

➤ ➤ JUSTICIA Y CONCORDIA
➤ ➤ Asociación de Abogados por la Justicia y la Concordia

Juan D. Amelong y Alberto E. González



JUICIOS DE VENGANZA

Tomo

I

**La doctrina de la “CULPABILIDAD OBJETIVA ASIMÉTRICA”
implementada por la Corte Suprema y la Justicia Federal**

Juan D. Amelong -Alberto E. González

TOMO I

Juicios de Venganza



LA DOCTRINA

DE LA

"CULPABILIDAD OBJETIVA ASIMÉTRICA"
IMPLEMENTADA POR LA CORTE SUPREMA
Y LA JUSTICIA FEDERAL ARGENTINA

Juan D. Amelong, Alberto E. González

JUICIOS DE VENGANZA: LA DOCTRINA DE
LA "CULPABILIDAD OBJETIVA ASIMÉTRICA"
IMPLEMENTADA POR LA CORTE SUPREMA Y
LA JUSTICIA FEDERAL ARGENTINA.

Tomo I

1ª Edición Buenos Aires, 2014.

589 págs. 17 cm x 24 cm

ISBN: En trámite

1-Derechos Humanos.

Diseño de cubierta: R.M.

Para contacto con los autores:

juiciosdevenganza@gmail.com

Este libro ha sido publicado con el auspicio de:

 **JUSTICIA Y CONCORDIA**
Asociación de Abogados por la Justicia y la Concordia

© Juan D. Amelong, Alberto E. González

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723. Derechos reservados

Impreso en la Argentina



TOMO I



*En memoria
del Dr. Alfredo Ambrosio Antolín Solari.*

*Ferviente defensor de los derechos humanos, la
Constitución Nacional y sus garantías.
Fue hostigado en su cátedra de la
Universidad Nacional de Buenos Aires por ejercer la
defensa en uno de los juicios de venganza.*

*Durante el desarrollo del debate contrajo un cáncer
terminal, sin embargo y pese a los fuertes dolores que soportó
durante las audiencias, no abandonó su puesto y
acompañó a sus pupilos hasta terminar
el alegato de defensa.*

*Se despidió de sus defendidos y se retiró lentamente de la sala
de audiencias con el aplauso del público y la admiración de
muchos de sus colegas por su entrega a las obligaciones de su
profesión, sabía que era la última vez que habría de pisar un
tribunal.*

*Falleció catorce días después, sus cenizas fueron esparcidas
en un parque de Punta del Este
donde solía meditar.*

*Muchos de sus argumentos de defensa expuestos
durante el juicio constituyen la base de este libro.*

A nuestras familias por su paciencia, comprensión y apoyo permanente.

A nuestros investigadores de internet, a los abogados y profesores que leyeron los manuscritos, a los que se acercaron contando su caso o aportando documentación, y a todos aquellos quienes convencidos de la injusticia de los juicios de venganza, contribuyeron de una u otra forma para que esta obra alcance la luz pública.

A los jóvenes abogados que creen en los principios del Derecho.

ÍNDICE DE LA OBRA

Tomo I



Capítulo I

Introducción al problema

1-Vamos por todo.	35
2-Elegir al enemigo.	38
3-A los amigos derechos humanos, a los enemigos ni justicia.	40
4-Justicia y propaganda.	45
5-Un abogado de "izquierda" contralor de la CSJN.	49
6-Mantenerse fuera del Estado es persistir en el error.	52
7-Ahogar la independencia de la prensa.	58
8-La naturaleza política de los juicios de venganza.	63
9-El sentido de la condena.	66
10-Las nuevas víctimas	68
11-El dominio del Estado.	78

Capítulo II

El *ius cogens*

1- Trilogía de la CSJN para la venganza.	83
2-Las normas de <i>ius cogens</i> .	91
3-Las fuentes de <i>ius cogens</i> .	94
4-La transformación de una norma consuetudinaria en norma consuetudinaria convencional de <i>ius cogens</i> .	97

Capítulo III

El principio de legalidad

1-Enorme consenso internacional del principio de legalidad.	105
2-Presencia del principio de legalidad en el ámbito internacional.	107
3-El principio de legalidad en las jurisdicciones nacionales.	123
4-Breve digresión acerca del inc. 2 del Art.15 del PIDCP.	134
4.1- La reserva de la Argentina al PIDCP.	142
5-Principios generales del derecho.	146
6-Competencia de la Convención sobre la imprescriptibilidad	148
7-La extensión del derecho de Nuremberg.	151
8-El principio de legalidad no se opone a la imprescriptibilidad.	157
9-La sanción de Nuremberg.	160
10-La ley, la moral y el principio de legalidad. Jueces internacionales y jueces nacionales.	163

11-“Morales” violaciones al principio de legalidad.	170
12-La práctica "moral" de la violación al principio de legalidad en el derecho internacional.	174
13-Estado de excepción	187
13.1 Costumbre punitiva	188
14-El principio de legalidad en el derecho internacional.	190
15-Obligación moral asimétrica entre los DLH y los de terrorismo.	194
16-La estigmatización.	201
17-La violación al principio de legalidad obrado en los juicios de venganza.	204
17.1-La convención retroactiva.	204
17.2-A pesar de violarlo, la Corte reconoce el principio de legalidad.	209
17.3-Reconocimiento estatal de la aplicación retroactiva de la ley penal.	211
17.3.1-La violación encubierta al principio de legalidad.	218
17.3.2- Derechos constitucionalizados	222

Capítulo IV

La imprescriptibilidad

Sustento jurídico del castigo a civiles y militares

1- El componente temporal de la Convención sobre la imprescriptibilidad de 1968.	227

1.1- La interpretación de los tratados.	227
1.2- El texto de la Convención:	232
1.2.1- El tiempo del verbo.	232
1.2.2- El alcance de la Convención.	233
1.2.3- La definición de los delitos de lesa humanidad.	235
2-Nexo entre la retroactividad de la Convención sobre la imprescriptibilidad y la cuestión del nazismo.	236
3- Nexo entre los DLH y un contexto de guerra.	243
4- La ley 10 del Consejo de Control de las Potencias Aliadas.	257
5- La ley 10 del CC y el nexo con la guerra.	256
6- Etapas en la evolución de los DLH.	266
7- La prescripción ya operada.	271
8- Prescripción y delito permanente	275
9- La imprescriptibilidad y el caso Aussaresses.	281
10-¿Hasta qué punto la imprescriptibilidad retroactiva de los DLH es norma de <i>ius cogens</i> ?	294
11-¿Es la imprescriptibilidad de los DLH norma de <i>ius cogens</i> de carácter consuetudinario anterior a su positivización?	302
• 11.1- La ley 10 del CC como derecho consuetudinario.	311
• 11.2-Una costumbre internacional imposible de verificar observada sólo por la CSJN.	313
• 11.3- ¿Incapacidad estatal para identificar la categoría de DLH o era una categoría inaplicable?	323

12- ¿Puede la retroactividad de la Convención de imprescriptibilidad ser norma de <i>ius cogens</i> ?	326
13- Opiniones de los estados con relación a la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU de 1968.	328
-1966-	
• Japón:	328
• Camboya	329
• España	330
• Suecia	331
-1967-	
• Argentina	332
• Israel	333
• URSS	334
• Filipinas	335
• Italia	335
1969	
• Consejo de Europa	337
-1970-	
• Bielorrusia	338
• Checoslovaquia	339
• Dinamarca	340
• República Federal de Alemania	341
• Finlandia	341
• Japón	342
• Madagascar	342
• Ucrania	342
• Chile	343

• Noruega	343
• Jamaica	344
-1973-	
• Argentina	341
-1980-	
• Asamblea general de la ONU	342
-1995-	
• Argentina	347
-2002-	
• México	347
• Perú	347
-2003-	
• Argentina	348
14- Causales de nulidad de la Convención sobre la imprescriptibilidad	360
14.1- Interpretación de los tratados de derechos humanos.	360
14.2- El principio de legalidad vs. la imprescriptibilidad.	361
14.3- El principio de legalidad como norma de <i>ius cogens</i> nulifica la Convención sobre la imprescriptibilidad.	364
• 14.3.1- La naturaleza de <i>ius cogens</i> del principio <i>NCSL</i> .	364
• 14.3.2- Instrumentos internacionales en los que se consagra el principio de legalidad.	367
• 14.3.3- Nulidad de un tratado que se opone a una norma de <i>ius cogens</i> .	369
14.4- Incompatibilidad de instrumentos internacionales que tratan la misma materia.	375

- 14.5- Un pacto internacional destinado a su extinción. 379
- 14.6- Inaplicabilidad de la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU. 385

Capítulo V

Nuremberg VS. Roma

Su influencia en la Convención sobre la imprescriptibilidad

- 1- Estatuto de Nuremberg VS. Estatuto de Roma. 389
- 2- Los estatutos para los Tribunales Penales Internacionales [TPI]. 394
- 3- Evolución de la tipificación de los delitos de lesa humanidad en el derecho internacional. 398
- 4- La aplicabilidad de la ley más benigna negada en perjuicio del procesado. 404
- 5- Los principios de Nuremberg y el "Código Penal Internacional". 416
- 6- Acerca de la entrada en vigor de la Convención de imprescriptibilidad de la ONU. 421

Capítulo VI

La positivización de los derechos humanos: otras formas de implementarlos

- 1- La Mutación de conductas violatorias de garantías a derechos humanos universales. 425
- 2- El derecho a la vida. 430
- 3- Otra forma de resolver los conflictos armados internos: el *apartheid*. 435

4- La comunidad internacional ante el delito de <i>apartheid</i>	436
5- Transición hacia la igualdad	438
6- La lección de Sudáfrica	447
7- El caso Scilingo y la justicia universal.	449
7.1- Scilingo ante los delitos de genocidio y terrorismo.	453
7.2- Vigencia de los DLH en la época de los hechos en jurisdicción española.	460
8- La justicia universal.	466
9- La respuesta de la Argentina a los requerimientos de la justicia universal.	474

Capítulo VII

Del derecho penal internacional al derecho penal doméstico

1- La incorporación del derecho internacional.	477
2- El caso "Ekmekdjian".	480
3- El Art. 118 de la CN.	487
4- Normas internas de importancia fundamental.	493
5- El derecho internacional en el orden de prelación interno.	504
6- ¿Tenían los tratados supremacía jerárquica por sobre la leyes?	508

Capítulo VIII

La guerra y la paz

1- El encuadre del móvil de las conductas acriminadas.	517
2- Marco normativo de los actos del gobierno.	520
2.1-Medidas del gobierno de iure.	521
2.2-Medidas del gobierno de facto.	524
3- Conductas de los testigos de cargo.	527
4- <i>Mens rea</i> .	532
5- Intención de los actos de las fuerzas armadas.	535
6- El conflicto armado y la población civil como víctima.	539
7- El marco de los hechos: la tesis de la guerra.	564
7.1- El negacionismo especioso: Fundado en una "falacia Lógica".	569
7.2- El negacionismo específico: Nunca hubo guerra revolucionaria en la Argentina.	571



-Acrónimos y abreviaturas.	587

TOMO II



Capítulo IX

Indebido proceso

-Primera parte-

El debido proceso.	13
1- Tribunales <i>ex post facto</i> .	15
2- Illegal uso de la analogía penal.	23
2.1-Revolución copernicana del ministro Petracchi.	33
2.2-Ausencia del tipo penal, analogía y costumbre.	36
3- La conducta típica de los DLH.	48
3.1- El tipo penal de los DLH del Estatuto de Nuremberg.	50
3.1.1- Elemento de contexto.	50
3.1.2- Conducta punible.	50
3.2- El tipo penal de los DLH del Estatuto de Roma.	51
3.2.1- Elemento de contexto.	51
3.2.2- Conducta punible.	52
3.3- El tipo penal aplicado en los juicios de venganza.	54
3.3.1- Privación ilegítima de la libertad.	54

3.3.2- Tormentos.	58
3.3.3- Homicidio agravado.	67
4- La asociación ilícita y la responsabilidad penal individual.	68
4.1- Responsabilidad penal individual.	74
5- El suicidio como homicidio.	83
6- Condenas abusivas.	95
7- La naturaleza militar:	105
7.1- La obligación de obedecer.	105
7.1.1- Error de hecho.	116
7.1.2- Los reglamentos militares.	120
8- Autoría y participación en los juicios de venganza.	126
8.1- La teoría del dominio del hecho en los juicios de venganza.	127
8.1.1- Autoría mediata.	145
8.1.2-La distancia al hecho	149
8.1.3- Una teoría en continua revisión.	150
8.1.3.1-La fungibilidad	151
8.1.3.1-Delito de infracción.	154
8.1.3.1-Otras críticas	156
8.2- La coautoría en los juicios de venganza.	161
8.2.1-La coautoría según el Código Penal.	161
8.2.2-La coautoría vertical.	162

8.2.3-La coautoría funcional.	165
8.2.4- La coautoría en el derecho internacional: LaCPI	166
8.2.4.1-Caso Lubanga Dyilo.	167
8.2.4.2- Caso Jean Pierre Bemba Gombo.	173
8.3- La participación en el TPIY.	177
8.4- Análisis crítico de elementos de la autoría mediata y la coautoría funcional.	179
8.4.1-Funcionamiento ilegal de la estructura de poder.	179
8.4.2-La coacción.	181
8.4.3-La configuración	184
8.4.4-El error del subordinado.	191
8.4.5-Supuesta aceptación voluntaria del plan criminal por parte del subordinado.	191
8.4.6-La tesis del dominio del hecho aplicada a las empresas.	163
8.5- La autoría mediata en la jurisprudencia de la CSJN.	196
8.6- Condenas sin pruebas: la criminalidad de pertenecer.	204
8.7- Implicancias de la aplicación de la tesis del dominio del hecho.	213
9- Ausencia de condiciones previas de procedibilidad.	217
10-Reapertura de causas fenecidas desconociendo las amnistías vigentes.	219

10.1- El supuesto "golpe de estado" de Semana Santa del '87.	225
10.2- La amnistía y la responsabilidad internacional del Estado.	228
10.3- La prohibición de las amnistías.	230
10.4- Control de convencionalidad	242

Capítulo X

Indebido proceso

-Segunda parte-

1- Absurda valoración de la prueba.	247
1.1- Acercarse a la verdad: Los juicios por obtenerla.	247
1.1.1 Engaño de Estado.	253
1.2- La prueba testimonial como único recurso.	259
1.2.1- La reconstrucción colectiva.	271
1.3- Interés particular de los testigos.	277
1.4- Sobreprotección de los testigos.	280
1.5- La mentira militante.	293
1.6- Ausencia de espontaneidad.	299
1.7- Los detalles como garantía de veracidad.	302
2- Insubsistencia de la acción penal por excesiva duración del proceso.	326
3- Derogación retroactiva	336

4- Prisión arbitraria.	337
4.1- Uno de los últimos actos de independencia del Poder Judicial.	343
4.1.1- El caso Acosta.	346
5- Un Estado sin límites que sólo busca condenas.	362
5.1- Aplicación arbitraria y discriminatoria del CPPN.	370
5.2- Vigencia de un cuestionable recurso de la CONADEP con los testigos de cargo.	380
6- Juicios politizados.	385
7- El marco de los hechos: El terrorismo de Estado.	393
8- Cosa juzgada.	400
7.1- <i>Non bis in ídem</i> y la apropiación de bebés como DLH.	401
7.2- <i>Non bis in ídem</i> y la obediencia debida.	417
7.3- <i>Non bis in ídem</i> y el hombre de atrás.	422
9- Doble estándar.	424

Capítulo XI

Resabios del conflicto entre las superpotencias

-Fantasmas residuales de la Guerra Fría.	433
-La justicia transicional.	438

Capítulo XII

El plan de Estado

De la necesidad política a la condena

-Nueve pasos para imponer la supuesta "Política de Estado".	458
1- El problema político.	458
2- Condicionamiento de la CSJN.	459
3- Política de Estado VS. Política de Gobierno.	461
4- Obediencia indebida.	464
5- Disciplinamiento de la judicatura.	473
6- Depuración de la justicia: los jueces subrogantes.	483
7- La Corte garantiza la impunidad de los actos ilegales de la judicatura.	485
8- El Estado como querellante.	489
9- El <i>Cursus honorum</i> patibulario de la condena.	493
9.1- La instrucción.	494
9.2- El juicio Oral.	498
9.3- La revisión.	501
9.4- La última instancia.	507
9.5- Cárcel sin tiempo.	514

Capítulo XIII
A modo de epílogo

-En síntesis. 520

-Reflexiones finales. 550



-Post Scriptum 561

-Acrónimos y abreviaturas. 563

-Bibliografía. 567

ÍNDICE DE FIGURAS

TOMO I

-FIG.-1: Votaciones de la CSJN.	86
-FIG.-2: Las normas de ius cogens.	102
-FIG.-3: Procesados en Nuremberg.	161
-FIG.-4: Estadísticas de los procesos de Nuremberg en Alemania.	162
-FIG.-5: Cuadro comparativo entre el Estatuto de Nuremberg y la ley 10 del CC de las Potencias Aliadas.	259
-FIG.-6: Gráfico sobre la evolución de los DLH y el nexa con la guerra.	272
-FIG.-7: Positivización de la imprescriptibilidad de los DLH: Cuadro de ratificaciones.	296
-FIG.-8: Grado de aceptación de los tratados por la comunidad internacional.	299
-FIG.-9: Ratificaciones a la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU al 2014.	354
-FIG.-10: Instrumentos internacionales en los que se consagra el principio de legalidad.	367
-FIG.-11: Secuencia de celebración ratificación y vigencia.	370
-FIG.-12: Estados que firmaron la Convención sobre la imprescriptibilidad desde que se aprobó el ER.	380
-FIG.-13: Lista de estados que ratificaron la Convención de imprescriptibilidad y los estatutos de Nuremberg y de Roma.	385

-FIG.-14: Estados signatarios de los diferentes tratados al 2014.	381
-FIG.-15: Evolución de la tipificación de los DLH en el derecho penal internacional.	400
-FIGs.-16,17 y 18: Cuadros comparativos de los estatutos de Nuremberg, Roma y de la Convención sobre la imprescriptibilidad.	402/ 403
-FIG.-19: Franja temporal de los eventos de la Convención sobre la imprescriptibilidad y el Estatuto de Roma.	405
-FIG.-20: De violaciones a derechos. Cuadro comparativo.	427
-FIG.-21: Estadísticas nacionales de las violaciones por la política del <i>apartheid</i> .	439
-FIG.-22: Incorporación de un tratado al derecho interno.	485
-FIG.-23: Orden de prelación de las leyes.	506
-FIG.-24: Períodos activos de las organizaciones armadas más importantes, y de las fuerzas armadas.	524
-FIG.-25: Protecciones en un contexto de paz.	562
-FIG.-26: Protecciones en un contexto de guerra.	562
-FIG.-27: Génesis y desarrollo del conflicto de los '70.	578



TOMO II

-FIG.-28: Evolución de la organización de la justicia. Anulación del principio del juez natural.	22
-FIG.-29: Sentencias a las Juntas Militares	98
-FIG.-30: Condenas por sustracción de menores.	100
-FIG.-31: Algunas condenas del TPIY.	102
-FIG.-32: Autoría mediata.	147
-FIG.-33: Coautoría según el Art. 45 del CP.	162
-FIG -34: Coautoría vertical	163
-FIG.-35: Coautoría funcional.	166
-FIG.-36:Características de los integrantes de la estructura organizada de poder	190
-FIG.-37: Participación criminal.	191
-FIG.-38 Los testigos de los juicios de venganza.	193
-FIG.-39: Prisiones preventivas.	289
-FIG.-40: Franja Temporal del caso Acosta.	356

Prólogo

Es de notable relevancia la realización de este libro ya que nos permite comprender buena parte del entramado de la "década ganada", sostenida políticamente a partir del "relato" oficial acerca de lo sucedido en la conflagración interna que azotó el país en los años '70, y que devino primariamente, de la planificación que el marxismo soviético, vía Cuba, había "encomendado" a los grupos de jóvenes que actuaron en organizaciones terroristas, en su mayoría, integrantes de la clase media y con buenos niveles de formación educacional.

Muchos de estos jóvenes posteriormente se realizaron como profesionales universitarios y desde ese rol contribuyeron a la construcción del "relato" de gobierno, en un afán por obtener lo que no pudieron lograr con la violencia en los '70.

Esta obra, de lectura imperiosa, ofrece la verdad de los hechos, el tratamiento jurídico dado a los mismos y la atribución de responsabilidades penales que originaron.

