos. Por tal razón, sus agentes, al realizar tales actos, están por ello actuando fuera de su

³⁰ Bastante diluida, por cierto, en los tiempos que corren. Ver para cotejo, el artículo de nuestra autoría publicado en el *Boletín Informativo* núm. 139 de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (noviembre de 1997, pp. 8 y ss.), denominado «Aspectos constitucionales de la Integración».



ámbito de legitimidad jurídica, y deben ser considerados responsables por su conducta ilícita.

En ese contexto, el principio de derecho internacional que bajo ciertas circunstancias protege a los representantes de un Estado³¹ no puede aplicarse cuando el agente estatal ha cometido actos que son condenados como criminales por el derecho internacional.

Por lo expuesto, asumimos nosotros que, salvo disposición expresa en contrario, no existe regla general ninguna del derecho internacional que prohíba el juzgamiento de un nacional extranjero por un delito de estas características cometido fuera de sus fronteras.

También, creemos importante aclarar en este punto, como ya lo hemos fundado largamente en los párrafos que anteceden, que los delitos castigados por el derecho internacional con la denominación histórica de «delitos contra el derecho de gentes»³² deben ser –para adquirir fuerza de tales– contrarios a una norma imperativa del derecho internacional, y considerados, asimismo, como un ataque al orden legal internacional (con lo que los delitos aislados, aún muy serios, no satisfacen este criterio)³³.

V. EL CASO ARGENTINO

Desde la labor de los «Padres fundadores»

Luego de indicar que la actuación de los juicios criminales se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito (art. 118 de la Constitución Nacional), el texto supremo hoy vigente indica que (...) cuando éste (en referencia al delito) se cometa fuera de los límites de la nación,

³¹ Casos de la «inmunidad soberana del Estado», sostenidos casi a rajatabla por los tribunales norteamericanos y la política exterior de ese país, al menos en supuestos de responsabilidad civil (ver, en particular, los precedentes del buque «Hercules» y «Siderman», citados por Colautti en L.L. del 2 de septiembre de 1999). Allí la jurisprudencia de ese país aceptó la inmunidad soberana del Estado argentino.

³² Consideramos que hoy en día se insertan en esta categoría los delitos de guerra, los delitos contra la humanidad y los delitos contra la paz (asesinato, exterminio, reducción a la esclavitud deportación de civiles), habiendo sido considerados la tortura y deportación de ciudadanos civiles tanto delitos de guerra como de lesa humanidad por los tribunales de Nuremberg, aunque la segunda categoría absorbió a la primera (Cfr. C., Antonio, *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, cit.

³³ Cfr. C. COLAUTTI, «La jurisdicción extraterritorial y los delitos contra el derecho de gentes», *L.L. del 2 de septiembre de 1999*, pp. 1 y ss.

contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Debemos especificar, en principio, que esta norma no ha sido incorporada por el reformador de 1994, sino que es originaria de 1853. En este artículo, la Carta fundamental establece, según nosotros lo interpretamos, una regla general y una excepción a la misma.

Es claro que la Constitución Nacional no define aquí tipo penal alguno ni tipifica delitos. Pese a ello, la norma es de suma trascendencia, ya que sienta posición, admitiendo la existencia de figuras criminales con aptitud de lesionar a «todos los Estados».

La regla impuesta por nuestro sistema constitucional para el juzgamiento de delitos comunes es la territorialidad, y la excepción, que se aplica para el caso de imputación de delitos de lesa humanidad, o, en términos de la Constitución Nacional, «contra el derecho de gentes», es la posibilidad de la extraterritorialidad de su juzgamiento.

Para el caso de que este tipo de delitos, también denominados en doctrina «delitos contra la comunidad internacional o contra la humanidad»³⁴, se hubiera cometido fuera de los límites de la nación, la Constitución histórica argentina indica que el Congreso deberá –por ley especial– determinar el lugar en que haya de seguirse el juicio.

O sea, que en estos supuestos, la nación argentina se arroga la potestad de juzgar en el territorio nacional³⁵ a quien hubiese cometido delito contra el derecho de gentes fuera de sus límites territoriales.

Creemos nosotros, partiendo aquí de la postura sostenida en el punto por Bidart Campos³⁶, que de la norma se derivan dos claras consecuencias:

1. Si el delito contra el derecho de gentes se perpetuó fuera de los confines del Estado argentino, nuestros tribunales podrán efectuar juzgamiento a su respecto, según lo disponga una ley del Congreso que establezca el lugar en que se sustanciará el proceso penal.
2. Si el delito contra el derecho de gentes se perpetuó en los confines de nuestro territorio nacional, también ha de admitirse que pueda existir juris-

³⁴ Cfr. N. SAGUÉS, *Elementos de Derecho Constitucional*, Edit. ASTREA, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 366, con cita al internacionalista Díaz Cisneros

³⁵ Con inequívoca habilitación de la Justicia Federal Nacional para el juzgamiento.