Dejarla transitar sin descubrir su entresijo mantendrá a la sociedad enmarañada en un "relato" engañoso, parcial, alejado de la realidad y forjador de un pasado que ha sido y es malversado con las mismas habilidades que ponía de manifiesto la guerrilla en los '70, cuando mataba, asaltaba cuarteles y secuestraba empresarios para financiar sus acciones criminales.

El abordaje de la cuestión jurídica tanto nacional como internacional, desde una profundidad pocas veces vista en este tipo de análisis, alcanza a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –CSJN– en sus diferentes integraciones con objetividad trascendente, poniendo de manifiesto lamentables contradicciones en el Alto Tribunal de la República, el que a su vez resignó su independencia aceptando del Poder Ejecutivo determinadas condiciones para el nombramiento de sus integrantes.

Lo antes dicho desembocó en una abstrusa e inconstitucional "Política de Estado", ignorando que en la República la única "Política de Estado" del Poder Judicial es la Constitución Nacional.

Como bien lo demuestran los autores, de la falta de independencia del Poder Judicial derivan estos "juicios de venganza", que constituyen un verdadero dislate procesal plagado de conjeturas absurdas y testimoniales de oídas, orientadas e instruidas por los tribunales de turno que han devenido en continuadores del accionar, por otros medios, del tristemente célebre *ejército montonero*, ya que operativamente son funcionales a quienes sustentan que *...la legalidad no existe*¹ y fueron inspirados por los exabruptos de Ernesto "Che" Guevara tales como: *Es imprescindible por encima de todo mantener vivo nuestro odio y aumentarlo hasta el paroxismo...*

¹ Hebe de Bonafini.

Estas parodias o "juicios de venganza", llevados adelante en violación al principio de irretroactividad de la ley penal, constituyen un burdo y cruel ejemplo de una justicia servil y de fiel acatamiento al mandato "guevarista", empleadas para maquillar las rejas de los campos de concentración creados a partir de la "Política de Estado" instaurada por el titular del Poder Ejecutivo.

Así la CSJN condicionada por Kirchner, ante la tolerancia de jueces temerosos procedió de la misma manera con los tribunales inferiores, así "verticalizaron" el Poder Judicial y lo convirtieron en un órgano "militarizado", imitando la organización propia de las fuerzas armadas que tanto cuestionan.

Con ello se quebrantó la independencia del Poder Judicial, contraviniendo la organización republicana de gobierno, al sólo efecto de encarcelar a civiles, policías y militares, violando las protecciones previstas en los tratados internacionales.

Este trabajo, por su importancia, veracidad y minuciosidad, está destinado a ser el primer gran eslabón para acercarnos a los hechos tal cual ocurrieron y con ello, a la verdad sobre las acciones de sus participantes.

Con una visión objetiva y despojada de apasionamientos, se explican los mecanismos políticos y jurídicos empleados por el "kirchnerismo" para el ejercicio de la venganza.

A medida que transcurre su desarrollo, queda expuesta la esencia del sistema vindicatorio empleado, pero también se evidencia la responsabilidad de una oposición política, que en este aspecto resulta complaciente con el régimen "K" y disimula las graves violaciones a los derechos humanos que cometen los actuales agentes del Estado, en particular el Poder Ejecutivo y el Judicial. Tal vez nada tan apropiado como

lo expresado, aunque para otro contexto, por Edmund Burke: *Todo lo necesario para el triunfo del mal, es que los hombres de bien no hagan nada.*

Vaya entonces mi reconocimiento y agradecimiento por este libro, propio de especialistas internacionales, a sus singulares autores, Juan Daniel Amelong quien perteneció al Arma de Ingenieros del Ejército Argentino y es abogado, y Alberto Eduardo González, Piloto Naval de la Armada Argentina y profesor de historia.

Ambos son víctimas de los juicios de venganza, e indignados por las falsedades, la hipocresía y la discriminación a las que fueron sometidos, a fines de 2009 decidieron, pese a las grandes dificultades que implica investigar desde la cárcel, plasmar en un libro la injusticia de estos procesos, basados como todo relato histórico jurídico y veraz requiere, en documentación incuestionable y no en consignas o interpretaciones meramente dogmáticas.

Los invito a través de esta lectura, a despejar la mente de preconceptos, falsedades y tergiversaciones impuestas desde el gobierno y difundidas por el oficialismo y las ONGs asociadas, en un intento por recrear un aparato de propaganda similar al del nazismo. Por todo ello..., gracias.

Dr. Gustavo Modesto Demarchi²

² Abogado, ex Fiscal Federal de Mar del Plata del gobierno de iure, renunció a su cargo al producirse el golpe de Estado de 1976, ex coordinador docente de la Universidad Nacional de Mar del Plata – UNMdP–, candidato a intendente por el Partido Justicialista –PJ– de Mar del Plata y asesor en el Senado de la Nación [1989-1995]. Comparte con los autores la condición de víctima de los juicios de venganza.

Breves notas

La temática específica de este libro no lo ubica entre los de difusión masiva; no obstante, pretende alcanzar a lectores sin formación jurídica y por ello en algunos párrafos primó una redacción pedagógica que en cierta medida altera las reglas del arte de la escritura, particularmente la escritura jurídica, y resultan innecesarias para el especialista. Tómese a estas "libertades de los autores" como una asistencia para el lector que no está familiarizado con el tema. En este sentido es oportuno precisar:

Ciertas aclaraciones de textos transcritos –incluidas por sus autores, que por lo general indican fuentes– fueron retiradas y mencionadas como notas a pie de página para facilitar la lectura corrida.

Todos los destacados son propios, excepto que expresamente se indique que pertenecen al texto original citado.

Las traducciones de párrafos transcritos, pertenecientes a documentos publicados en otro idioma, no son oficiales y por esa razón se incluyen los textos originales al pie de página.

Esta obra se inspira en la defensa general y en el alegato en particular del Dr. Alfredo Solari pronunciado durante tres días consecutivos en septiembre de 2011 en la causa 1270 celebrada por el Tribunal Oral Federal N°5, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, poco antes de su fallecimiento. Las citas referidas a ese alegato, generalmente extensas, contienen a su vez citas de otros autores; a fin de evitar confusiones, los dichos del Dr. Solari, fueron consignados entrecomillados sin bastardilla indicándose además, cuando comienzan y terminan, manteniéndose en bastardilla los autores citados por este.

El perfil jurídico de la obra acentúa cuestiones históricas que sirven como antecedentes y fundamentos de esta, y fueron incluidas para completar la comprensión del complejo horizonte de las acciones humanas.

Finalmente, en el último capítulo se incluye una síntesis de los fundamentos jurídicos más importantes desarrollados a lo largo de la obra, y una explicación de los pasos seguidos por el gobierno para instaurar la mal llamada "Política de Estado".

Los autores.

Los poderosos son más propensos a engañar y quebrar reglas, incluso las que ellos mismos han establecido. Quien detenta el poder se siente psicológicamente invisible. Así liberado de la mirada de los otros, hace lo que le da la gana. Por ello, los poderosos se sienten con derecho a hacer trampas y a tomar lo que quieren.

Adam Galinsky³

Capítulo I

Introducción al problema

Comprender los motivos más profundos de los juicios de venganza nos obliga –antes de entrar en cuestiones de derecho– a comenzar por la política, pues no es novedad que los juicios a los que se hará referencia no son jurídicos.

1 | VAMOS POR TODO

En 2003 una fracción del peronismo encabezada por el ex gobernador de la sureña provincia de Santa Cruz, Néstor Kirchner, arribó al poder⁴ con el 22% de los votos, encontrándose el país al borde de la ingobernabilidad y con algunas denuncias sobre

³ Katz, Alejandro "Un gobierno cada vez más fuera de control" *La Nación* 3-1-13.

⁴ Recuérdese que el presidente Duhalde, luego de la renuncia de Reutemann y de De la Sota a la candidatura para presidente, no encontraba a alguien dispuesto para presentarse en las elecciones presidenciales por lo que se decidió por el gobernador de Santa Cruz que acreditaba el 6% de la intención de voto.

corrupción⁵ que se profundizaron a medida que se afianzó su gobierno⁶. Con pocas opciones y decidido a tomar las medidas que fuesen necesarias sin reparar en las consecuencias, el nuevo gobierno inició su gestión política motivado por imponer cambios trascendentes, dar muestras de su efectivo poder y consolidar la legitimidad de su escasa base de apoyo, aunque con la ejecución de dichos actos se afectase de manera grave la institucionalidad⁷. Había llegado el populismo para redistribuir la riqueza, enervar pasiones, prometer lo imposible, dismantelar instituciones y evitar los debates parlamentarios, pues la subordinación a la voluntad del Poder Ejecutivo y la ilusión de lo material pasaron a ser lo único importante a la hora de votar una ley.

La república comenzó a transitar un sendero agónico ante la ignorancia de los necesitados que apoyaron al populismo a cambio de la garrafa social, precios controlados y planes sociales que les aseguran la permanencia en su miserable condición.

En un comienzo, el advenimiento de Kirchner suponía una bocanada de aire fresco, ante la impericia de los políticos que había desembocado en la crisis del 2001 con el 25% de desocupación, más la corrupción e impunidad; pero esa sensación se fue diluyendo luego del triunfo en las elecciones parlamentarias de medio término, en las que superó el 40% y comenzó a surgir el verdadero plan del "kirchnerismo", que

⁵ http://www.clarin.com/opinion/Kirchner-fondos-Santa-Cruz_0_275972424.html. Consultada en noviembre de 2011.

Acusado, entre otras cuestiones, por haber dispuesto de más de dos mil millones de dólares que fueron retirados del país, provenientes de la privatización de la compañía petrolera estatal YPF, fue sobreesido por jueces de marcada afinidad con el gobierno.

⁶ Cristina Fernández de Kirchner en 2012, en base a los datos de sus declaraciones patrimoniales, registraba un incremento del 928% desde que asumió la presidencia.

⁷ Al violar la independencia del Poder Judicial la conducta del Poder Ejecutivo quedó encuadrada en el Art. 18 de la Carta Interamericana Democrática, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001, que establece: *Cuando en un Estado Miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, el Secretario General o el Consejo Permanente podrá, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. El Secretario General elevará un informe al Consejo Permanente, y éste realizará una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento.*

contemplaba desde un comienzo la apropiación del "sillón presidencial" durante dieciséis años mediante una alternancia exclusiva del matrimonio presidencial⁸.

El embate iniciado con el desembarco del modelo "Nac & Pop"⁹ de la nueva dirigencia, se terminó de popularizar con la expresión "vamos por todo" como síntesis de una conducta de apropiación absolutista de las estructuras estatales, que luego habría de expandirse a otras áreas del quehacer nacional.

Esta política comenzó a implementarse de manera simultánea en dos frentes, el Poder Judicial y las fuerzas armadas –FFAA–; luego vendrían las batallas por los medios y las empresas.

Aunque las medidas de gobierno, más impactantes y mediáticas fueron reservadas para los segundos, la anulación de la independencia de la justicia fue crucial para concretar la "Política de Estado". Hecho que le permitió al gobierno:

- a] asegurar el enjuiciamiento de las fuerzas armadas violando los derechos humanos,
- b] anular la posibilidad de que los agentes del gobierno respondiesen ante la justicia por los escandalosos casos de corrupción, narcotráfico y enriquecimiento ilícito, a los que Kirchner no era ajeno, y
- c] perseguir a la oposición con procesos judiciales¹⁰, en particular si estaban vinculados a los '70.

⁸ Así lo refirieron a fines de 2006, programas de análisis político de *Radio Nacional*, órgano de difusión del gobierno.

⁹ Nacional y popular.

¹⁰ El ex presidente Carlos Menem, Mauricio Macri, Ernestina de Noble titular del multimédios Clarín, Hugo Moyano Secretario General de la CGT, el General Roberto Bendini, el Almirante Godoy, Juan B. Yofre, Vicente Massot, el Cardenal Primado Jorge Bergoglio, *La Nación* [causa Papel Prensa] y *Clarín* [Papel Prensa y el caso de los hijos de Noble] fueron algunas víctimas de esta política basada en la apertura de causas que penden de un hilo, como herramienta de disciplinamiento político de la oposición. También se los atemoriza con inspecciones de la AFIP, lo que ha sido reconocido por la Presidente, Cristina Fernández de Kirchner, de manera pública.

2 | ELEGIR AL ENEMIGO

En el caso de las fuerzas armadas, debemos previamente hacer una breve referencia al fundamento de las conductas presidenciales para comprender sus verdaderas intenciones. En 1926 John von Neumann¹¹ enunció el teorema minimax, un método de toma de decisiones que permite minimizar las máximas pérdidas esperadas, en lo que se conoce como "teoría de los juegos".¹², también llamada "teoría de las situaciones sociales".

Von Neumann, nos ilustra Carlota Gastaldi¹³, se dio cuenta que los juegos de salón plantean dilemas simples, generalmente ocultos por la parafernalia de los naipes, las figuras de ajedrez o los dados; fueron los que despertaron la curiosidad de von Neumann.

Pronto reconoció conflictos similares en la economía, la política y diversas situaciones de la vida cotidiana y de la guerra.

Siguiendo la noción empleada por von Neumann, un juego es una situación cognitiva en la que uno debe tomar una decisión sabiendo que los demás también toman decisiones, y que el resultado del conflicto se determina, de algún modo, a partir de todas las decisiones realizadas.

Neumann demostró que en situaciones complejas siempre hay una forma racional y correcta de tomar las decisiones.

Cuando el resultado depende de muchas personas, el proceso de toma de decisión más adecuado resulta complejo porque requiere investigar y evaluar las posibles acciones del resto de los opositores.

¹¹John von Neumann y Oskar Morgenstern de la Universidad de Princeton publicaron *Theory of Games and Economic Behavior*.

¹² En 1994 John Harsanyi, Reinhard Seiden y John Nash recibieron el Premio Nobel de Economía por el desarrollo de una teoría en la que explican el funcionamiento de las relaciones entre empresas competidoras, con fundamento en la "teoría de los juegos sociales".

¹³ Gastaldi, Carlota; Urrea, Marcel; Fernández de Córdoba Pedro, *Teoría de la decisión Contribuciones de von Neumann, Divulgaciones matemáticas*, Vol. 6, N°1, Universidad de Valencia 1998.

Ello era crucial en la Argentina del 2003 para restaurar la confianza de los ciudadanos en la clase política y de esa manera poder gobernar.

En definitiva, de la elección de un adecuado oponente dependía el éxito del proyecto del gobierno, en este caso recayó sobre las FFAA. Kirchner las eligió por su incapacidad de respuesta y el bajo costo político de imputarles todos los males de la Argentina que victimizaban a su gobierno. Criterio que habría de mantenerse, aún durante los momentos en que la política oficial resultaba vencida en los conflictos permanentes que planeaba el gobierno [el campo, los hijos de Noble etc.], hasta que el conflicto con los “fondos buitres” en 2014, obligó a Cristina Fernández a elegir al gobierno de los EE.UU. para culparlo de no poner límites al juez Griesa, a quien pasó a responsabilizar de la situación de la Argentina, para ese entonces era evidente que los militares, que estaban muriendo en las cárceles, ya no resultaban de utilidad política.

Parafraseando a Umberto Eco¹⁴, Kirchner construyó a su enemigo y *como en los procesos estalinistas primero se construía la imagen del enemigo y luego se convencía a la víctima de que se reconociera en esa imagen*¹⁵.

Consecuentemente, la crisis del 2001 y sus derivaciones dejaron de ser responsabilidad de veinte años de malas gestiones de ciertos políticos, quienes salieron de la mira del descontento popular reflejada en la difundida consigna "que se vayan todos".

Denunciado el gobierno de facto como el “verdadero” responsable de las dificultades en las que estaba sumido el país, la culpa recayó masivamente sobre los militares, pese a que su cúpula en los '80 ya había asumido de manera irreversible que el rol de las FFAA en la sociedad, no estaba vinculado al ejercicio de los poderes de la República.

Ante unas fuerzas armadas desconcertadas por las actitudes de su comandante en jefe, Kirchner eligió el Colegio Militar, instituto de formación de oficiales del Ejército Argentino y cuna de muchos presidentes de facto y de iure, para ordenar al

¹⁴ Eco, Umberto, *Construir al enemigo*, Lumen, Buenos Aires 2013.

¹⁵ *Ibíd*em, pág. 33.

jefe del Estado Mayor General del Ejército, el 24 de marzo de 2004, frente a las cámaras de TV, que retire los cuadros de los generales y ex presidentes durante el Proceso de Reorganización Nacional –PRN– Jorge Rafael Videla y Reinaldo Benito Bignone, máximos representantes del "oponente" seleccionado.

Puesto el peso de los desaciertos de gobierno en las mochilas militares, estaban listas las condiciones políticas para separar la "paja del trigo" y enjuiciarlos para satisfacer las demandas de la izquierda, sector al que Kirchner, de claro pasado capitalista, eligió como aliada para construir su base de poder.

La profundización de la separación entre "militares buenos" y "militares malos" llegó de la mano del desmedido aumento de vacantes en las cúpulas militares.

Del lado del "trigo" nunca hubo tantos generales, almirantes y brigadieres, en actividad en proporción a las fuerzas bajo sus mandos, cuyas remuneraciones seguían el compás de los haberes de los funcionarios públicos de jerarquía, mientras que del lado de la "paja" los salarios de los retirados cayeron dramáticamente.

La "lealtad militar" a designios de todo tenor, comprada por el Poder Ejecutivo, quedó asegurada, al menos a nivel de las cúpulas.

3 | A LOS AMIGOS, DERECHOS HUMANOS A LOS ENEMIGOS, NI JUSTICIA

Así la materialización de la impronta "kirchnerista", en supuesto favor de los derechos humanos, también se vio reflejada en la implementación de las políticas criminales. De las tres tendencias de mayor aceptación en la materia: a) punitivista, b) abolicionista y c) minimalista, el "kirchnerismo" optó por una combinación de éstas, reservando la primera para los acusados de cometer delitos de lesa humanidad. Es un secreto a voces que en la Argentina coexisten "tres justicias": una para la delincuencia común, otra para los funcionarios oficialistas y una más para los acusados de "lesa" a

los que se les aplica un rígido punitivismo exigido por el gobierno y acatado por una justicia¹⁶ subordinada.

Se impone así, un aberrante triple estándar que erosiona hasta su eliminación la garantía de igualdad ante la ley [Art. 16 de la Constitución Nacional]. En este sentido, como autor abolicionista y en contradicción con sus sentencias, ha expresado el ministro Zaffaroni: *no estamos para nada convencidos que en un Estado de Derecho sea viable la coexistencia pacífica de dos modelos diferentes de Derecho Penal. Uno respetuoso de las garantías y de los derechos fundamentales de los ciudadanos y otro puramente policial, para "enemigos" que renuncie a la aplicación de los principios característicos de un Estado de derecho, los cuales son vinculantes por mandato constitucional*¹⁷.

De alguna manera Kirchner tenía presente que en muchos lugares, como nos advierten Luis Flavio Gomes y Alice Bianchini: *A partir del momento en que la izquierda comienza a asumir el poder, percibe que desde el punto de vista electoralista era conveniente el discurso punitivista, que cuenta con un gran apoyo no sólo en la población, sino también en los medios de comunicación. Se descubre que el aprovechamiento masivo de nuevas leyes penales se convierte en parte de la bandera "progresista"*.

*Es enorme la rentabilidad del discurso de ley y orden, que antes sólo monopolizaba la derecha. El uso intenso del derecho penal deja de ser un tabú para todas las ideologías. La izquierda, que tanto cuidaba el uso y abuso del derecho penal por parte de la derecha, se transforma en una izquierda punitiva*¹⁸.

¹⁶ Coincidente con ello: "The Global Competitiveness Report 2011-2012", del *World Economic Forum*, pág. 395. En la valoración de la independencia del Poder Judicial Consigna que la Argentina se encuentra en el puesto 123 –de 142 países evaluados–, Chile ocupa el puesto 24, Uruguay 28, Brasil 71, Colombia 81, Bolivia 100, Perú 119, Paraguay 138, Venezuela 142. Los poderes judiciales de la Argentina, Paraguay y Venezuela son los de menor independencia entre los países de la región.

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado Derecho Penal, Parte General*, ed. Ediar, 9ª reimpresión, Buenos Aires, 1999. pág. 226.

¹⁸ GÓMES, Luis Flavio, BIANCHINI, Alice, "Derecho penal del enemigo y los enemigos del derecho penal". En: Cancio Meliá, Gómez Jara Díez, Coordinadores, *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de exclusión*, Euro Editores, Buenos Aires, 2006. TI, pág. 955. La Dra. Alice Bianchini es directora

En el caso argentino la "izquierda punitiva" descargó todo el poder del Estado sobre los civiles y militares que actuaron en los '70.

Entre los partidarios de este punitivismo vernáculo, los autores distinguen a grupos que conciben *el derecho penal como un instrumento de contrapoder, de revancha, de revolución, de transformación de la sociedad*.

*Así lo considera como instrumento válido para castigar y controlar no sólo a las "clases poderosas" sino también a los que detentan cualquier posición de poder*¹⁹. [...] *y abogan por una mayor aplicación del derecho penal para proteger sus intereses*²⁰.

En consecuencia, numerosos abogados jóvenes, convencidos de su nuevo rol social, nutren hoy los tribunales que celebran los juicios de venganza, tanto en las querellas como en las fiscalías, e incluso desempeñándose como jueces.

En general, en sus razonamientos jurídicos no se abstraen de las categorías actuales, para juzgar hechos que los separan hasta de tres generaciones.

Así, el aluvión de jueces y fiscales subrogantes, coadyuvó con la política de dos ONGs, elegidas por el "kirchnerismo" como emblemas de su política pública de derechos humanos, con las que habría de cuestionar políticamente primero a las fuerzas armadas, para luego hacerlo con otros sectores de la sociedad: la ONG simpatizante con el chavismo venezolano "Madres de Plaza de Mayo" encabezada por Hebe de Bonafini y "Abuelas de Plaza de Mayo" inspirada en la socialdemocracia, su titular Estela de Carlotto junto a Bonafini, condenaron el rol natural de toda ONG, esto es, controlar y limitar el ejercicio distorsionado de las políticas públicas. En consecuencia pasaron a acompañar y convalidar las políticas de gobierno por las que se vieron enormemente beneficiadas.

del Instituto Panamericano de Derecho Penal de Sao Paulo, el Dr. Flavio Gómes es fundador y presidente de PRO OMNIS-IELF.

¹⁹ *Ibídem* pág. 951.

²⁰ *Ibídem* pág. 952.

Una tercera ONG de modesto perfil público, pero de poderosa capacidad de *lobby* el Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS–, bajo la conducción del ex dirigente montonero Horacio Verbitsky, junto a la Secretaría de Derechos Humanos –SDH– dirigida por Eduardo Luis Duhalde, vinculado al Peronismo de Base²¹, se encargarían de las "efectividades conducentes" para lograr la concreción de los juicios de venganza.

Así Bonafini comenzó a expandir su imperio: la “Radio de las Madres”, la “Universidad de las Madres”, la empresa de construcción de las madres²², etc., todo un despliegue ideológico económico que terminó envuelto en denuncias de corrupción, turbios manejos millonarios de fondos públicos, tráfico de influencias, armas ocultas, etc.

Carlotto, en cambio, más allegada a la imagen que pretende dar el CELS, acomodó a sus familiares en cargos públicos, se prestó al ejercicio de acciones políticas concretas a favor del gobierno y a promover su intención de recibir un premio Nobel.

Una de estas acciones públicas, fue la campaña contra la titular del grupo Clarín en 2010; la página web de la Presidencia de la Nación expresaba: *la Presidenta anunció que apoyaría a las Abuelas de Plaza de Mayo en caso de que éstas decidieran denunciar ante tribunales internacionales, las irregularidades en la causa en la que se investiga la supuesta apropiación ilegal de los hijos adoptivos de Ernestina Herrera de Noble*²³.

Mientras tanto, el CELS reforzaba sus vínculos con organizaciones vinculadas a los demócratas de los EE.UU. y entraba con su discurso en centros académicos de la mano de la justicia transicional.

Los derechos humanos del resto de los ciudadanos quedaron fuera del "relato" y

²¹ El Peronismo de Base fue la organización de superficie de las Fuerzas Armadas Peronistas –FAP– responsables de numerosos atentados terroristas.

²² Sueños Compartidos.

²³ <http://www.presidencia.gov.ar/la-presidenta/biografia>, consultada el 1 de diciembre de 2012.

pasaron a ser una mera declamación de intenciones²⁴.

Así las decisiones políticas de Kirchner sobre las fuerzas armadas, le permitieron anular hipotéticas respuestas del sector²⁵ militar ante el hostigamiento que habría de implementarse ya no sólo sobre estas, sino también contra postulados sostenidos por la Iglesia Católica y la “oligarquía” representada por la figura de José Martínez de Hoz²⁶, tres sectores tradicionales señalados como opuestos al surgimiento del socialismo en América Latina²⁷.

De esa manera aquello que comenzó con los militares, con el tiempo se extendió a otros ámbitos de la sociedad y sólo bastaba un denunciante para sacar a un opositor de

²⁴ En 2012, la Argentina fue observada por 57 países, en la 14ª sesión del Consejo de Derechos Humanos en Ginebra, recibiendo numerosos cuestionamientos que van desde la tortura en las cárceles a la falta de acceso a la información pública y desde el estado de pobreza de muchos niños hasta el tráfico de personas.

²⁵ Contra todos los pronósticos acerca de las nulas posibilidades de reacción militar, hubo una manifestación en la Plaza San Martín de la ciudad de Buenos Aires, con una nutrida concurrencia que alarmó a Kirchner, quien no estaba dispuesto a tolerar disidencias que le complicasen su acción política y eligió nuevamente el Colegio Militar de la Nación para responder a este sector.

El 29 de mayo de 2006, ante la tropa formada por la conmemoración del día del Ejército dijo que no les tenía miedo y rápidamente se retiró de la ceremonia, antes que finalizara el desfile militar.

Era evidente que el Comandante en Jefe de las fuerzas armadas no estaba desafiando al personal a sus órdenes por aquello que hubiesen hecho, sino por lo que representaban, ya que las tropas allí presentes poco o nada tenían que ver con los '70. Kirchner estaba poniendo en práctica la máxima romana *quien puede lo más, puede lo menos*, al desafiar públicamente a unas fuerzas armadas demonizadas pero que ningún peligro representaban para la democracia, en definitiva, se estaba dirigiendo de manera indirecta al resto de la sociedad. En particular, a los agentes estatales a cargo de la administración de la justicia a quienes había que disciplinar a los deseos del Ejecutivo.

Hace ya varios siglos que Sun Tzu advirtió *mata a uno y espantarás a mil*. Sun Tzu, *El arte de la guerra*, Editorial Tomo, México 2002, pág. 62.

²⁶ Primer ministro de economía del Proceso de Reorganización Nacional.

²⁷ Heinz Dieterich es el inspirador del Socialismo del siglo XXI llevado a la práctica por Hugo Chávez en Venezuela. Sociólogo y columnista de la revista *Rebelión*, ve en estos tres sectores el impedimento para el surgimiento del socialismo del siglo XXI.

circulación, acusándolo de estar vinculado a violaciones de derechos humanos, tal como ocurrió entre otros, con el Juez Tettamanti²⁸.

4 | JUSTICIA Y PROPAGANDA

El control de la justicia se logró efectuando tres acciones concretas:

- 1]- El Poder Ejecutivo asumió el control del Consejo de la Magistratura²⁹.
- 2]- Se introdujeron cambios en la composición de la Corte Suprema³⁰ y los nuevos ministros fueron previamente condicionados, como se verá más adelante.

²⁸ http://www.lanacion.com.ar/2F1516184-el-juez-tettamanti-renuncio-por-violencia-moral&ei=F7KKUO3dAoTc8ATw94HIBw&usg=AFQjCNGPLdBI-7Pgt_e97QOJApTGQWsOaA. Tettamanti fue amenazado con que se le abriría una causa por violación a los DDHH a su hermano militar, si no renunciaba como juez en la causa por la "ley de medios".

²⁹ En febrero de 2006 Kirchner impulsó la reforma al Consejo de la Magistratura, pese a la oposición del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y de la Federación Argentina de Colegios de Abogados –FACA–; con ello el Poder Ejecutivo pasó a tener el control sobre el futuro de los jueces y la justicia quedó a su disposición.

³⁰ El Profesor Dr. Marcelo Sancinetti calificó este operativo de remoción como *Golpe de Estado a la Corte*.

La designación de los nuevos jueces no estuvo exenta de controversias, destacándose la doble moral de uno de sus ministros, E. Zaffaroni, quien habiendo aceptado desempeñarse como juez durante el gobierno militar, asumió para revisar ese período como ministro de la Corte Suprema.

Al momento de su designación se lo cuestionó por no haber abonado ciertos impuestos, y ya durante el ejercicio de su magisterio fue denunciado por la ONG Alameda por la titularidad encubierta de prostíbulos y el trabajo sexual esclavo de las inquilinas en departamentos de su propiedad, cargo del que resultó rápidamente sobreesido.

<http://laalameda.wordpress.com/2012/05/25/presentamos-nuevas-pruebas-en-la-causa-por-los-departamentos-prostituarios-de-Zaffaroni/>. consultada el 7 de noviembre de 2012.
También en: http://www.perfil.com/contenidos/2012/05/24/noticia_0024.html, consultada el 4 de agosto 2012.

3]- Se inició una “limpieza” y sustitución de jueces federales, reemplazados –en su mayoría– por jueces subrogantes, tanto en la Cámara Nacional de Casación Penal –CNCP–, como en las cámaras federales, tribunales orales federales y juzgados de primera instancia. También se reemplazaron fiscales y hasta defensores oficiales poco proclives a aceptar las nuevas reglas del derecho penal que se les habría de imponer³¹. Verdadero ejercicio de coerción y amenazas estatales.

Una mención especial merece la "propaganda" desplegada desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación –CSJN– para dar publicidad a los juicios, a partir de la acordada 29/08 con fundamento en el derecho a informar.

A tal efecto se reemplazó el registro audiovisual de las audiencias habitualmente realizado por la Policía Federal, por el de la Escuela de Cine ENERC dependiente del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales –INCAA³²–, y la CSJN a través de la Dirección General de Prensa y Comunicación ofreció asistencia a los tribunales para su relación con el periodismo³³. La medida persigue tres claros objetivos:

³¹ Una de las primeras víctimas fue el juez de la Cámara de Casación Alfredo Bisordi quien se vio obligado a renunciar luego de un escrache en su domicilio, pues se oponía a perpetrar las violaciones al derecho que impulsaba el Poder Ejecutivo.
<http://www.página12.com.ar/diario/elpais/1-84269-2007-04-29.html>,
<http://www.revista-noticias.com.ar/comun/nota.php?Art.=283&ed=1579>, consultadas el 8 de julio 2012.

Más de 90 miembros del Poder Judicial fueron perseguidos, denunciados, presionados o extorsionados, para que asuman el "nuevo derecho" o dejen vacante su puesto, algunos resultaron encarcelados o procesados, mientras que otros debieron exiliarse.

³² Su directora Liliana Mazure integró la JP, organización de superficie de Montoneros, en GORBATO, Viviana, *Montoneros Soldados de Menem ¿Soldados de Duhalde?*, Sudamericana, Buenos Aires, 1999, pág. 311.

Mazure fue la directora del film: *1973 Un grito de corazón*, en el que se relata la historia de Montoneros con un enfoque idealista y romántico.

³³ El principio de inocencia que rige hasta que la sentencia quede firme fue literalmente destruido, situación que afecta seriamente al imputado que resulta absuelto o cuando es condenado con una prueba que debió haber sido declarada improducible, inaprovechable y nula, como ocurre en muchos casos.

El Art. 71 de la ley 24.660 se anticipa a esta situación y establece: *El traslado individual o colectivo de internos se sustraerá a la curiosidad pública y estará exento de publicidad.*

1]- Posicionar internacionalmente a la Argentina en el campo de los derechos humanos, pretendiendo mostrarse a la vanguardia de las políticas de castigo, pero ocultando las violaciones que estos procesos conllevan.

Así lo reflejó el fiscal Pablo Parenti, en un reportaje publicado en *Página 12*³⁴, el 28 de marzo de 2011: *La Argentina en esta materia es un ejemplo para el mundo [...] La reapertura de los juicios en Argentina produjo una irradiación hacia otros países y aún hoy los procesos judiciales argentinos son mirados por todo el mundo.*

En efecto, Colombia es uno de los lugares donde se replican elementos de la política de derechos humanos previamente probados en la Argentina, que se aplica con rigor

En ese mismo sentido el PIDCP en su Art. 14, dice: *...La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública.*

Obsérvese que la obligación internacional sólo exige que la sentencia sea pública. Ello es concordante con el Art 45.1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos –RMTR– de la ONU que establece:

45. 1) *Cuando los reclusos son conducidos a un establecimiento o trasladados a otro, se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad.*

Naturalmente estas reglas mínimas no podían prever que la publicidad sería favorecida por los propios tribunales, empeñados en legitimar sus violatorias conductas con la presencia de público anuente.

A tal punto que ya es rutina que los jueces informen primero a la prensa de sus sentencias y después a los abogados defensores, pues no son pocos los casos en los cuales los abogados se han enterado por los medios las decisiones de los tribunales acerca de sus pupilos. Cfr. Familiares de Presos Políticos en la Argentina, *Informe sobre Presos y Perseguidos de la Argentina*, IPPDH-010812, septiembre 2012, archivo de los autores.

³⁴ El diario *Página 12* es generosamente subsidiado por el Gobierno Nacional con la distribución de la pauta publicitaria. La ONG Poder Ciudadano en un informe presentado correspondiente a mayo de 2009 sostiene que *Página 12* recibió \$ 52.000 por mes para una tirada de 10.000 ejemplares.

a los militares de ese país que combaten contra las FARC, organización que contó con el explícito apoyo de la ONG Madres de Plaza de Mayo³⁵ y actual responsable del mayor cartel de Colombia luego de la muerte de Escobar Gaviria.

2]- Magnificar el relato épico de la militancia evanesciendo las responsabilidades con respecto de sus propias víctimas.

Así desaparecieron los combatientes de los '70 y en su reemplazo surgieron las "neo víctimas", mientras que *la figura de la guerra fue abandonada por relatos militantes en favor de la noción de terrorismo de Estado o de genocidio, como clave explicativa de lo sucedido*³⁶.

3]- Estigmatizar a los acusados, tal como lo confirmó la titular del INCAA Liliana Mazure en una entrevista realizada por *Página 12*³⁷, en la que afirmó que el material fílmico de los juicios podrá ser consultado por el público a partir de momento en que las sentencias queden firmes y agregó: *El archivo va a pasar a formar parte en cada lugar de la Secretaría de Derechos Humanos. También de las diferentes instituciones, de acuerdo con quien se firmó convenio. Quedará una copia en el Archivo Nacional de la Memoria, otra acá. La idea es que esto se difunda lo más posible.*

En esa misma dirección fue abierta una sección especial dedicada a los juicios de venganza en la página web del Centro de Información Judicial –CIJ– de la CSJN.

³⁵Según un aviso publicado el 25 de mayo de 2004, por la Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo se anunció la realización del seminario "40 años de las FARC", con la presencia de Rubén Batallés por el PRT-ERP, Eduardo Soares por Montoneros, Patricio Etchegaray Secretario General del PC y Hernán Schiller como coordinador de las clases públicas.

³⁶ CARNOVALE, Vera, *Vencedores vencidos, Los relatos de los represores y las deudas de la memoria militante*, en: Hilb Claudia, Salazar Philippe Josep, Martín Lucas G., *Lesas humanidad, Argentina Sudáfrica: reflexiones después del mal*, Katz, Buenos Aires, 2014, pág.90.

³⁷ "Las imágenes de los juicios", *Página 12*, 11 febrero 2013. Pese a lo expresado por Mazure, fotos de los acusados tomadas de las filmaciones de juicios sin sentencia firme fueron repartidas en el Stand de Madres de Plaza de Mayo de la Feria del Libro 2014.

5 | UN ABOGADO DE "IZQUIERDA" CONTRALOR DE LA CORTE SUPREMA

La crítica a los EE.UU. constituyó también un aspecto central de la política de seducción a la izquierda implementada por el Poder Ejecutivo.

Kirchner en persona aprovechó la oportunidad de la IV Cumbre de las Américas en 2005 celebrada en Mar del Plata para cuestionar públicamente, ante las cámaras de TV, la política de los EE.UU. frente al propio presidente George Bush, al tiempo que organizó con Chávez y las madres de Plaza de Mayo³⁸ una contra cumbre en la que el mandatario caribeño propuso el ALBA, en contra del ALCA impulsado por los EE.UU. evento que finalizó con programados disturbios callejeros.

La desafiante conducta del presidente argentino hacia el mandatario del país más poderoso del mundo, generó comentarios elogiosos y de admiración en círculos de izquierda, pues se trataba de un reclamo histórico de este sector.

De esta forma, y con el apoyo de todo el espectro de la izquierda, Kirchner logró concentrar la atención de la ciudadanía en la problemática de los '70 y tan sólo al año de haber asumido el poder, se dictaron los primeros fallos en la dirección que impulsaba el Ejecutivo, habilitándose la mayor persecución política en sede judicial llevada a cabo por un gobierno de iure contemporáneo³⁹.

³⁸ Allí Bonafini expresó: *Hemos venido con una pala, porque en Mar del Plata está la tumba del ALCA.*

³⁹ Una de las tantas muestras de la persecución política del Estado se dio al momento de asumir Martín Fresneda como Secretario de Derechos Humanos de la Nación –miembro de la agrupación HIJOS–. En su primera intervención, publicada por la agencia TELAM, lejos de preocuparse por evitar abusos de agentes estatales, expresó: *entre los nuevos desafíos de esa cartera se encuentra el de resolver cómo damos vuelta una página de esta historia con más memoria, verdad y justicia, y no con reconciliaciones, ni olvidos, ni impunidad. Al asumir su nuevo cargo, Fresneda le agradeció “fuertemente” a la presidenta Cristina Fernández de Kirchner por haberle dado “esta posibilidad” y contó un diálogo que tuvo con ella antes de llegar a su cargo. “Quédese tranquila que voy a hacer todo lo posible”, contó que le dijo a la Presidenta cuando le informó que sería nombrado como secretario de Estado. “No, lo imposible”, reveló que fue la respuesta de la jefa de Estado.*

http://memoria.telam.com.ar/noticia/asumio-martin-fresneda--en-DDHH-de-la-nacion_n1040.

Desde la estructura del gobierno fue lanzado y sostenido en el tiempo un mensaje manipulado, dirigido a la opinión pública, que facilitó la materialización de la venganza de las organizaciones revolucionarias de izquierda de los '70, cuyos integrantes, con el transcurso del tiempo, fueron incorporándose a la estructura del Estado.

En este contexto, surgió la necesidad de dominar la voluntad de la Corte para concretar las transformaciones pretendidas, por lo que esta fue públicamente presionada⁴⁰ por Kirchner con la finalidad de obtener los recambios de ministros que necesitaba.

De la denostada Corte "menemista" criticada por actuar como “mayoría automática”

que habilitaba sentencias a la medida del Poder Ejecutivo, se pasó a una Corte “progresista” de sesgo "kirchnerista" que sigue los mandatos del nuevo gobierno, aunque cada tanto se pronuncie en algún fallo disonante con la política oficial⁴¹ para presumir cierta independencia, sobre todo a partir de los intentos del gobierno de Cristina Fernández –en 2013– de obtener mayor control sobre el "Poder Judicial" publicitado tras el lema de "democratizar la justicia", impulsado por la agrupación Justicia Legítima integrada por miembros del Poder Judicial afines al gobierno.

No obstante las manifestaciones de autonomía de la justicia, tal condición no se evidenció con las causas referidas a los asuntos de interés para el Poder Ejecutivo, ni con los casos de corrupción de los funcionarios que prolijamente se cierran en los tribunales gracias a la acción de determinados jueces, o se traban de manera que la prescripción de la acción penal queda garantizada.

Pese a la incorporación de los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco, la Corte con la vieja mayoría todavía vigente dictó sentencia en un fallo dividido en el caso "Arancibia Clavel", en agosto de 2004, a partir del cual el supremo tribunal impuso la

⁴⁰ Cfr. infra, notas 55 y 96 y pág.86 Fig. -1-.

⁴¹ Ejemplo de ello se dio cuando la Corte falló en favor del pago del 82% móvil para los jubilados, o la reposición de un funcionario a su anterior cargo, en la provincia de Santa Cruz, que había sido eliminado por Kirchner. Sin embargo éste incumplió lo dispuesto por la CSJN y la Corte guardó silencio.

aplicación retroactiva del derecho penal [supuestamente habilitado por la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU aprobada por la Asamblea General en 1968].

Desde el punto de vista técnico, este fallo determinante para la nueva política, no podía crear doctrina por su debilidad ante tanta disidencia⁴². Sin embargo, era evidente que para un Kirchner ávido de legitimidad no era una buena respuesta y la vieja conformación de la Corte quedó sentenciada. Sus disidentes ministros, –con excepción del Dr. Fayt quien, pese a las presiones para que renuncie, mantuvo firme su posición– fueron apartados ante el vendaval renovador del "kirchnerismo", que repitió con la CSJN la misma política empleada con el máximo tribunal de justicia de su provincia durante su gobernación.