³⁶ G. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Edit. EDIAR, 1998, t. II, p. 304. También sigue esta postura Carlos Colautti en su trabajo ya citado por nosotros en notas 4 y 6, cuya lectura también recomendamos.

dicción a favor de un tribunal extranjero, siempre que en el mismo se guarden las garantías mínimas que hacen al debido proceso y defensa en juicio del imputado, garantizadas en los artículos 17, 18, 75 inc. 22 y CC. C.N.)³⁷.

De tal manera que en el caso de perpetrarse delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera del territorio de la República no rige el principio de la competencia territorial, y si se han cometido en el territorio de nuestra Nación, la pretensión de un tercer Estado de juzgarlos, *debe ser tolerada por nuestra República*, atento el mandato constitucional indicado en el artículo 118 del texto fundamental con la salvedad de salvaguarda de las reglas mínimas tuitivas del debido proceso y defensa en juicio internacionalmente admitidas para todos los Estados.

Cierta doctrina ha promovido objeciones a la postura aquí sentada, indicando que en realidad al momento de elaborarse la Constitución Nacional argentina, el único delito contra el derecho de gentes conocido era el de piratería, y admitir la extensión a otros supuestos entonces, implicaría la posibilidad de una eventual incriminación constitucionalmente vedada.

Nosotros no lo vemos así. Hay que tomar nota aquí que la Constitución no se ha referido al delito de piratería, en concreto. Si así lo hubiese hecho, la ampliación al contexto constitucionalmente indicado, sería inviable. Nuestra Carta Magna ha sido en el punto particularmente sabia y previsora.

Bien señala Néstor Sagués³⁸, que esta norma permite, por medio de una auténtica y provechosa *cláusula abierta*, reputar constitucional la penalización de nuevos tipos de delitos contra el derecho de gentes, llegando a sostener que obliga a incluirlos en el catálogo de delitos que debe reprimir la nación, pues remite la confección del listado de los hechos ilícitos sobre los cuales recae el deber de la República argentina de juzgar y sancionar, al derecho internacional, o derecho de gentes,

Abona lo antes expuesto el hecho de que la norma en estudio (que no pudo ser actualizada por una expresa veda indicada en la ley de necesidad de reforma, número 24.309) haya sido acompañada en el proceso reformador de 1994 por la jerarquización constitucional de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y por la

³⁷ Sugerimos, a fin de profundizar esta cuestión, la lectura de nuestra obra, realizada en coautoría con M. RIQUERT, titulada *Teoría de la pena y Derechos Humanos* (Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1998), y en particular sus capítulos 1 y II, como asimismo, de nuestra factura, «Derecho Constitucional Argentino», tomo II, capítulo V (EDIAR, 2000).

³⁸ N. SAGUÉS, *op. y pp.* citadas.

reciente jerarquización constitucional por parte del Congreso de la Nación, de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, que se refieren en forma expresa a nuevos delitos «contra el derecho de gentes».

Asimismo, el artículo 43 (incorporado por la Convención Constituyente de 1994) se refiere a la acción de *habeas corpus* en caso de desaparición forzada de personas, y el artículo 36, a los delitos contra el orden constitucional y la vida democrática, indicando una clara señal al intérprete, en el sentido convalidante de la actualización permanente del concepto «delitos contra el derecho de gentes».

VI. BREVES CONCLUSIONES

Para concluir éste breve aporte, hemos de señalar las siguientes premisas básicas, que sostienen nuestra postura:

- En tiempos actuales, los Estados nacionales no se encuentran habilitados para ordenar o ratificar actos que son criminales, no sólo de acuerdo con el derecho penal doméstico, sino también con el derecho internacional (de los derechos humanos) al cual todos los Estados están necesariamente sometidos. Sus agentes, al realizar tales actos, están, por tanto, actuando fuera de su ámbito legítimo y deben ser considerados responsables por su conducta ilícita

- El principio de derecho internacional que bajo determinadas circunstancias protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a actos que son condenados como criminales por el derecho internacional.

- No existe ninguna regla del derecho internacional que prohíba que se juzgue a un nacional extranjero por un delito fuera de sus fronteras, siempre que tal juzgamiento respete las reglas elementales del derecho de defensa en juicio y debido proceso internacionalmente reconocidas por las naciones.

- Los delitos prohibidos por el derecho internacional generan competencia extraterritorial si satisfacen al menos los dos siguientes criterios:

1. Deben ser contrarios a una norma imperativa del derecho internacional.

2. Deben ser tan serios y en tal escala que puedan ser considerados como un ataque al orden legal internacional (los delitos aislados, aun graves, no satisfacen este criterio).

- En el caso de perpetrarse delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera del territorio de la Argentina, no rige el principio de la competencia territorial, y si se han cometido en el territorio de nuestra nación, la pretensión de un tercer Estado de juzgarlos debe ser tolerada por nuestra República, atento el mandato constitucional indicado en el artículo 118 del texto fundamental, con la salvedad de salvaguarda de las reglas mínimas tuitivas del debido proceso y defensa en juicio internacionalmente admitidas para todos los Estados.
- El artículo 118 de la Constitución Nacional no excluye nuevas categorías de delitos contra el derecho de gentes, no previstas al momento de su sanción, que a la fecha de imputación del hecho fueran contrarios a una norma imperativa del derecho internacional.