Era indudable que el Ejecutivo necesitaba que los fallos de la CSJN "preconstituyesen jurisprudencia", para poder ser aplicada con posterioridad a la cuestión de los '70, aunque manteniendo la imagen de un estricto apego al derecho. La nueva Corte en cambio, estaba dispuesta a seguir la línea del gobierno, aún a riesgo de quebrantar la maltratada seguridad jurídica.

Mientras tanto, en el ámbito del Congreso las diputadas "Lilita" Carrió⁴³, Patricia Bullrich y Patricia Walsh, entre otros, hacían un fuerte *lobby* a favor de la anulación de las leyes de perdón, ley 23.492 –Punto Final– y ley 23.521 –Obediencia Debida– y preparaban el escenario político para que la nueva Corte se expidiese en el caso "Simón".⁴⁴ [2005], en el que no habría de repetirse la experiencia del caso "Arancibia Clavel".

⁴² Causa 259 "Arancibia Clavel", Enrique Lautaro, [Fallos: 327:3312] "sobre homicidio calificado y asociación ilícita y otros", 24 de agosto de 2004.

⁴³ Para Carrió la derogación de las leyes se trató de una bisagra histórica. <http://edant.clarin.com/diario/2005/06/14/um/m-995444.htm> consultada en noviembre 2012. En 2003 el ARI de Carrió e Izquierda Unida de Patricia Walsh fueron los dos únicos partidos que llevaron en sus plataformas políticas la propuesta de anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. En 1997 Juan Pablo Cafiero también había hecho esa propuesta y un año después se aprobó la ley 24.952 que derogó esas leyes.

⁴⁴ Causa S.1767, XXXVII° I, CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros sobre privación ilegítima de la libertad". [Fallos: 328:2056] [inconstitucionalidad de las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida"].

La nueva mayoría de la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de las anulaciones referidas, renunciando así a una facultad irrenunciable de la Justicia, en una sentencia con la sola disidencia del Dr. Fayt.

Lo notable y digno de destacar es que los criterios de los ministros expresados en fallos anteriores o en libros de su autoría, sufren un giro copernicano al momento de dictar sentencia y terminan por negar lo que previamente habían afirmado con sólida fundamentación.

6 | MANTENERSE FUERA DEL ESTADO ES PERSISTIR EN EL ERROR

Una buena parte de los actos de gobierno estuvieron destinados a la introducción de cambios, pero en ningún caso se distinguieron por el respeto al valor de las instituciones, característica que pudo apreciarse desde un primer momento en un detalle, que el nuevo presidente deslizó en el mismo momento que firmó el acta de asunción con un bolígrafo plástico, desdeñando la pluma estilográfica que tradicionalmente ofrece el escribano de gobierno, para después ser coleccionada.

A nivel de gobierno los cambios se acentuaron con el nombramiento del antiguo ministro del Interior del presidente Cámpora, Esteban Righi ⁴⁵ como Procurador General de la Nación en reemplazo del mendocino Nicolás Becerra⁴⁶; el ingreso de la diputada Diana Conti y del ex jefe de la columna sur de Montoneros y ex diputado de la "Tendencia Revolucionaria"⁴⁷ Carlos Kunkel⁴⁸, al Consejo de la Magistratura; la

⁴⁵ Righi, abogado personal del matrimonio Kirchner e integrante del "grupo Calafate", en 1973 fue un negociador clave en el turbulento proceso de amnistía por el que se liberó a los miembros de las organizaciones armadas procesados y condenados por la Cámara Federal en lo Penal de la Nación [CAFEPENA], conocida como "Camarón", en los '70. Durante el gobierno de Cristina Kirchner, el Procurador E. Righi fue denunciado por incompatibilidad en sus funciones cuando su estudio jurídico comenzó a defender casos de funcionarios acusados de corrupción y debió renunciar.

⁴⁶ Fue obligado a renunciar bajo presión.

⁴⁷ Se autodenominaban "Tendencia Revolucionaria" diferentes grupos de izquierda peronista que adhirieron a la lucha armada como las FAP, PB, FAR, Montoneros, etc.

incorporación del ex integrante del PRT-ERP Rafael Follonier⁴⁹ en Asuntos Técnicos de la presidencia y el advenimiento del ex montonero y presidente del CELS, Horacio Verbitsky⁵⁰ como asesor presidencial, quien posteriormente habría de convertirse en querellante en las causas por violaciones a los DDHH. Mientras Nilda Garré, también vinculada en los '70 a la Tendencia⁵¹, ocupaba la titularidad primero en el Ministerio de Defensa, tiempo después en el de Seguridad y finalmente en la OEA.

En el ámbito de la justicia se incorporaron a la nueva Corte, además de Eugenio Raúl Zaffaroni⁵² y Highton de Nolasco a cargo de la vicepresidencia, Carmen Argibay⁵³ y Ricardo Lorenzetti⁵⁴, un abogado sin experiencia en la magistratura pero con buena relación con la masonería y con Cristina Kirchner, quien posteriormente habría de asumir la presidencia de la Corte.

Ello en reemplazo de los ministros Julio Nazareno, Adolfo Vázquez, Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano, quienes fueron forzados a renunciar o terminaron

⁴⁸ Carlos Kunkel, luego del ataque por parte del ERP a la Guarnición de Azul, en enero de 1974, se opuso junto a otros diputados de la "Tendencia" a votar leyes más severas pedidas por Perón. Terminaron renunciando a sus bancas y fueron expulsados por el Consejo Superior Justicialista.

⁴⁹ <http://www.lanacion.com.ar/1255156-rafael-follonier-un-todoterreno-al-servicio-de-la-diplomacia-k>, consultada el 7 de diciembre 2012.

⁵⁰ Majul Luis, Wiñazki Nicolás, "Horacio Verbitsky. El periodista que más influye sobre Kirchner", *Newsweek Argentina*, 2006. <http://www.luismajul.com/2006/12/verbitsky-en-newsweek>. Consultada en octubre 2012. Verbitsky ha reconocido públicamente su militancia en Montoneros.

⁵¹ Cfr. Gorbato Viviana, *Montoneros, soldados de Menem. ¿Soldados de Duhalde?* Sudamericana, Buenos Aires, 1999, pág. 229.

⁵² Ex juez durante el gobierno militar.

⁵³ Fue asentada como desaparecida en la primera versión del *Nunca Más*, publicado por la CONADEP.

⁵⁴ Pese a no haberse desempeñado anteriormente como juez, se hizo cargo de la titularidad de la presidencia de la Corte. Fue denunciado por corrupción en el ejercicio de la profesión ["carancho"] por el periodista Carlos del Frade, quien también revela la relación de amistad entre el presidente de la CSJN y el presidente del CELS, Horacio Verbitsky. <http://www.youtube.com/watch?v=VGLuFyn23g0>, consultada en octubre de 2012.

destituídos como es el caso de los dos últimos⁵⁵.

Lo mismo ocurrió con los tribunales inferiores⁵⁶ cuyos reemplazos se realizaron, en muchos casos, por abogados vinculados al Centro de Estudios Legales y Sociales, quienes devenidos en funcionarios completaron la ingeniería judicial para la venganza.

En otros estamentos del Estado también se nombraron a ex montoneros como: Martín Gras y María Milia de Pirlés en la Secretaría de Derechos Humanos, Jorge Taiana a cargo de la Cancillería, Carlos Bettini titular de la embajada en España, etc.

Las presiones comenzaron a ser moneda corriente y en ese sentido se hicieron públicas. El Dr. Martín Gutiérrez congreso del Tribunal Oral Federal N°1 de Santa Fe expresó ante los medios: *sentirse "coaccionado" por el gobierno para condenar a acusados por violaciones a los derechos humanos durante el último gobierno militar [1976-83]*. Más adelante agregó: *El fallo, dictado por la Cámara Nacional de Casación Penal, desliza por primera vez que existen presiones desde el Ejecutivo para que todos los casos vinculados con delitos de lesa humanidad terminen en condena, so pena de que los jueces que fallen en contra sean sometidos a juicio político o padezcan problemas personales o con su familia*⁵⁷.

⁵⁵ <http://www.lanacion.com.ar/742932-quinto-cambio-en-la-corte-destituyeron-a-boggiano>, consultada en noviembre de 2012. En el caso Eduardo Moliné O'Connor se lo destituyó por el contenido de una sentencia sin que se haya acreditado irregularidad o mal desempeño alguno.

⁵⁶ Los familiares de Presos y Perseguidos Políticos de la Argentina elaboraron un informe en agosto de 2012, donde consignaron una lista de más de 90 miembros del Poder Judicial que fueron denunciados, presionados para que renuncien o destituídos, por casos vinculados a los DDHH, debido a que en sus sentencias o sus conductas no eran aceptables para la "Política de Estado" instaurada por el Poder Ejecutivo. Estas prácticas extorsivas pronto se extendieron a otros ámbitos de la sociedad de las que el multimedios *Clarín* fue una de sus víctimas.

⁵⁷ *La Nueva Provincia*, 30 de abril de 2009. Numerosos artículos de prensa también han reflejado la situación por la que atraviesa la justicia, entre ellos puede consultarse:

- "Jueces con obediencia debida se buscan", <http://www.lanacion.com.ar/895777-jueces-con-obediencia-debida-se-buscan>. 2007. Consultada de enero 2012.
- "La renuncia del Presidente del máximo Tribunal Penal de la Nación [Cámara Nacional de Casación Penal] Dr. Alfredo Bisordi". *Clarín* –12 de marzo del 2008 y *Página 12* – 14 de junio de 2008.

No obstante para llevar a juicio a civiles, militares y otros agentes estatales, además de derrumbar los valladares de las garantías constitucionales fue necesario sortear varios inconvenientes. El primero estaba vinculado a la prescripción de los delitos acriminados, habida cuenta de que existe el antecedente insoslayable del juicio a los comandantes, celebrado en 1985, en el que estos fueron juzgados por delitos comunes

-
- "Es un día de vergüenza para nuestro sistema judicial". *La Nación*. www.lanacion.com.ar/1082193-cristina-es-un-dia-de-verg%C3%BCenza-para-nuestro-sistema-judicial.
 - "El gobierno impulsará el juicio político a los jueces que ordenaron liberar a represores". *La Nación*. www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1082432
 - "Editorial". *La Nación*, 26 de diciembre de 2008.
 - "Denuncian al gobierno en un foro de Jueces". *La Nación*, 22 de abril de 2009.
 - "Los Jueces cuentan como los presiona el poder político". *La Nación*, 20 de septiembre de 2009.
 - "El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti, reclamó al poder político que los jueces tengan más independencia". *La Nación*, 20 de septiembre de 2009.
 - "Grave denuncia de los abogados de la Capital". *La Nación*, 24 de septiembre de 2009.
 - Renuncia del Juez Federal Araoz de Lamadrid donde expresó: *...soy víctima de una cacería por no haber sido obediente...* *Diario Perfil*, 12 de diciembre de 2009.
 - También lo expresado por TV por el Senador por Córdoba Luis Juez: *Los Jueces de mi Provincia le tienen pánico al poder político...* Nelson Castro, TN, *Juego Limpio*, 10 de diciembre de 2009.
 - "Justicia para los amigos y castigo para los demás", *La Nación*, 27 de julio de 2011.
 - "La consigna: atemorizar y avasallar al Poder Judicial", *La Nación*, 04 de octubre de 2011.
 - "Una feroz persecución a los jueces", *La Nación*, 04 de octubre de 2011.
 - "En dos meses, el gobierno desmanteló un fuero judicial". *Clarín*, 22 de noviembre de 2012.
 - "Jueces advierten a la Corte que el gobierno afecta su independencia", *Clarín*, 30/11/2012.
 - "Las embajadas extranjeras, en alerta por la ofensiva del Gobierno. Miembros del cuerpo diplomático se reunieron preocupados por los avances contra la justicia y la prensa" *La Nación*, 19 de mayo de 2013.
 - "Fuerte condena internacional por los avances sobre la prensa y la justicia". *Clarín*, 20 de mayo 2013.
 - "Fuerte reacción por los ataques a la Justicia". *La Nación*, 22 de junio de 2013.
 - "Nueva ofensiva del gobierno para controlar la Justicia", *La Nación*, 30 de diciembre de 2013. A ello deben agregarse numerosos artículos más del mismo tenor que no se consignan por economía de espacio.

y en algunos casos la Cámara Federal reconoció explícitamente la prescripción⁵⁸ de la acción, por lo que en 2003 con el derecho aplicado en 1985 los delitos habían prescrito⁵⁹, las causas fenecido y las víctimas aceptado la reparación por el daño ocasionado por el Estado.

Ante ello, los tribunales optaron por ignorar lo actuado por la justicia hasta ese momento, recategorizaron arbitrariamente los delitos ya juzgados y otros agregados, calificándolos como delitos de lesa humanidad –DLH– en base a la ley *ex post facto* que incorporó en 1995 al derecho interno, la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU para los crímenes de guerra y de lesa humanidad, definidos en el Estatuto de Nuremberg de 1945⁶⁰.

Los procedimientos empleados para la puesta en marcha de los juicios de venganza, quiebran claramente la institucionalidad que tantos años y esfuerzos insumieron.

Con el transcurso del tiempo el descalabro institucional se hizo evidente. Pese a ello la popularidad del "kirchnerismo" se incrementó, en particular desde que el propio Kirchner asumió la administración de los fondos públicos, luego de la renuncia del

⁵⁸ Ver delitos acriminados al Brigadier Agosti, Cfr. *infra*, Fig. -29- T.II.

⁵⁹ El ministro Fayt tiene dicho en el caso "Arancibia Clavel":

Inc.41-Que a mayor abundamiento, corresponde puntualizar que el caso presenta la singularidad de que la prescripción ya había operado conforme las normas legales que la regían [Art. 62 del Código Penal] con anterioridad a la entrada en vigor de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad". Por ello, y toda vez que la prescripción penal es de orden público, por lo cual debe ser declarada de oficio, lo que quiere decir que se produce de pleno derecho por el sólo transcurso del plazo pertinente [Fallos: 186:289], aun cuando hubiera de reconocerse al régimen de prescripción establecido en la Convención "efecto retroactivo, nunca lo podría tener respecto a una acción extinguida antes de que dicha norma...comenzara a regir" [doctrina de Fallos: 207:86, el resaltado no pertenece al original; en el mismo sentido ver Jescheck, op. cit., pág. 1240, donde hace referencia a la llamada "gran retroactividad" y su incompatibilidad con los principios generales del Estado de Derecho].- Voto del ministro Fayt en disidencia.

H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Volumen Segundo, trad. Mir Puig-Muñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1981.

⁶⁰ Art. 6 inc. c] de este Estatuto dado exclusivamente para el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para la persecución de los delitos del nazismo, define por primera vez los delitos de lesa humanidad. El juicio comenzó el 20 de noviembre de 1945, se celebraron 403 audiencias y se escucharon más de 300 testigos.

ministro de economía Roberto Lavagna quien había propuesto como medida antiinflacionaria, la suba de las tasas de interés para frenar el estímulo a la economía y no sobrecalentar el consumo.

Las medidas adoptadas por Kirchner produjeron un efecto benéfico de corta duración. En un principio se registró un incremento del salario real en los períodos 2006 - 2007 y 2010 - 2011, que indujo a muchos a defender el “modelo K”. Era un hecho tangible que la economía había crecido, había superávit fiscal y para el 2007 se contabilizaba la creación de 300.000 nuevos empleos.

No obstante, con las tasas de interés bajas y la inflación en ascenso, el ahorro público fluyó hacia el consumo y se produjo una sostenida demanda de automóviles, electrodomésticos, shows de estrellas internacionales, restaurantes llenos, mini vacaciones, etc., que brindaron una apariencia saludable, aunque no son pocos los economistas que a mediados del 2012 comenzaron a reconocer indicios de estanflación en la economía.

El sostenimiento del espejismo de bonanza requirió de la subordinación del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos –INDEC– y del dominio de otros mecanismos de control, del ocultamiento de los números públicos, un severo “cepo cambiario”, un inescrupuloso secretario de comercio, libre disponibilidad de los fondos del tesoro, así como del ahorro público de las cajas de jubilación a las que se les echó mano luego de la estatización –ANSES– de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones –AFJP–, y la posesión de la “máquina de fabricar billetes”.

Naturalmente los más pobres lo serían aún más con el impuesto inflacionario, mientras las deudas interna y externa seguían escalando y las empresas y la mano de obra especializada incrementaban su peregrinaje a Brasil⁶¹, ya para el 2014 el gobierno no

⁶¹ Pese a ello el heterodoxo Joseph Stiglitz, premio Nobel de economía, el 13 de agosto de 2012, afirmó que Argentina adoptó el camino correcto, en contra de las políticas ortodoxas aplicadas en España. Ver Discurso de Stiglitz en: http://www.youtube.com%2Fwatch%3Fv%3DpI6L2H-9Kt4&ei=PA3PUlVwOIX68QSG54GwDA&usg=AFQjCNG0_rHy9etigYf9sUMa6zHh330WZA&sig2=R8Z9UisrF6p7r2NBexlAw&bvm=bv.1355325884,d.eWU_ consultada 7 de febrero 2012. Stiglitz se desempeñó como asesor de Clinton, e integró junto a Cristina Kirchner, Estela Carlotto y Héctor Timmerman entre otros, el *Argentina Observatory* organizado en la New School University. <http://www.argentinaobservatory.org/default.asp?id=1>. Consultada el 5 de agosto de 2012.

podía seguir ignorando los efectos de la política "K" y contra todos los pronósticos comenzó a dar ciertas señales de ortodoxia en materia económica, sin embargo siguió incrementándose la deuda pública con cargo a las futuras administraciones del Estado.

7 | AHOGAR LA INDEPENDENCIA DE LA PRENSA

Otro aspecto clave para el proyecto de gobierno, fue el control de la prensa para ejercer el monopolio del "relato".

La imposición de la narración oficial de la realidad que ha resultado muy efectiva para el kirchnerismo, se sustenta en un principio básico de las conductas del ser humano, que suele encaminar sus acciones en función de lo que cree que es pero no necesariamente, en lo que realmente "es"; en consecuencia no se interesa mayormente por la verdad en sí, por el contrario presta más atención a lo que cree que es verdadero.

En este sentido, François Revel puntualiza: *una de la primeras observaciones de Tucídides al comienzo de la guerra del Peloponeso, muestra la falta de curiosidad que tienen los hombres respecto de las exactitudes de los hechos, de las verdades más accesibles en materia de política y de historia, así como su capacidad para perpetuar convicciones que carecen de fundamento, que muchas veces aunque en vano, han sido reducidas a la nada por la más elemental de las informaciones*⁶². Los políticos conocen esta característica humana y la suelen aprovechar para generar expectativas que terminan movilizand o fuerzas políticas, sociales o económicas. Un comunicador que genere empatía, la disponibilidad de los medios y el sostenimiento en el tiempo de un discurso primordialmente populista, permiten crear con cierta facilidad un "relato" capaz de lograr rápida adhesión popular.

Desde un primer momento, la administración Kirchner recurrió al reparto discriminatorio de la pauta publicitaria, para difundir el "relato" oficial, castigando a los medios críticos con el gobierno⁶³, y violando la Declaración de Principios sobre la

⁶² Revel, Jean François, *El Estado Megalómano*. Ed. Planeta, 1983, pág. 26.

⁶³ En el Informe anual producido por Human Rights Watch en 2012, acerca de la Argentina, expresa: *La Corte Suprema ha reivindicado el derecho de los medios gráficos a no ser discriminados de la*

Libertad de Expresión reconocidos por la CIDH en octubre de 2000, cuyo principio 13 condena: *La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley.*

Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

Algunos medios con recursos limitados, priorizaron su supervivencia a la defensa de la libre expresión, y el discurso oficial comenzó a expandirse lentamente en beneficio del relato del pasado, presente y futuro que se pretendía imponer.

Luego siguieron las compras de medios por sospechados testaferros afines al gobierno, hasta llegar a la asfixia de la libertad de prensa por falta de espacios independientes. Periodistas políticos de larga trayectoria como Mariano Grondona, generalmente

asignación de publicidad oficial. En marzo de 2011, confirmó en forma unánime una decisión de un tribunal administrativo que hizo lugar a un recurso presentado por la Editorial Perfil contra el gobierno, ante la negativa de éste de asignar publicidad oficial a las revistas Noticias y Fortuna, y al periódico Perfil, debido a su postura editorial. La Corte Suprema había emitido un pronunciamiento similar en 2007 contra el gobierno de la provincia de Neuquén, en el marco de una demanda interpuesta por el periódico Río Negro. <http://www.humanrightswatch>. consultada el 3 de marzo de 2013.

En noviembre de 2013, prestigiosos periodistas del medio local hicieron oír sus voces ante la Comisión IDH poniendo énfasis en las persecuciones, amenazas y hostigamiento hacia los periodistas que no comparten o critican el modelo "kirchnerista". En la ocasión denunciaron la violación del Art 13, inc. 3 de la CADH, por acciones directas como los despidos de los canales de TV y radios oficialistas, o indirectas tales como el uso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Además de los periodistas presentes –Magdalena Ruiz Guiñazú, Morales Solá y Ocampo–, también firmaron el pedido de audiencia y acción crítica: José Eliashev, Luis Majul, Alfredo Leuco y Jorge Lanata. Al regreso a Buenos Aires, Magdalena Ruiz Guiñazú tuvo una visita "imprevista" de la AFIP.

críticos del gobierno, fueron desplazados de la TV abierta. Señales de cable orientadas en la misma dirección como "P y D" fueron compradas y cerradas.

Mientras tanto las bocas de prensa audiovisuales del gobierno, Argentina Televisora Color –ATC– [actual TV Pública], Radio Nacional, Radiodifusión Argentina al Exterior –RAE– y canal Encuentro, pasaron a ser controladas por ex terroristas que volcaron la programación a exaltar el discurso oficial y las actividades de la militancia de izquierda en los '70, al tiempo que desplazaban de esos medios a periodistas que no resultaban afines con la nueva política.

Varios ex integrantes de las organizaciones armadas fueron nombrados en diferentes medios, como el ex PRT- ERP Eduardo Anguita, vinculado al ataque del 6 de septiembre de 1973 al Comando de Sanidad del Ejército, quien asumió la dirección de Radio Nacional, de RAE y del periódico *Miradas al Sur*⁶⁴.

El enfrentamiento entre el gobierno y el hegemónico grupo Clarín, puso en evidencia muchos recursos de persecución que también fueron empleados por los agentes gubernamentales contra civiles y militares de los '70. Desde acusaciones falsas que vinculaban a la titular del grupo con violaciones a los derechos humanos, hasta manipulaciones en el Consejo de la Magistratura, amenazas a jueces y mediáticas denuncias de los organismos de derechos humanos en contra de Ernestina Herrera de Noble.

Todo quedó expuesto al público y aunque la falsa acusación se desmoronó, el gobierno continuó con su embestida, pues lo que realmente estaba en disputa era el control absoluto, hegemónico y monopólico del relato público sostenido por el gobierno, al que el grupo Clarín comenzaba a oponerse.

La Sociedad Interamericana de Prensa [SIP] celebró, en octubre de 2013 su asamblea anual en cuyo informe sobre Argentina expresa: *El boicot publicitario que sufren algunos medios; el uso de recursos públicos como herramienta de coacción y disciplinamiento; el riesgo de estatización de la producción de papel para diarios y el de intervención de empresas de comunicación; la aplicación selectiva de leyes y las*

⁶⁴ El 5 agosto 2012 el periodista Jorge Lanata denunció en su programa *Periodismo para Todos* – PPT–, que el periódico *Miradas al Sur* estaba dirigido por la ex Secretaría de Inteligencia del Estado – SIDE–.

agresiones físicas y verbales contra periodistas conforman un cóctel que afecta la libertad de expresión y que, en gran medida, deriva de la intención del oficialismo de acallar toda voz que cuestione su discurso.

Durante largo tiempo, la devaluación del 300% del anterior gobierno, las fuertes retenciones a las exportaciones de soja y su elevado precio en el mercado internacional, sumados a la reiterada votación de la prórroga de la ley de emergencia por el Congreso, le permitieron al Poder Ejecutivo disponer discrecionalmente de los fondos públicos para pagar subsidios y sustanciosos sueldos a influyentes comunicadores, quienes convencidos de las bondades del proyecto "kirchnerista" o por propia conveniencia, difundieron sin críticas ni opiniones personales la voz de la agencia oficial TELAM.

Por esta vía y con fastuosos actos multitudinarios armados para la cadena oficial de TV, prolijas columnas de militantes que ingresaban o se retiraban de la Plaza de Mayo y recitales de rock incluidos, el gobierno indujo a un importante sector de la opinión pública acerca de la necesidad de imponer juicio y castigo a los moralmente responsables de los hechos de los '70, con la finalidad de dar satisfacción a los antiguos integrantes de las organizaciones armadas terroristas convertidos ahora en "neo víctimas" del llamado "terrorismo de Estado".

Estos actos de gobierno tienen su basamento en el desconocimiento expreso de los derechos de las miles de víctimas inocentes que produjeron sus acciones terroristas. Pues no podemos olvidar que no fueron agentes estatales los asesinos de José Ignacio Rucci, Gregorio Valenzuela, Carlos Sacheri, Antonio Muscat, Carlos Ayala, Francisco Soldati, Jorge Quiroga y Raúl Amelong, entre otros.

Esta política fue complementada con la modificación de los planes y libros de estudio de los colegios primarios y secundarios de todo el país, en los que se relata la historia oficial que se propuso imponer desde la administración estatal, incluidos los institutos de formación de las tres fuerzas armadas que incorporaron bibliografía de los ex montoneros Martín Gras y Pilar Calveiro⁶⁵.

Al mismo tiempo se impulsaron las actividades culturales vinculadas a esta temática.

⁶⁵ http://www.clarin.com/zona/Fuerzas-Armadas-forman-nuevos-militares_0_733126725.html. Consultada el 12 de octubre 2012.

Debe agregarse a lo mencionado un generoso plan de reparaciones en beneficio de las “neo víctimas” que supera los dos mil millones de dólares⁶⁶, erogación estatal que se incrementa sin solución de continuidad con los juicios de venganza.

Es evidente que existe un millonario aprovechamiento económico en torno a la cuestión de los derechos humanos.

Por otra parte, un trabajo doctrinario de tipo político y jurídico generado desde centros universitarios y ONGs afines, fue destinado a justificar y extender la doctrina creada en relación a esta cuestión, en el ámbito regional e internacional.

Desde el primer momento la política de Kirchner fue legitimada en el ámbito internacional⁶⁷, por el encuadre y adhesión a la justicia de transición que promueve la ONU con la finalidad de pacificar las sociedades luego de un conflicto interno.

Sin embargo en la Argentina, a treinta años de la transición a la democracia, lejos de constituirse en una herramienta de pacificación, la justicia transicional sobre la que ahondaremos en el último capítulo, fue usada por el "kirchnerismo" para legitimar internacionalmente una venganza política con la que construyó su base de poder, distrajo a la sociedad e incrementó su patrimonio de manera exponencial.

El resultado de ello es una sociedad nuevamente dividida por profundos odios, ahora arraigados en jóvenes generaciones que no vivieron los hechos por los que sus mayores se enfrentaron, en evidente contradicción con los fines de la justicia transicional que promueve la pacificación de las sociedades.

⁶⁶ En la *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Bs As*, el Dr. Emilio Cárdenas refiere que el monto de indemnizaciones pagadas al 2008, exclusivamente a las víctimas de las acciones de agentes estatales, asciende a U\$S 1.277.000.000 [mil doscientos setenta y siete millones de dólares] en función de la ley 24.411, y de U\$S 648.000.000 [seiscientos cuarenta y ocho millones de dólares] en función de la ley 24.043. Tomo 68 N°1, de Julio de 2008, página 26 nota al pie.

⁶⁷ El 10 de diciembre de 2003 Rodolfo Matarollo se presentó ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en representación del presidente Kirchner a fin de comunicar que el Estado argentino perseguiría a los "terroristas de Estado" incoando juicios con los testimonios de más de 1600 víctimas.

8 | LA NATURALEZA POLÍTICA DE LOS JUICIOS DE VENGANZA

El proceso incoado a los militares es sin duda de naturaleza política y fue implementado por decisiones políticas. Comenzó con un decreto del presidente Alfonsín que ordenaba enjuiciar a los Comandantes, siguió con una ley del Congreso con el mismo fin, continuó con otras leyes del Congreso que proponían un final poco satisfactorio para esa situación y prosiguió con otra ley del Congreso que declaró nulas las anteriores y permitió reabrir las causas, a lo que se agregó un decreto de Kirchner disponiendo la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad.

Todas decisiones de mandato político que sólo pueden tener solución en ese mismo campo.

Si bien la contaminación entre política y justicia, aunque no deseada es inevitable, la particular naturaleza de estas causas agrava ese vicio a punto tal que se anula por completo la independencia de la justicia.

Por lo tanto la atribución de culpabilidad a los imputados escapa de la esfera de los jueces y pasa a ser decidida por los políticos mandantes, quienes anticipan la sentencia.

Ello incrementa la arbitrariedad del poder y la discrecionalidad. Justamente la neutralidad y la imparcialidad estuvieron ausentes en el juicio de Nuremberg, verdadero paradigma rector de los juicios de venganza en la Argentina.

En ese sentido, el especialista en filosofía del derecho Danilo Zolo de la universidad de Florencia, crítico de los juicios internacionales por la falta de independencia respecto de los intereses de países poderosos, como los EE.UU., en su libro *La justicia de los vencedores, de Nuremberg a Bagdad*⁶⁸, se refirió a estas circunstancias. Aunque formuló los comentarios en relación a los tribunales de Ruanda y Yugoslavia, son de extrema actualidad para los procesos de la Argentina.

⁶⁸ ZOLO, Danilo, *La Justicia de los Vencedores, de Nuremberg a Bagdad*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

Según Zolo...*la neutralidad y la imparcialidad de la función judicial choca con la génesis particularista de estas instituciones y su dependencia política de la voluntad de las grandes potencias, empeñadas victoriosamente, dicho sea de paso, en un conflicto militar [ex Yugoslavia] en el área territorial del Tribunal de la Haya.*

*Además, surge la cuestión de la calidad y la eficacia disuasoria de una jurisdicción penal que opera con criterio de selectividad altamente discrecional, en perjuicio de la igualdad de los sujetos de derecho, viola sistemáticamente el principio de nulla culpa sine iudicio y termina por llevar a cabo procesos penales “ejemplares” que se reducen con frecuencia a ceremonias de degradación moral de los imputados, según una lógica victimaria y sacrificial que poco tiene en común con una concepción moderna de justicia penal*⁶⁹.

Los juicios de venganza domésticos se celebraron según la doctrina de los juicios internacionales. En ambos casos se condena la ofensa a la humanidad toda.

Frente a ello, uno no puede menos que sorprenderse, pues no hace falta profundizar excesivamente en los hechos históricos para concluir que la Argentina de los '70 se encontraba al borde de la disolución del Estado, tal como fue concebido por los autores de la Constitución Nacional.

En consecuencia quienes actuaron en su defensa, aún con métodos cuestionables, lo hicieron convencidos de actuar en salvaguarda de la sociedad. Treinta y cinco años después el Estado los condena por haber ofendido a toda la humanidad.

Carl Schmitt, jurista y teórico político alemán, admirado por sectores de “derecha” europeos y por la “izquierda” en la Argentina, escribió: *Cuando el Estado impugna a su enemigo político en nombre de la humanidad, eso no es una guerra de la humanidad, sino una guerra a favor de la cual un determinado Estado intenta usurpar un concepto universal, lo mismo que se puede abusar de los conceptos de paz, justicia, progreso y civilización con el fin de reivindicarlos para sí y sustraérselo al enemigo. “Humanidad” es un instrumento ideológico especialmente utilizable para la*

⁶⁹ Hedley Bull fue el primero en criticar estos aspectos de la justicia penal internacional [cf. *The Anarchical Society*, London, Mac Millan, 1977, pág.89], en ZOLO, *La justicia...* op.cit. pág. 82.

*expansión imperialista y, en su forma ético-humanista, es un vehículo específico del imperialismo económico*⁷⁰.

En ese sentido el Estado nacional aplicó la doctrina de Schmitt, apropiándose del concepto de humanidad y de su corolario: los derechos humanos al imponer arbitrariamente, quiénes tienen acceso a tales derechos y quiénes no.

A ello debe agregarse que los juicios de venganza suelen finalizar con eventos o conciertos de rock en la puerta de los tribunales que acaban de dictar sentencia. Una suerte de llamado musical a un público supuestamente legitimador de las conductas perpetradas por los violadores de escritorio y cuello blanco, aunque no hay pócima que acalle sus conciencias de hombres dedicados al derecho y generalmente adscriptos al garantismo, ante tanta violación al debido proceso.

Es evidente que entre los organizadores de "justicia & rock" prima la idea de que la demostración pública y estruendosa, representa la expresión del consenso de la mayoría y ello legitima cualquier abuso. En este punto podrá argüirse que la voluntad de la mayoría sustenta la legitimidad de los actos de un gobierno democrático, pero así también se sostienen las dictaduras fascistas, las democracias populistas o las plebiscitarias.

Por contrapartida van los valores republicanos y el apego a la Constitución y sus garantías, a decir de Ferrajoli, una "democracia constitucional" que sólo necesita para funcionar la legitimidad inicial del voto y el convencimiento de la sociedad de respetar el sistema.

Después de diez años de gobierno del "kirchnerismo", ya no existen dudas de que la estigmatización de los acusados por DLH tiene como corolario brindar la "sensación política" de que el gobierno está actuando firmemente en favor de los derechos humanos, cuando en realidad se trata de una gran pantalla pública que produce magnos beneficios a un sector, encubre la violación de los derechos humanos de los acusados, enmascara la corrupción de los agentes del Estado cuyos delitos van prescribiendo y disimula la violación estatal a los derechos del resto de los

⁷⁰ En SAFRANSKI, Rüdiger, *El mal o el drama de la libertad*, Tusquet editores, Barcelona 2000, pág. 131.

ciudadanos⁷¹, en marzo de 2014 el senador radical y miembro del Consejo de la Magistratura Mario Cimadevilla denunció la existencia de un pacto "*político judicial*" entre el kirchnerismo y magistrados manipulables existente en el país desde hace muchos años para cubrir de impunidad las causas por corrupción⁷².

Hernán Capiello en un artículo para *La Nación*⁷³ de marzo de 2014, luego de referir la falta de jueces federales y las vacantes de la judicatura que el Poder Ejecutivo no completa, expresó: *A los casos federales comunes de secuestros extorsivos o narcotráfico [con detenidos y, por lo tanto, urgentes], se suman los juicios de lesa humanidad y, atrás de la fila, esperan turno las causas de corrupción [...] por lo menos hay 16 causas por corrupción, muchos al borde de la prescripción.* No es de extrañar entonces que existan presiones de los funcionarios de gobierno para que se celebren y se aceleren los juicios de lesa humanidad, pues nadie ignora que estos juicios con cientos de testigos, la mayoría absolutamente irrelevantes, colapsan durante años a la justicia federal en beneficio de la prescripción de los casos de corrupción de los agentes del Estado.

9 | EL SENTIDO DE LA CONDENA

Con relación al instituto de prescripción y la utilidad de la pena, la ministra Argibay dijo en un pasaje de su voto en el caso "Simón": *El agotamiento del interés público en la persecución penal, que sirve de fundamento a la extinción de la acción por prescripción, depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que el autor del delito merece por ley.*

⁷¹ Desde 2003, por ejemplo, se han registrado más de mil comunicaciones por violaciones al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dieron lugar a 34 observaciones del Comité de Derechos Humanos al gobierno argentino, en el marco del Protocolo Facultativo de dicho pacto.

⁷² Pizzi, Nicolás, "Coimas en un allanamiento: se unificó la investigación sobre Oyarbide", *Clarín*, 22/03/14.

⁷³ CAPIELLO, Hernán, "Casación provocó el malestar de los jueces al pedirles celeridad", *La Nación*, 14 de marzo 2014.

A su vez los "correccionalistas, partidarios de la prevención especial," han expresado que: ...el largo paso del tiempo sin que el sujeto cometa otro delito e incluso lleve una vida virtuosa, hace completamente innecesaria la pena para mejorarlo o resocializarlo, por lo cual carecería totalmente de fundamento su imposición en cualquier caso, sin que los delitos contra la humanidad puedan plantear una situación diferente⁷⁴.

Ello es concordante con lo referido en instrumentos tanto nacionales como internacionales⁷⁵.

No obstante, pese a la normativa y al pensamiento de los referidos ministros, es evidente que las condenas persiguen la venganza, pues las conductas que se acriminan requieren del dominio del poder del Estado para su ejecución; no las puede materializar una persona per sé.

Pierde entonces todo sentido el encierro de ancianos a título individual para *proteger a la sociedad o intentar reeducar y socializar a un reo*, que se encuentra en esta

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad*, en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 2001, pág. 440.

⁷⁵ El Art. 10 inciso 3 del PIDCP establece: El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento *cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*.

- También el Art. 58 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU, refiere que: *El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen.*
- El CADH en su Art. 5 inciso.6 establece: *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*
- La CN en su Art. 18 establece que: *Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas.*
- Finalmente la ley 24.660 en su Art. 1 trae dicho: *La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.*

situación por haber cumplido con decisiones de Estado y a más de treinta años de los hechos. Excepto, claro está, que se procure la venganza.

10 | LAS NUEVAS VÍCTIMAS

Mientras se escribe este libro hay cientos de gerontes valetudinarios en las cárceles, la mayoría sin condena firme y en condiciones de prisión arbitraria a los que el Estado privó del servicio de salud [Res. 85/2013⁷⁶ decretada por el ministro de defensa Agustín Rossi] que recibían en los hospitales de su obra social, quedando sin el acceso a la medicina preventiva y sometidos a una forma velada de violencia estatal⁷⁷. El

⁷⁶La Resolución 85/2013 del Ministerio de Defensa establece:

Art 1: Prohíbese al Jefe de Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, al jefe del Estado mayor General del Ejército, al jefe del Estado Mayor General de la Armada, y al Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea la internación y/o asistencia ambulatoria en hospitales militares o unidades de salud dependientes de las Fuerzas Armadas, de personas condenadas penalmente o procesadas con privación preventiva de la libertad que tengan o hayan tenido estado militar.

Art. 2: La prohibición prevista en el artículo anterior alcanza a la totalidad del personal civil y/o militar de las fuerzas armadas.

Art.3: Todo requerimiento de carácter judicial de internación y/o asistencia médica, vinculado a la situación de personas condenadas penalmente o procesadas con privación preventiva de la libertad que tengan o hayan tenido estado militar y que sea dirigido a esta jurisdicción, deberá ser comunicado inmediatamente al Ministerio de defensa para su consideración y efectos, bajo apercibimiento de sanciones administrativas y/o disciplinarias.

⁷⁷ El 2 de junio de 2013, la jueza Adriana Palliotti, integrante del TOF N°5 de la CABA se constituyó en el Penal de Marcos Paz donde se concentra la mayor cantidad de detenidos por causas de lesa humanidad, en el informe de su visita expresó: *Por último dejo constancia que el Director del Complejo, Inspector Morales, me manifestó, como opinión personal que por las patologías de la mayoría de los internos imputados de delitos de lesa humanidad allí detenidos, propias de la franja etaria en la que se encuentran, dicha unidad penitenciaria no era la adecuada para su alojamiento.* Ello motivó el desplazamiento en 2014 de mujeres alojadas en la Unidad 31 de Ezeiza a donde fueron trasladados los detenidos de mayor edad y delicados cuadros de salud. No obstante las intenciones reparadoras de la medida, en muchos casos se empeoraron las condiciones de detención.

ministro Zaffaroni en su libro *La Cuestión Criminal*⁷⁸ ha reconocido estas violaciones propias del sistema:

...Hemos dicho que hay una pena de muerte aleatoria también por ningún delito, porque alrededor del 70% de los presos de la región no están condenados, sino sometidos a medidas cautelares [prisión preventiva]. De esta cifra, entre el 20% y el 25% será absuelto o sobreseído o sea que se halla en prisión por nada y para nada [...]

La persona que permanece en prisión dos o tres años tomará como una broma de mal gusto que se le diga que no se preocupe, porque se trató sólo de una medida cautelar [...] Nosotros escondemos la pena sin condena como medida cautelar [...] la prisionalización sin causas en forma de prisión preventiva no es ninguna excepción, sino una práctica corriente, con la que los jueces se protegen de la criminología mediática, de los políticos y de sus propias cúpulas, pues se decide de acuerdo al grado de peligrosidad política que experimenta el juez, o sea, de peligrosidad judicial, entendida como el grado de peligro que una liberación, absolución o excarcelación puede depararle al juez⁷⁹ [...]

No podemos olvidar que la peligrosidad es un elemento de todo discurso genocida: en base a los delitos que algunos cometen —o que se le imputan— se considera que todos los integrantes del grupo son peligrosos y conforme a eso se construye el ellos⁸⁰ [...].

...Al enemigo siempre se le asigna el rol de criminal que incurre en los delitos de máxima gravedad, sin importar si en verdad los comete⁸¹.

En *El enemigo en el Derecho Penal*, Zaffaroni fue aún más explícito: *En los casos de delitos graves, a la prisión preventiva siguen reclusiones perpetuas o penas absurdamente prolongadas, que en muchos casos superan la posibilidad de vida de*

⁷⁸ REP Miguel, ZAFFARONI, Raúl, *La Cuestión Criminal*, Editorial Planeta, 1ª edición 2011.

⁷⁹ *Ibíd*em pág. 307.

⁸⁰ *Ibíd*em pág. 308.

⁸¹ *Ibíd*em pág. 328.

*las personas: los molestos siguen siendo eliminados con medidas administrativas, penas desproporcionadas [para reincidentes] e interacción en cárceles donde se reconocen altísimos índices de violencia y mortalidad hétero y autoagresiva y morbilidad, o sea, con alta probabilidad de eliminación física*⁸².

También la militancia vinculada a las organizaciones terroristas, ha manifestado los términos de la venganza sin eufemismos en la consigna que deviene de Nuremberg: *juicio y castigo*, donde no queda lugar para la absolucón.

No debemos olvidar, que las supuestas enseñanzas del castigo de Nuremberg, se vieron ignoradas una y otra vez en Vietnam, Yugoslavia, Ruanda, Irak, etc. En ningún caso sirvieron las experiencias y soluciones “ejemplares” anteriores.

El castigo, pese a lo que afirman muchas sentencias, no es garantía de no repetición, no sólo porque debe recrearse el mismo escenario histórico para considerar una repetición, lo que por cierto es imposible, sino también porque, en el caso argentino, la privación de la libertad de los procesados es una medida que afecta las libertades individuales por hechos cuya decisión es atribuible al Estado, que previamente preparó a sus oficiales para que se desempeñasen según una conducta esperable.

En otras palabras, el Estado instruyó a sus agentes para que se comportasen de determinada manera y luego los sanciona por haber actuado de la forma prevista, ya que no se trata de un grupo de agentes estatales que se asociaron para delinquir en su propio beneficio, sino de un sistema estatal abocado a la represión de las organizaciones armadas terroristas, según determinadas pautas establecidas en planes de operaciones de cumplimiento obligatorio.

El deber del Estado de preparar a sus agentes fue expresamente reconocido en la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, ratificada por la Argentina en diciembre de 2007. En su Art. VIII establece: Los Estados Partes velarán asimismo porque, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.

⁸² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires 2006, pág. 69.

Del mismo modo lo reclamó la Corte IDH en el considerando 25 del caso de "RR vs. Guatemala": la Comisión reiteró la solicitud a la Corte de que ordene al Estado. [...] una política de capacitación permanente en derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario para el personal de las fuerzas armadas.

La necesidad de instruir a los agentes del Estado antes de la vigencia de una ley, fue también reconocida en el derecho interno en oportunidad de sustituirse el inc. 5 del Art. 142 bis del CP, por el Art. 3° del Anexo I de la ley N° 26.394 [BO 29/8/2008].

La modificación establece las penas para quien ocultare a una persona, particularizando en el caso de que el perpetrador se tratase de un *funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado*, la nueva ley prevé que la modificación al texto del inciso mencionado: comenzará a regir a los SEIS [6] meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación.

No obstante las afirmaciones de los ministros previamente referidas –sobre la inutilidad de la pena–, cerca de dos mil procesados⁸³ cuyas edades oscilan entre los 60 y los 90 años, la mayoría con condenas superiores a los 15 años, en un país cuya esperanza de vida es de 75,9⁸⁴, han sido sentenciados a una pena de muerte encubierta, lo que revela el carácter de juicios de venganza de los procesos seguidos a los militares y civiles de los '70. En este sentido el Sistema Nacional de Estadísticas judiciales dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación informó en octubre de 2014 que sobre un total de 29.773 condenas dictadas en 2012 en todo el país la mayoría tuvo una sentencia menor a los tres años, y sólo hubo 104 casos con prisión perpetua, guarismos que evidentemente se alcanzan por las extremas condenas impuestas en los juicios de venganza.

⁸³ A mediados de 2014, se registraban 1857 acusados, de los cuales, 1025 fueron encarcelados, 249 fallecieron y 69 se encuentran prófugos.

⁸⁴ Informe de Amnesty International 2012, pág. 97.

Los jueces saben que la edad es un factor determinante en la salud de los presos, tal como reconoció el fiscal de la Procuraduría de Violencia Institucional –Procuvin– Abel Córdoba en un artículo publicado el 10 de agosto de 2013 en *Página 12*, referido a la población carcelaria en general: *en el sistema nacional muere una persona cada 37 ó 38 hs. [...] El límite de la violación de derechos es la resistencia biológica de las personas, lo dicen los propios médicos penitenciarios.*

No se mueren todos porque son jóvenes y el cuerpo les aguanta. Es el único respaldo que hay, el único paraguas. Protección natural que en razón de la edad, no existe para este grupo etario.

En ese sentido en autos “Gramajo, Marcelo”⁸⁵, en su voto concurrente el ministro Petracchi, expresó: *no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad...* [considerando 30], situación que se hace evidente en los penales del Servicio Penitenciario Federal –SPF– donde son nulas las posibilidades de incorporar los gerontes a las actividades previstas para la resocialización, tales como el cursado de estudios universitarios, postgrados y/o terciarios expresamente negados por una medida discriminatoria de la UBA⁸⁶ en desmedro del principio de igualdad. En

⁸⁵ CSJN G. 560. XL. Recurso de hecho, causa N° 1573. Sentencia 5 de septiembre de 2006.

⁸⁶ Ante el pedido de inscripción en la Universidad de Buenos Aires de uno de los imputados en los juicios de venganza [Expedientes. 15263/2012 y 21719/2012 y Res. de las Facultades de Ciencias Sociales y de Filosofía y Letras N° 3161/12 y 3571/12], el Consejo Académico de dicha universidad habiendo constituido una comisión de consulta ad hoc, no representativa –integrada por Eugenio Zaffaroni, Raúl Ferreyra, Adriana Puigross, José Schulman, Osvaldo Varela, Alfredo Sarmiento, Juan Parchuk y Graciela Morgade–, resolvió el 1 de agosto de 2012, con la firma de Pinto, J. Aliaga, A. Barbieri, Rodolfo Colluscio, Cesar Albornoz, Arturo Pozzali, entre otros miembros del Consejo Académico: No admitir a condenados y/o procesados por delitos de lesa humanidad como estudiantes de la Universidad de Buenos Aires. Todo ello en franca violación de los Arts. 133 y 135, entre otros, de la ley 24.660, modificada por la ley 24.695 que establecen:

Art. 133-Todas las personas privadas de su libertad tienen derecho a la educación pública. El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad indelegable de proveer prioritariamente a una educación integral, permanente y de calidad para todas las personas privadas de su libertad en sus jurisdicciones, garantizando la igualdad y gratuidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones no gubernamentales y de las familias.

Y el Art. 135 que establece: *Restricciones prohibidas al derecho a la educación.*

El acceso a la educación en todos sus niveles y modalidades no admitirá limitación alguna fundada en motivos discriminatorios, ni en la situación procesal de los internos, el tipo de establecimiento de detención, la modalidad de encierro, el nivel de seguridad, el grado de avance en la progresividad del régimen penitenciario, las calificaciones de conducta o concepto, ni en ninguna otra circunstancia que implique una restricción injustificada del derecho a la educación.

Las conductas de los académicos violaron también el Art. XII de la DADDH que establece el derecho a la educación: Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas... e incurrieron en manifiesta discriminación Art. 26 del PIDCP, Art. 1 y 24 de la CADH, y el Art. 8 de la ley 24.660 que establece: Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia.

La resolución de la Universidad de Buenos Aires está en línea con la exclusión de todo tipo de actividad de las personas susceptibles de ser acusadas de haber cometido DLH. Así la ley 26.571 promulgada en 2009, por ejemplo, modificatoria del Art. 33 de la ley 23.298 establece: No podrán ser candidatos en elecciones primarias ni candidatos en elecciones generales a cargos públicos electivos nacionales, ni ser designados para ejercer cargos partidarios [...] las personas con auto de procesamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad, o crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de personas, apropiación de niños y otras violaciones graves de derechos humanos o cuyas conductas criminales se encuentren prescriptas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983.

Una ley hecha a medida para que el electo diputado Luis Patti no asumiese su cargo, pues obsérvese que viola la presunción de inocencia de que goza todo imputado hasta la sentencia firme.

Otro caso de negación del derecho a estudiar ocurrió con la Fundación Pro Universidad de Corredores y Martilleros Públicos [FUNICOMAPU]. El interno fue autorizado por el TOF N° 1 de Rosario a participar de un curso de Mandatario de Automotor [Gestor], quien se inscribió y abonó los aranceles de más del 50 % del curso. Al promediar el curso la Secretaría de DDHH de la provincia de Santa Fe conoció la condición del acusado vinculado a DLH y el representante del Ministerio Público Fiscal se opuso a que continuara estudiando.

Paralelamente, la Fundación amenazada con padecer un “escrache”, adujo falsamente que no se había aceptado la *solicitud de adhesión a nuestra fundación no siendo considerado alumno de nuestra institución*. Mandó también un telegrama al alumno expresando que *...para ser asociado a esta fundación y/o para dicha capacitación no debe contar con antecedentes penales ni estar procesado.*

Pese a las acciones impulsadas por el alumno probando las falsedades invocadas por la fundación, el tribunal dispuso revocar la autorización concedida disponiendo dejar sin efecto la orden de trasladar al interno al lugar de realización del curso.

Así tanto la fundación como el tribunal violaron el derecho a la educación según lo establece la ley 24.660, incurrieron en un acto de neto corte discriminatorio e incumplieron alevosamente con la ley de Educación Nacional N° 26.206, además de atentar contra el orden constitucional concretamente en lo que establece el Art. 16 de la CN.

Todo ello, como se ha dicho, invocando falsamente normas inexistentes, dado que la norma vigente y aplicable es el artículo 3° del título 1 de las normas que regulan la actividad, facultades y funcionamiento de la Dirección del Registro Nacional de la Propiedad Automotor, que establece: *“INCOMPATIBILIDADES: ...no podrán inscribirse en el registro de Mandatarios: a) las personas que registren antecedentes penales por delitos contra la propiedad o contra la Administración Pública o la Fe Pública y se les hubiere impuesto pena de inhabilitación para desempeñar cargos públicos. Los que posean causas en trámite por cualquiera de los delitos antes indicados podrán inscribirse con carácter condicional a las resultas del resultado final de la causa. Esta inscripción estará supeditada a la presentación semestral de un certificado expedido por el tribunal ante el que tramita la causa,...”*. Como se advierte, nunca la norma prohíbe estudiar y en el caso particular el preso ya era alumno, no registraba causa penal por ninguno de esos tipos penales y en la causa por la que fue condenado aún no ha recaído condena firme.

Un tercer caso ocurrió con la Universidad Católica de Salta [UCASAL]. El acusado se inscribió previo obtener el permiso judicial para perfeccionarse como abogado en Derecho Constitucional, en un curso a distancia y vía internet que dicta dicha universidad, abonó la inscripción y un tercio de las cuotas correspondientes, pero cuando llegó el momento de iniciar el curso, el Servicio Penitenciario Federal le negó sistemáticamente la posibilidad de comunicarse vía internet con la casa de altos estudios, por lo que ésta lo mantiene como alumno a la espera que dicho Servicio cumpla con lo que establece el capítulo VIII de la ley 24.660 en su artículo 138 que establece: *“Acciones de implementación: El Ministerio de Educación acordará y coordinará todas las acciones, estrategias y mecanismos necesarios para la adecuada satisfacción de las obligaciones de este capítulo con las autoridades nacionales y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con institutos de educación superior de gestión estatal y con universidades nacionales.*

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y sus equivalentes provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la autoridad penitenciaria y los organismos responsables de las instituciones en que se encuentran niños y adolescentes privados de su libertad deberán atender las indicaciones de la autoridad educativa y adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de lo establecido en el presente capítulo.

Entre otras acciones, deberán proveer de ámbitos apropiados para la educación, tanto para los internos como para el personal docente y penitenciario, adoptar las previsiones presupuestarias y reglamentarias pertinentes, remover todo obstáculo que limite los derechos de las personas con discapacidad, asegurar la permanencia de los internos en aquellos establecimientos donde cursan con regularidad, mantener un adecuado registro de los créditos y logros educativos, requerir y conservar cualquier antecedente útil a la mejor formación del interno, garantizar la capacitación permanente del

consecuencia el sistema tiene asumido que los ancianos están depositados en una cárcel, sin atención médica adecuada, esperando llegar al final de sus días, tal como le sucedió al general Jorge Videla entre otros.

Los de mayor edad fueron obligados a comparecer ante los tribunales con pañales, auxiliados con sistemas de provisión de oxígeno, en sillas de ruedas y hasta en camillas.

En la causa conocida como “circuito Camps” por ejemplo, de un total de veintinueve acusados, cuatro asistieron al juicio en sillas de ruedas, durante el debate oral fallecieron tres incrementando el número de muertos a nueve desde que se inició la causa, haciendo estéril el millonario esfuerzo punitivo estatal. Por el contrario varios testigos de cargo que se vieron impedidos de concurrir ante los estrados, ofrecieron sus testimonios por videoconferencias incluso desde el extranjero, sin siquiera correr el riesgo de perder su libertad en caso de cometer falso testimonio.

Justamente la edad y el estado de salud del acusado son dos causales consideradas por la fiscalía de la Corte Penal Internacional –CPI– para decidir si la apertura de una investigación por delitos de lesa humanidad –DLH–, resulta de “interés para la justicia”⁸⁷.

personal penitenciario en las áreas pertinentes, fomentar la suscripción de convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas, garantizar el acceso a la información y a los ámbitos educativos de las familias y de las organizaciones e instituciones vinculadas al tema, fomentar las visitas y todas las actividades que incrementen el contacto con el mundo exterior, incluyendo el contacto de los internos con estudiantes, docentes y profesores de otros ámbitos, la facilitación del derecho a enseñar de aquellos internos con aptitud para ello y la adopción de toda otra medida útil a la satisfacción plena e igualitaria del derecho a la educación.

En todo establecimiento funcionará, además, una biblioteca para los internos, debiendo estimularse su utilización según lo estipula la Ley de Educación Nacional.

A ello debe agregarse que la Argentina, junto a otros estados, presentó un proyecto de resolución para la Promoción, Protección y Disfrute de los Derechos Humanos en Internet, aprobada por resolución A/HRC/20/L.13 del 5 de julio de 2012, por la que se *exhorta a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a Internet.*

⁸⁷ El Art. 53 del Estatuto de Roma referido al *inicio de una investigación*, establece:

Aunque el Estado está internacionalmente obligado al respeto de las normas que protegen los derechos humanos, algunos de sus agentes no asumen que estos constituyen límites a sus actuales conductas, por lo que sólo pretenden ver las violaciones en el otro.

En este sentido, un caso paradigmático es el de Víctor Becerra. Su hija expresó en su denuncia ante la CIDH: *Mi difunto padre fue sometido a un trato cruel, inhumano y degradante, pues al momento del juicio éste se encontraba padeciendo una incapacidad tanto física como psíquica que le impedía conocer las acusaciones y poder defenderse; sin embargo igual fue sometido a juicio, al que en un 70 % no concurrió pues estuvo internado en varias oportunidades en dos unidades de salud distintas.*

Sin olvidar que este era dializado en otra clínica día por medio y en los últimos dos meses se lo transfundió una vez por semana debido a su anemia.

Y en las postrimerías del juicio por iniciativa del Dr. Raúl Rodríguez –entonces presidente del tribunal de juicio–, se armó una rara especie de hospital de campaña en un recinto contiguo a la sala de audiencias, para que mi padre desde una cama y en un muy precario estado de salud, por medio de un parlante se anoticiara de lo que ocurría en la sala de audiencias.

En síntesis, es la primera vez en la historia jurídica de la República Argentina, y seguramente de toda América, que a una persona incapaz y postrada en una cama, se lo somete a “juicio”, el que de oral, público y justo, a ese respecto no tuvo nada.

1- El fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder con ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación el Fiscal tendrá en cuenta: [...]

c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés para la justicia. [...]

2-Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: [...]

c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen

Pero la descarga de la venganza no es nueva en el mundo. En un informe producido por el Secretario General de la ONU para la sesión 25ª del 19 de agosto de 1970, referido a la *Cuestión del castigo a los criminales de guerra y las personas que cometieron crímenes de lesa humanidad*, se recoge la opinión de la República Federal de Alemania:⁸⁸ *...un decisivo factor en la historia de los juicios nazis es el pasaje del tiempo. [...]*

Una evaluación estadística de los documentos en la Oficina Central, ha mostrado que el promedio de edad de los acusados sometidos a juicio por los crímenes nazis ante jurados durante los últimos años, está cerca de los sesenta años. [...]

Los médicos constatan con frecuencia cada vez mayor la incapacidad de los acusados de asistir a un juicio, lo que prácticamente los saca de un enjuiciamiento.

Es natural que esto deba ir principalmente para los acusados más viejos. Esta categoría comprende la mayor parte de los delincuentes de alto rango, es decir, principalmente los “criminales de escritorio”.

Como resultado, más y más jóvenes [...], toman el lugar en el banco de los acusados de sus antiguos superiores, que se han vuelto demasiado viejos y frágiles para ser juzgados.

En la Argentina no sólo se da una situación similar, sino que el promedio de edad es mayor⁸⁹ y se mantiene a octogenarios en cárceles comunes despojados de medidas humanitarias elementales como el correcto acceso a la salud, a la alimentación, etc. con el agravante para nuestros magistrados, de que los jueces de Nuremberg no estaban obligados por pactos internacionales de derechos humanos, como ocurre con los actuales agentes estatales a cargo de la administración de justicia.

En la medida en que los principios y garantías dejan de proteger a todos los ciudadanos por igual, tal como lo establece el Art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre [DUDH], entre otros instrumentos de derechos humanos, se

⁸⁸ A/8038.

⁸⁹ En septiembre de 2012 el promedio de edad de los presos políticos detenidos en el Complejo Penitenciario Federal N°II Marcos Paz era mayor a 70 años.

avanza inexorablemente hacia la pérdida del Estado de Derecho donde la excepción es la norma. Nadie entonces podrá garantizar las libertades y garantías individuales.

11 | EL DOMINIO DEL ESTADO

Estos procesos son el resultado de las acciones políticas que se emplearon para la construcción del poder del matrimonio Kirchner.

Todo el aparato del Estado se puso a disposición de la recreación de la “memoria selectiva”, luego se posicionaron contra el campo y la tercera batalla política fue librada contra el grupo Clarín, mientras que algunos diferendos con la Iglesia Católica terminaron con la destitución del Ordinario castrense Monseñor Baseotto⁹⁰.

Todo ello acompañado por la promoción de leyes que sin adecuados debates públicos cambiaron valores, costumbres y la moral de la sociedad, al tiempo que se impusieron reformas a las instituciones del Estado con el aval de un Poder Judicial claudicante, y un Poder Legislativo sometido a la voluntad del Ejecutivo que dejó sin representación al pueblo y a las provincias, al constituirse en un apéndice del gobierno.

La dependencia, tanto del Congreso como de la justicia de las decisiones del Poder Ejecutivo, puso en evidencia la concentración del poder propia de una dictadura, aunque con ropaje democrático, que anuló la división de los poderes republicanos empleando la corrupción endémica del sistema y las amenazas.

La insistencia del "relato" que vincula la dictadura únicamente con golpe militar, ha hecho perder la percepción de que también se está frente a una dictadura cuando el Ejecutivo concentra el poder e impone su autoridad violando la legislación anteriormente vigente.

De esta manera se concretó, “sin disparar un tiro”, buena parte de los objetivos políticos vinculados a las necesidades de transformación sostenidos por Montoneros

⁹⁰ En 2013, la Cámara Federal de la Seguridad Social dictó sentencia reconociendo la invalidez del decreto de destitución.

en los '70, conceptualmente expuestos por su ex líder Mario Firmenich al ser entrevistado por Felipe Pigna⁹¹: *La estrategia no era también salvar gente. Si hubiésemos tenido esa estrategia directamente no empezábamos. La estrategia nuestra era transformar la estructura del poder en la Argentina.*

Si bien existe una negación colectiva de ciertos sectores que han internalizado la omnipresente responsabilidad del gobierno *de facto* en la realidad de nuestros días, sin pretender excusar lo que por mérito propio le corresponde, resulta imperioso comenzar a profundizar el análisis político para observar las serias responsabilidades de otros sectores en lo que sucede en la actualidad, teniendo en cuenta que no hay mejor forma de pasar por bueno que difundir lo malo del otro, en particular si quien se encarga de la difusión adopta el papel de víctima.

No obstante, a partir de la visión actual de los hechos y pese al contenido de este trabajo que no justifica las violaciones de las que son objeto los civiles y militares que actuaron en los '70, desde el punto de vista moral, y en consecuencia subjetivo, hoy resultan criticables ciertas decisiones del gobierno *de iure* profundizadas por el gobierno militar que le sucedió en 1976.

Todo hace presumir que sus dirigentes encararon un problema esencialmente político desde una óptica exclusivamente militar. Sin embargo, justo es reconocer que en tres años las FFAA pusieron fin a las acciones de las organizaciones armadas que llevaban más de una década aterrorizando a la población y había dejado un saldo de más de 17.000 víctimas⁹². Pese a ello los dirigentes tenían la obligación de prever que el día después, habrían de convivir montescos con capuletos bajo un mismo techo.

En esto estriba la seria dificultad que presentaban los conflictos asimétricos que surgieron en los países periféricos como consecuencia de la Guerra Fría, donde se libró la batalla que las grandes potencias no quisieron dar.

⁹¹<http://www.elhistoriador.com.ar>. Consultada en diciembre 2012.

⁹² De acuerdo con la investigación llevada a cabo por la ONG CELTYV. Parte de la investigación fue publicada por Manfroni Carlos, Villarruel Victoria, *Los Otros Muertos, Las víctimas civiles de los '70*, Sudamericana, Buenos Aires, 2014.

Mientras éstas optaron por las amenazas nucleares mutuas en sus frentes directos, en los que nada ocurrió, apoyaron a sectores antagónicos en terceros países, los que sí pasaron a la acción.

Los actuales procesos jurídicos son claros resabios de aquel conflicto. No obstante estos juicios, celebrados en un contexto de supuesta democracia representativa y plena vigencia de los derechos humanos, no deberían violar tales derechos como se hace so pretexto de estar luchando por éstos, pues ello equivale a comerse al caníbal para enseñarle lo impropio de su conducta, y en consecuencia los desnaturaliza y deslegitima.

Cuando se comenzó a escribir este libro habían fallecido 140 civiles y militares por razones vinculadas a los juicios de venganza. Al iniciar la redacción del capítulo final ya superan las 254 personas; la mayoría falleció sin juicio y el resto sin condenas firmes. Estaban alojados en cárceles, u hospitales y los menos, en domicilio.

Esto es de extrema gravedad, pues nada podrá entonces diferenciar una dictadura de la declamada "democracia kirchnerista", que banalizó los derechos humanos y, como se ha dicho, volvió a recrear odios entre grupos que convivían con aceptable equilibrio, generando enemigos donde no los había, con el agravante de que ello ocurre en un momento de la evolución de la humanidad en general y de la Argentina en particular, en que justamente paz y progreso son requisitos necesarios para afrontar el complejo mundo del futuro próximo, y que no se pueden alcanzar recreando odios proyectados por generaciones que no supieron resolver en forma adecuada un conflicto interno con correlato internacional.

Nadie entonces puede garantizar que en el futuro las víctimas inocentes del conflicto de los '70 no accedan a sus postergados derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y que las víctimas de los juicios de venganza que ya suman más de 6000, no reclamen al Estado por las conductas de sus actuales agentes, manteniéndose el conflicto en un estado de actividad permanente.

La notable incapacidad política de los argentinos para acordar como encarar el futuro, tal vez nos haya condenado a vivir con la mirada en el pasado, sin que ello signifique renegar del acervo histórico, ni del legado de nuestros ancestros. Pero una cuestión es recrear el espíritu de aquellos que hicieron la Argentina y otra muy distinta es

condicionar sistemáticamente el presente político al pasado, pues inexorablemente se niega el futuro.

Está por verse la forma que se elija para que el Poder Judicial salga indemne del absurdo jurídico en el que entró para celebrar los juicios de venganza.



Existe una justicia de los vencedores que se aplica a los derrotados, a los débiles y a los pueblos oprimidos, con la connivencia de las instituciones internacionales, el silencio encubridor de gran parte de los juristas académicos, la complicidad de los medios masivos de comunicación y el oportunismo de un número creciente de las llamadas organizaciones no gubernamentales que, en realidad, están al servicio de sus propios gobiernos y conveniencias.

Danilo Zolo

Capítulo II

El *ius cogens*

1 | TRILOGÍA DE LA CSJN PARA LA VENGANZA

El 26 de noviembre de 1968, en el seno de la ONU se aprobó la controvertida Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Delitos de Lesa Humanidad [CICGDLH] por Res. 2391 [XXIII], que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970 de acuerdo con su Art. VIII, inc. 1.

El Estado argentino no votó su texto y tampoco firmó ni ratificó, sólo en 1995 la aprobó por ley 24.584⁹³ y en 2003, después de treinta y cinco años de haberse abierto a la firma, Kirchner ordenó ratificarla y con ello obligó internacionalmente al Estado Nacional, Art. VIII, inc. 2.

⁹³ BO 29/11/95.

Poco después el Congreso le otorgó jerarquía constitucional por ley 25.778⁹⁴, pero no se sancionó una ley de aplicabilidad –como ocurrió con Estatuto de Roma–, que permitiese compatibilizar este tratado con el derecho interno, tipificar los delitos, establecer las penas, etc. La ausencia de una norma similar, que habría evidenciado la aplicación retroactiva de la ley penal, se salva con fundamento en la jurisprudencia de la CSJN en el caso "Ekmekdjian" [Fallos: 315:1492], que establece que no es necesaria una ley interna para aplicar un tratado internacional, aspecto sobre el que habremos de volver más adelante.

Cuando el caso "Arancibia Clavel" llegó a la Cámara Nacional de Casación Penal –CNCP– condenado por el Tribunal Oral Federal N° 6 de la CABA –TOF 6– por asociación ilícita y homicidio del general Prat, la Cámara declaró la prescripción de la acción en orden al primero de estos delitos, dejando sentado que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad viola el principio de legalidad.

En 2004 la Corte Suprema trató el caso, pero la querella no mantuvo en esa instancia el agravio planteado ante la CNCP acerca de la imprescriptibilidad de la acción, al calificarse los hechos como DLH. No obstante, la Corte Suprema decidió tratar la cuestión y revisó la decisión del tribunal inferior violando el derecho de defensa en juicio al dejar al imputado en esa instancia, sin la posibilidad de cuestionar la calificación de crimen de lesa humanidad. [cfr. considerando 9 y ss del voto en disidencia del Dr. Fayt en el caso "Arancibia Clavel"].

Así la Corte integrada con dos nuevos ministros⁹⁵ pero aún con la mayoría anterior, presionada⁹⁶ por Kirchner, dictó sentencia [5 a 3] en este controvertido⁹⁷ fallo, estableciendo la aplicación retroactiva de dicha Convención a los hechos de los '70.

⁹⁴ BO 03/09/03.

⁹⁵ Raúl Zaffaroni y Highton de Nolasco.

⁹⁶ Recuérdesse que la conformación de la nueva Corte Suprema fue impulsada personalmente por Kirchner.

El 5 de junio de 2003 éste pidió por cadena nacional, cambios en la Corte. En la oportunidad dijo: *Pedimos con toda humildad, pero con coraje y firmeza que los señores legisladores, que el Congreso de la Nación, marquen un hito hacia la nueva Argentina preservando a las instituciones de los hombres que no están a la altura de las circunstancias.* Luego agregó: *Separar a uno o varios miembros de la Corte Suprema no es tarea que pueda concretar el Poder Ejecutivo. No es nuestro deseo contar con una corte*

La sentencia de la CSJN en el caso "Arancibia Clavel", fue la primera de una trilogía que se completa con los fallos dictados en los casos "Simón" y "Mazzeo", que crearon la jurisprudencia necesaria para dar aparente soporte jurídico a las futuras sentencias de los tribunales inferiores, a los que condicionó para que se ajustasen a ésta.

Al llegar a la Corte el caso "Simón" en 2005, ya habían sido desplazados los ministros disidentes, con excepción de Fayt. Cuatro nuevos ministros, quienes aceptaron el cargo pese al condicionamiento previo del titular del Poder Ejecutivo⁹⁸, se incorporaron e integraron la nueva mayoría que dictó sentencia en completa armonía con la pretensión del Poder Ejecutivo.

La única disidencia fue la del ministro Fayt quien mantuvo sus convicciones pese a las presiones que recibió para que renunciase, por lo que el resultado de la votación terminó: 7-1.

En el cuadro de la Fig.1 se puede observar la integración de la Corte en las diferentes sentencias.

adicta, queremos una Corte Suprema que sume calidad institucional y la actual dista demasiado de hacerlo, [...]

El titular del máximo tribunal había acusado al Gobierno de pretender conformar una Corte "adicta", al sugerir: *Si ahora sacan a esta Corte, ¿qué cree usted que van a poner? ¿A jueces enemigos?* La Nación 5 jun. 2003.

Dos meses más tarde, el 8/8/03, firmó el decreto 579/03, por el que dispuso efectuar el depósito del instrumento de ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad.

⁹⁷ Al respecto la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en el dictamen del 7 de diciembre de 2004 referente al caso "Arancibia", señaló que la votación 5 a 3 y el hecho de que sólo 4 coincidieron genéricamente en los fundamentos, crea una disparidad que debilita la doctrina de la sentencia.

⁹⁸ Cfr. *Infra*, Nueve pasos para imponer la supuesta "Política de Estado", capítulo XII, T.II.

VOTACIONES DE LA CSJN EN LAS PRINCIPALES CAUSAS VINCULADAS A DDHH													
	2004 - ARANCIBIA			2005 - SIMON			2007 - MAZZEO			2010 - VIDELA			
	Ministros que votaron	Votos	Obs.	Ministros que votaron	Votos	Obs.	Ministros que votaron	Votos	Obs.	Ministros que votaron	Votos	Obs.	
1 Pte.	PETRACCHI		IC	PETRACCHI			LORENZETTI		IGK	LORENZETTI		IGK	
2 Vice	BELLUSCIO	D		FAYT	D		HIGHTON deNOLASCO		IGK	HIGHTON deNOLASCO		IGK	
3 Mtro.	FAYT	D		BOGGIANO			FAYT	D		MAQUEDA			
4 Mtro.	BOGGIANO			MAQUEDA			MAQUEDA			ZAFFARONI		IGK	
5 Mtro.	VAZQUEZ	D		ZAFFARONI		IGK	ZAFFARONI		IGK				
6 Mtro.	MAQUEDA			HIGHTON deNOLASCO		IGK	ARGIBAY	DP	IGK				
7 Mtro.	ZAFFARONI		IGK	LORENZETTI		IGK							
8 Mtro.	HIGHTON deNOLASCO		IGK	ARGIBAY		IGK							
			5-3				7-1				4-2		
IGK: INGRESA EN LA GESTION K.- D: VOTO EN DISIDENCIA - DP: DISIDENCIA PARCIAL IC: INVIERTE EL CRITERIO DE SUS VOTACIONES ANTERIORES													

En el cuadro se consignan los votos según el orden en que se emitieron en las respectivas sentencias.

Fig.-1-

En 2007 se completó la trilogía de la CSJN con el caso Mazzeo⁹⁹ [se anularon los indultos presidenciales sólo para los militares, manteniéndose en vigencia los de los ex integrantes de las organizaciones armadas terroristas]. En esa misma senda se dieron los fallos Videla y Derecho René Jesús [Fallos: 330:3074] sobre el deber de punición y la responsabilidad internacional del Estado.

Por otra parte, ese año el Congreso aprobó la ley 26.200¹⁰⁰ que introdujo en el derecho interno, los delitos de lesa humanidad previstos en el Estatuto de Roma, cuya imprescriptibilidad se aplica hacia el futuro.

⁹⁹ Mazzeo Julio Lilo y otros sobres casación e inconstitucionalidad, sentencia del 13 de julio de 2007, expedientes M 2334, XLII° y M2335, XLII° con la disidencia de los ministros Fayt y Argibay.

¹⁰⁰ La ley establece la competencia, las penas y todas aquellas previsiones para la correcta aplicación de lo normado por el Estatuto de Roma.

Dicho Estatuto fue aprobado por ley 25.390 del 23 de enero 2001 y ratificado por el Estado argentino el 8 de febrero de 2001, entrando en vigencia el 1° de julio de 2002, pero no goza de jerarquía constitucional como la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU.

Era evidente que se había tomado la decisión política de procesar por delitos de lesa humanidad a militares y a otros agentes estatales de los años '70, con fundamento en lo dispuesto por la Convención sobre la imprescriptibilidad del '68 y en contra de la jurisprudencia sentada por la Cámara Federal y la CSJN en el caso de las Juntas Militares [causa 13/84] veintisiete años antes.

El "kirchnerismo" tenía un claro objetivo de creación y concentración del poder, y sabía como obtenerlo.

En su "cosmogonía política", no importaban las limitaciones que imponen las instituciones; de ser necesario las mismas instituciones eran susceptibles de ser transformadas para ponerlas a disposición de las necesidades del Ejecutivo, pues con "voluntad política" todo parecía posible.

En ese sentido el abogado Alberto Fernández, jefe de gabinete de Kirchner, dijo en un reportaje en marzo de 2009: *Apenas asumimos, el primer tema con que tuvimos que lidiar fue el de los militares. Todos nuestros asesores jurídicos nos dijeron que era un tema cerrado: con el ejercicio de la voluntad política hicimos todo. Este mecanismo es el que hemos usado de ahí en adelante con todos los problemas con que nos encontramos*¹⁰¹.

Fernández dejó claro que la "voluntad política" también se imponía por sobre el derecho penal, un fenómeno afín a políticos inescrupulosos del que nos advierte el Dr. Alejandro Aponte: *El derecho penal ha dejado de ser un medio limitado y un instrumento para asegurar la libertad, y ha pasado a ser un medio absoluto para la consecución de cualquier tipo de finalidad política. El derecho penal se ha convertido hoy en un instrumento de la política partidista*¹⁰².

¹⁰¹ Declaraciones a Eduardo Aliverti, Radio la Red, 18 marzo de 2009.

¹⁰² Aponte, Alejandro, *Derecho penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra*, Bogotá. En: Meliá, Gómez, *El Derecho Penal del...* op. cit. T.I, pág.214.

Ahora bien, cuando los jueces de la CSJN volvieron operativa la "Política de Estado" tal como reiteradamente ha referido el presidente de la Corte, debido a que los delitos de lesa humanidad –DLH–, su correspondiente pena y su carácter imprescriptible no estaban incluidos en el Código Penal –CP–, ensayaron en sus sentencias diferentes argumentos, cuyos ejes más destacados son los siguientes:

1. El principio de legalidad debe ceder ante la presencia de un principio moral de superior orden, en consecuencia, las leyes *ex post facto* pueden ser aplicadas en base a la elasticidad de este principio en el derecho internacional.

El exponente más importante de esta doctrina fue el juez Leopoldo Héctor Schiffrin en el caso Schwamberger¹⁰³.

2. La Convención sobre la imprescriptibilidad no viola el principio de legalidad porque positiviza la costumbre internacional preexistente. Además, este tipo de delitos no son indultables ni amnistiables.
3. Los delitos eran punibles en la época de los hechos pues violaron los derechos humanos constitucionalizados, posición sostenida por el ministro Zaffaroni y por el presidente de la CSJN.
4. Debido a la ratificación en 2003 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, que tiene naturaleza de *ius cogens*, el Estado se encuentra internacionalmente obligado a su aplicación retroactiva en virtud del Art. 1 de dicha Convención.
5. La ley no es la única fuente del derecho, también lo es la costumbre.
6. Los hechos sometidos a juicio no ocurrieron en el contexto de un conflicto armado interno.

En consecuencia las víctimas no integraron organizaciones armadas, sólo eran disidentes políticos que luchaban contra una dictadura y fueron sometidos por agentes estatales. Sus organizaciones eran organizaciones políticas, despojadas de toda connotación violenta.

¹⁰³ Obsérvese la similitud de este razonamiento jurídico con la teoría de Carl Schmitt cuando sobrepone a las leyes el denominado "Führerprinzip" que le permitió a Hitler hacer predominar su doctrina totalitaria por encima del Estado de Derecho.

7. El "principio" de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad deviene de la costumbre internacional, en consecuencia es un principio de *ius cogens* del derecho de gentes y por el Art. 118 de la Constitución Nacional – CN– se establece la preeminencia del derecho de gentes por sobre el derecho interno, por lo tanto se comporta como un ordenamiento normativo *self executing* –autoejecutable– [Caso "Ekmekdjian"].
8. Los hechos se cometieron en el marco de un plan estatal criminal en el que los justiciables son coautores de todos los delitos imputados, independientemente de la responsabilidad penal subjetiva que les corresponda.

Consecuentemente con dar por probada la función del imputado aunque no se haya probado su participación en los hechos, es suficiente para superar los valladares de la sana crítica y el íntimo convencimiento del juzgador, quien no siente la obligación de despejar la incertidumbre más allá de toda duda razonable.

La imputación de una genérica responsabilidad objetiva, pareciera ser suficiente.

A ello debemos agregar lo expresado por el Presidente de la Corte Ricardo

Lorenzetti, argumentando acerca de la violación al principio de legalidad¹⁰⁴, al referir las diferentes posiciones ante las protecciones que este conlleva y los fundamentos de su violación:

- *Una primera respuesta al problema haría prevalecer esta garantía en sentido estricto: sólo se podrá juzgar a alguien por un delito de este tipo luego de que se encuentre tipificado en una ley nacional.*
- *Una segunda alternativa consiste en señalar que estos delitos constituyen una excepción a esta garantía, porque son sancionados por normas superiores como el derecho natural o el ius gentium¹⁰⁵.*

¹⁰⁴ Lorenzetti, Ricardo, *Derechos Humanos Justicia y Reparación*, Sudamericana 2011, pág.32 y 33.

¹⁰⁵ Esta nota pertenece al texto original transcrito: *El ius gentium, el derecho de gentes, en un sentido restringido comprende las instituciones del derecho romano de las que pueden participar los extranjeros, quienes tenían tratos con Roma y sus ciudadanos [cives], por lo que supone una complementación del ius civile, para aplicarlo con individuos que no ostentan la ciudadanía romana. En las Institutas de Gayo, se establece la distinción entre ius civile y el ius gentium.*

- Una tercera afirma que la ilicitud de los delitos de lesa humanidad es una norma consuetudinaria internacional en cuanto a su aplicación temporal.

No constituyen una excepción a este principio, sino que es una forma distinta del mismo principio, acorde a las características [de excepción] de este tipo de delito¹⁰⁶.

La "Política de Estado" impulsada por la CSJN, aplicada en los juicios de venganza y justificada por la excepcionalidad de los delitos, impone una sistematización de los procedimientos penales de excepción en todos los juicios del país, en violación al debido proceso.

Entre sus características más relevantes se destacan: desbalance de armas entre la querella y la defensa¹⁰⁷, absurda valoración de la prueba, mantenimiento del imputado en procesos judiciales consecutivos y permanentes para que no pueda obtener ningún beneficio previsto en la ley, prisiones preventivas arbitrarias, tribunales *ex post facto* en violación del principio del juez natural, aplicación de la analogía penal prohibida, condenas abusivas, desconocimiento de amnistías vigentes, aplicación retroactiva de la ley penal, etc. Aspectos que habremos de profundizar más adelante.

Así, en dichas Institutas se define el Derecho Civil como el derecho propio de la ciudad, el derecho de cada pueblo establece para sí. En cambio, el derecho común de todos los hombres, el derecho que usan todas las naciones se llama Derecho de Gentes, ius gentium. A partir de Grocio, se entiende por derecho de gentes la norma no escrita que regula las relaciones entre los Estados o las relaciones entre los ciudadanos de diferentes Estados, o sea derecho natural internacional. Para mayor información, puede consultarse Carmona Urdaneta, Wilmer Alejandro, Manual de derecho Romano, Caracas, Mc Graw Hill, 1998.

¹⁰⁶ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Caramutti, Carlos, *Delitos de lesa humanidad, reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN*, Buenos Aires, Ediar, p.24.

¹⁰⁷ La Dra. Stella Maris Martínez observa en la conducta inquisitiva de los jueces el origen de este desbalance: [el juez] *íntimamente cree que si el acusado es inocente él lo descubrirá [¿quién mejor?] por lo que es absolutamente innecesario que cuente con defensor alguno, y, si el acusado es culpable, como anticipada y premonitoriamente suele sospechar, qué sentido tiene que se lo defienda y, sobre todo, con dinero del Estado. Esta íntima convicción, generalmente bastante alejada de lo que suele ser su discurso, se traduce en un trato irrespetuoso hacia la actividad de la defensa, en clara contraposición con el que adopta con los representantes del Ministerio Público Fiscal, a los que visualiza como sus aliados. Ello, por supuesto, no hace más que complicar innecesariamente e ilegítimamente la tarea defensiva...* Stella Maris Martínez, *Quien defiende a la defensa* en Messutti Ana compiladora, *La administración de Justicia: en los albores del Tercer Milenio*, La Universidad, 2001, volumen I pág. 163 y ss.

Estos fueron algunos argumentos centrales empleados en estas causas en todo el país, para justificar la persecución estatal imputando DLH, no previstos en el Código Penal, aunque en rigor se aplicaron condenas por analogía con delitos comunes, prescriptibles y previstos en dicho código.

En todos los casos los argumentos previamente referidos, encubren la violación que conlleva la aplicación retroactiva de la ley penal, que es más grave que la violación manifiesta o "abierta"¹⁰⁸, porque los juzgadores dan la sensación de que los procesos se realizan cumpliendo la ley y respetando los derechos de los justiciables.

Las escasas referencias a normas imperativas del derecho de gentes en el derecho interno, nos obliga a un breve análisis acerca de algunas cuestiones referidas al derecho internacional y en particular aquellas vinculadas al *ius cogens*, al tiempo que analizamos los argumentos de la Corte de cuestionable validez.

En ese sentido, el ministro Boggiano ha expresado en su voto en la causa Simón, considerando 14:

Que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es este su ordenamiento jurídico propio.

2 | LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

La voz latina *ius cogens* o *jus cogens*, podría traducirse como derecho imperativo o derecho obligatorio. Humberto Vázquez en el *Diccionario de Derecho Romano*¹⁰⁹, lo define como el *Derecho que obliga; dicese del derecho objetivo cuya vigencia o cumplimiento no queda sujeto a la voluntad de los particulares, sino que se impone necesariamente.*

¹⁰⁸ ALEXY, Robert, "Mauerschützen Zum Verhältnis von Recht Moral und Strafbarkeit". [Muro de protección entre el derecho y el delito moral], Hamburg, 1993, págs. 10 y 30, en revista *Doxa*, N° 23, 2000, pág. 202.

¹⁰⁹ VÁZQUEZ Humberto, *Diccionario del Derecho Romano, Palabras, locuciones y aforismos latinos*, Zavalía, Buenos Aires, 1998, pág. 135. Los manuscritos de este diccionario fueron presentados en el XIII encuentro de profesores de derecho romano celebrado en 1997 en La Rioja.

Los antecedentes más lejanos de la expresión pueden rastrearse en los orígenes del derecho romano y así seguir su evolución durante los siglos que nos separan de esa época. Fue recién en la convención celebrada en Viena en 1969, "Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados" –CVDT–, cuando los estados la tuvieron expresamente presente. Buena parte de la discusión se centró en esta particular regla inderogable que obliga a los estados de manera imperativa, conocida como norma de *ius cogens*.

La convención que la positiviza fue la culminación de un largo trabajo encomendado a la Comisión de Derecho Internacional –CDI– de la ONU en 1949. Allí se celebraron los acuerdos acerca de la forma en la que habrían de establecerse y cumplirse los tratados entre los estados. Si bien el ámbito natural de los mismos es el Derecho Internacional Público, pues sólo obligan a los estados, no es menos cierto que tales normas se vinculan a la necesidad de adaptar el derecho interno al internacional y terminan impactando sobre el primero, pero nunca pueden eliminarlo.

Dos artículos, principalmente, llevan el peso de la vinculación de las normas de *ius cogens* al texto de la Convención [Art. 53 y 64 CVDT] que entró en vigor el 27 de enero de 1980¹¹⁰, y describen sus particulares características: a] es una norma imperativa, b] no admite acuerdo en contrario, c] sólo puede ser modificada por una norma ulterior del mismo carácter, d] es una norma de derecho general internacional y e] debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional. Por lo tanto todo tratado que se le oponga es nulo.

Estos artículos expresan:

Art. 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ["jus cogens"].

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en

¹¹⁰ Aprobada en el derecho interno argentino por ley 19.865 BO 11/1/73, previo haberse depositado el instrumento de ratificación el 05-12-72.

contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Art. 64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ["jus cogens"]. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Sin embargo, no todas las normas alcanzan la naturaleza de *ius cogens*, puesto que deben reunir ciertas condiciones y contar con un respetable consenso. En efecto, el Art. 53 establece que la norma debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto.

Este artículo contiene la expresión “en su conjunto”, pero no aclara si la norma debe ser reconocida por unanimidad de los estados, o sólo es suficiente con la mayoría simple, para alcanzar el nivel de norma de “derecho internacional general”.

No obstante, en la condición más desfavorable y no exenta de controversia, es evidente que la aceptación por parte de los estados debe por lo menos superar un cuestionable 51% para poder acceder a dicha condición.

Algunos autores interpretan que para ello no es necesario que todos los estados la hayan reconocido como tal. Sostienen que la práctica ha demostrado que para el reconocimiento de una norma con el estatus de *ius cogens*, *es suficiente la aprobación por parte de algunos estados cuya presencia en el mundo sea “importante e influyente”*. *Se trata que sea una norma aceptada por un amplio número de estados, incluidos todos los estados y grupos de estados más significativos; ningún Estado tiene, capacidad de veto al respecto*¹¹¹.

¹¹¹ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, *Derecho Internacional Público*, Editorial Trotta, 2da. Edición, Madrid, 1995, pág. 329.

Menéndez es Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciado en Derecho en la Universidad de Barcelona en 1968, alcanzó el doctorado en derecho en la Universidad de Bolonia 1970. Obtuvo su Diploma en Derecho Público en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1976, y Diploma del Centro de Investigación de La Haya en 1980.

Su trayectoria se encuentra muy ligada a su interés por los derechos humanos. Hasta el 2009 fue Presidente del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas y miembro del Comité del programa de

Es evidente que la doctrina de los países “influyentes”, no contemplada en el texto del Art. 53 de la CVDT, subordina a los países que no alcancen esta condición al dominio de la voluntad de los estados importantes e influyentes, pues esta interpretación habilita a un verdadero “colonialismo convencional” que subyuga la decisión soberana de cualquier nación que no alcance el rango requerido.

3 | FUENTES DEL *IUS COGENS*

El siguiente paso para la comprensión de las normas de *ius cogens* es establecer sus fuentes. En ese sentido puede distinguirse por un lado 1] los tratados internacionales, y por otro 2] la costumbre internacional.

El *ius cogens* no es una fuente de derecho en sí mismo. Se trata de una categoría que se le atribuye a una norma preexistente, derivada de la costumbre internacional de carácter general o de un tratado, y como se ha dicho, se torna de cumplimiento obligatorio para los estados, sólo puede ser reemplazada por una norma de igual jerarquía y los tratados que la contradigan son nulos ya sea al momento de la firma de este o cuando surge dicha norma.

Además de la costumbre internacional y los tratados como fuentes del *ius cogens*, durante los trabajos preparatorios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –el “tratado de los tratados”–, se tuvieron en cuenta los informes de la Comisión de Derecho Internacional donde se señalaba que el *ius cogens* podría derivar de otras fuentes, pero estas mociones fueron rechazadas¹¹².

Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador en Quito. Durante el período 2000-2001, fue miembro del Comité Asesor sobre Desarrollo del Ministerio de Asuntos Exteriores de España. Se desempeñó como Catedrático de Derecho Internacional Público; cuenta con una extensa obra bibliográfica que comenzó a principios de la década de los 90. Los temas tratados en sus obras son relativos al derecho, con marcado énfasis en las relaciones internacionales y la cooperación entre estados.

¹¹² *British Year Book of international Law*, vol. 47 [1974-1975] pp. 273-285.

Las actas resumidas de las sesiones plenarias de la Conferencia y de la Comisión Plenaria, del primer período de sesiones, previas de la CVDT fueron publicadas por la ONU en los documentos: A/CONF.39/SR1 a SR5 y A/CONF.39 C.1/SR1 a SR83.

En ese sentido va la opinión del jurista italiano y ex juez de la Corte Internacional de Justicia Roberto Ago, quien expresó que las normas imperativas podían provenir tanto del derecho consuetudinario como del convencional, y que al adquirir tal carácter, obligarían *erga omnes*, y no sólo a las partes del tratado internacional.

Es decir, las normas –antes de alcanzar la naturaleza de *ius cogens*– son sometidas a discusiones y aprobaciones por parte de los estados, tanto al momento de discutir el texto de un tratado como durante la lenta construcción de una costumbre internacional, período en que se genera el necesario consenso que debe tener una norma para cumplir el requisito del Art. 53 de la Convención de Viena [ser *aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto*].

En aquellos casos en los que las normas de *ius cogens* provienen exclusivamente de la costumbre sin contrastación convencional, para el derecho penal se presenta un serio inconveniente, pues la costumbre es imprecisa.

Aquello que resulta bueno y recomendable para una cultura puede resultar inconveniente e inaceptable para otra¹¹³. Por eso para reconocer una costumbre, la Corte Internacional de Justicia con jurisdicción sobre la costumbre internacional y las normas de *ius cogens*, tiene en cuenta la existencia de tratados y sus ratificaciones.

Ante la ausencia de éstos repara en las prácticas estatales –en especial las de carácter obligatorio– y observa si la práctica es consistente y si tiene consenso.

De allí la necesidad de positivizar y codificar la costumbre, tarea que hace tiempo realiza el Comité Internacional de la Cruz Roja –CICR– para el Derecho Internacional Humanitario –DIH– o derecho de la guerra.

¹¹³ Sobre todo porque a nivel mundial conviven varios sistemas legales: el derecho continental, también llamado por Bassiouni, romanista–civilista–germánico basado en la ley escrita; el common law o derecho anglosajón que se basa en la costumbre, aunque también emplea la ley positiva; uno mixto de los anteriores, y el *fiqh*, derecho religioso propio de los países árabes [no confundir con el derecho islámico “*charía*” o *Sharia al Islamiya*].

Ello plantea el inconveniente que sólo unos pocos principios generales de derecho pueden ser formulados con suficiente precisión como para que puedan tornarse internacionalmente operativos. Pellet, Alain, *Applicable law*, en Cassese Antonio, Gaeta Paola, Jones John, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, R.W.D. editores, vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2002. pág. 103.

En este punto nos apoyamos en el trabajo de Jean Marie Henckaerts, asesor jurídico del CICR y jefe del proyecto sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, publicado en dos volúmenes por Cambridge University Press¹¹⁴.

En lo referente a las fuentes de la costumbre internacional, fuente a su vez de las normas de *ius cogens*, tienen particular relevancia los tratados y en ese sentido la Corte Internacional de Justicia estableció los criterios de evaluación de la costumbre y de los tratados.

Con relación a estos últimos, refiere el autor que *en las causas de la North Sea Continental Shelf la Corte Internacional de Justicia señaló claramente que el grado de ratificación de un tratado es importante para evaluar el derecho consuetudinario*.

*En ese caso, la Corte declaró que el número de ratificaciones y adhesiones alcanzado hasta ahora –39–, aunque sea respetable, apenas es suficiente, [pág. 75 del sumario] especialmente en un contexto en el que la práctica no sujeta al tratado es contradictoria*¹¹⁵.

*Y a la inversa, en el asunto Nicaragua [Nicaragua –Contras], la Corte, al evaluar el status consuetudinario de la norma de no intervención, otorgó mucha importancia al hecho de que casi todos los países habían ratificado la Carta de las Naciones Unidas*¹¹⁶.

Puede incluso darse el caso de que una disposición convencional refleje el derecho consuetudinario, aunque el tratado aún no esté en vigor, con tal de que haya una práctica similar suficiente, en particular de los estados especialmente afectados, de

¹¹⁴ Henckaerts, Jean-Marie, "Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario: Una contribución a la Comprensión y al respeto del Derecho de los Conflictos Armados", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 31-03-2005.

¹¹⁵ Esta nota pertenece al texto original transcripto: CIJ, *North Sea Continental Shelf cases*, op. cit. [nota 7], pág. 42, párr. 73.

¹¹⁶ Esta nota pertenece al texto original transcripto: CIJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, op. cit. [nota 12], págs. 99 y 100, párr. 188. Otro importante factor para que la Corte tomara esta decisión fue que las resoluciones pertinentes de la Asamblea General de la ONU habían sido ampliamente aprobadas.

manera que la probabilidad de que haya una oposición significativa a la norma en cuestión sea escasa.

Es decir, para que una norma que alcanza la naturaleza de *ius cogens* –ya provenga de la costumbre internacional o de los tratados– cumpla con el requisito de ser *aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto*, debe tomarse en consideración el grado de aceptación por parte de los estados a partir de la ratificación de los tratados.

4 | TRANSFORMACIÓN DE UNA NORMA CONSUECUDINARIA CONVENCIONAL EN NORMA DE *IUS COGENS*.

Hemos visto que algunos especialistas sostienen que una norma de *ius cogens* obliga a todos los estados aunque no hayan participado de su consagración y tiene efectos *erga omnes*.

Cabe entonces preguntarse quiénes tienen la potestad de otorgarle a una norma valor de *ius cogens*, habida cuenta de la ausencia de catálogo para saber cuáles y cuántas son estas normas. De hecho en 1966 la Comisión de Derecho Internacional –CDI– de la ONU se pronunció en contra de la inclusión de cualquier ejemplo de normas de *ius cogens* en el texto de la Convención.

Por delegación de la comunidad internacional, el Art. 38¹¹⁷ del estatuto de la Corte Internacional de Justicia –CIJ– le otorga a este Tribunal la autoridad para resolver

¹¹⁷ En el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se establece la vinculación con todas las naciones y la obligación de aplicar en sus sentencias la costumbre internacional, a su vez fuente del *ius cogens*.

Art. 1-LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA establecida por la Carta de las Naciones Unidas, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, quedará constituida y funcionará conforme a las disposiciones del presente Estatuto.

Art. 38- Será sometido a la Corte Internacional de Justicia.

cuestiones vinculadas a la costumbre internacional, y a la Convención de Viena –CVDT– las referidas al *ius cogens* [Art. 66 inc. a.]. No obstante la potestad de reconocerlas parecería compartida por numerosas autoridades y funcionarios del orbe, circunstancia que deviene en la "fragmentación del derecho internacional".

En efecto, han reconocido normas de *ius cogen* en sus sentencias los jueces de las cortes internacionales como la Corte Internacional de Justicia –CIJ–, pero también los de las cortes regionales de DDHH, como la Corte IDH, incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– que intervino, por ejemplo, en el caso de menores condenados a pena de muerte en los EE.UU. y propugnó una norma de *ius cogens*; asimismo los jueces de tribunales internacionales como los del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia –TPIY– en el caso Furundzija y otros; el Comité de Derechos Humanos de la ONU –CDH–; el Comité Internacional de la Cruz Roja –CICR–; la Comisión de Derecho Internacional de la ONU –CDI– y numerosos especialistas, han reconocido a ciertas normas la naturaleza de *ius cogens*.

En el caso de la Corte IDH, el juez A. A. Cançado Trindade, por ejemplo, en su voto concurrente en el caso Maritza Urrutia versus Guatemala sobre la tortura refirió:

...que de la prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas [inclusive la psicológica], como perteneciente al dominio del jus cogens internacional. [...] Los fundamentos seguidamente enunciados, no refieren el grado de ratificación de los mismos como garantía de aceptación internacional de la norma [Art. 53 de la CVDT y la jurisprudencia de la CIJ]. Dijo el juez brasileño:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales [...]

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

A su vez el Art. 66 inc. a) CVDT, le otorga a la Corte potestad sobre el *ius cogens*:

a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje:

Conforman dicho régimen jurídico los distintos instrumentos y procedimientos internacionales de prohibición de la tortura: a las Convenciones de las Naciones Unidas [de 1984, y su Protocolo Facultativo, de 2002] e Interamericana [1985] sobre la materia, hay que agregar la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y Trato o Pena Inhumana o Degradante [1987], el Relator Especial sobre la Tortura [desde 1985] de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria [desde 1991] de la misma Comisión de Derechos Humanos [atento a la prevención de la tortura].

Las tres Convenciones coexistentes de combate a la tortura –la de Naciones Unidas, de 1984, la Interamericana, de 1985, y la europea, de 1987– son, más que compatibles, complementarias.

Lo expresado por el magistrado, evidencia que los estados no son consultados sobre su criterio para convertir una norma en *ius cogens*.

Deberíamos concluir que tal categorización es una potestad adquirida por jueces y organismos internacionales que no representan necesariamente el deseo de los Estados, a los que comprometerían con sentencias u opiniones consultivas creadoras de jurisprudencia de mandato imperativo. Pero ello sería violatorio del antes referido Art. 53 [CVDT] y convertiría a cualquier juez en “legislador internacional”; si así fuera cabe preguntarse ¿de qué valdrían las convenciones, las consultas, los acuerdos, etc. de los representantes de los Estados, si lo resuelto por unos pocos jueces fuera suficiente para dar carácter a su criterio no pocas veces circunstancial?

En este sentido, el voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade dado en la resolución del¹¹⁸ *cas d'espèce* en favor de los miembros del *Pueblo Indígena de Sarayaku* en Ecuador, confirmó el rol de las cortes en la generación del *ius cogens* al referir:

25. Los dos tribunales internacionales que, en los últimos años, más han contribuido al desarrollo del contenido material del *jus cogens* internacional han sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Penal Internacional ad hoc para la Ex-Yugoslavia [TPIY], tal como se desprende de la jurisprudencia de ambos.

¹¹⁸ 06.07.2004.

De conformidad con las sentencias de la Corte Interamericana en los casos: Cantoral Benavides versus Perú [18.08.2000], Maritza Urrutia versus Guatemala [27.11.2003], Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú [08.07.2004], y Tibi versus Ecuador [07.09.2004], se consagra el entendimiento de que la tortura, los tratos inhumanos y las ejecuciones extrajudiciales son violatorias del jus cogens; además, de conformidad con el amplio razonamiento de la Corte Interamericana en su histórica Opinión Consultiva n°18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados [17.09.2003], se avanza el entendimiento de que el principio fundamental de igualdad y no-discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens [párr. 97-101]¹¹⁹.

[...] Las significativas contribuciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana y del TPIY en la materia en aprecio oriéntanse en la dirección correcta, pero por supuesto resta todavía un largo camino que recorrer en la gradual determinación del contenido material del jus cogens.

De acuerdo con el Art. 38 del Estatuto¹²⁰ de la CIJ –ya citado–, para emitir sentencia en el ejercicio del derecho internacional la Corte observa:

- 1. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes; [según su jurisprudencia deben considerarse las ratificaciones de los tratados].*
- 2. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.*
- 3. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.*
- 4. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la*

¹¹⁹Esta nota pertenece al texto original transcripto: Cf., para un estudio general reciente, v.g., A.A. Cançado Trindade, "The Case –Law of the Inter– American Court of Human Rights: An Overview", in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. II°I, Roma/Salerno, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 1873-1898.

¹²⁰ <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>, consultada en noviembre 2008.

determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59¹²¹.

Si bien lo primero que se observa son los tratados de donde surge la aquiescencia del Estado, *Un tratado no puede crear normas imperativas de derecho internacional, aun cuando puede desempeñar un papel en su aparición.*

Un ejemplo famoso es el pacto de paz de París de 1928 y la aparición ulterior de una norma de jus cogens por la que se prohíbe la guerra de agresión como crimen internacional, lo cual supuso apartarse radicalmente del concepto tradicional de derecho soberano de los Estados a declarar la guerra¹²².

La cuestión de las normas de *ius cogens* y el rol de la CIJ pueden graficarse según la figura 2:

En la década de los '90, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia –TPIY– identificó numerosas reglas de la costumbre basándose en la observación de seis aspectos¹²³:

- 1] Ratificación o acceso a los tratados.*
- 2] Firma de los tratados.*
- 3] Resoluciones u otros actos adoptados por organizaciones internacionales.*
- 4] Actos unilaterales, [esta categoría incluye documentos internos como manuales de las fuerzas armadas, etc.].*
- 5] Decisiones de los tribunales o cortes domésticas.*
- 6] Aquiescencia.*

¹²¹ Art. 59 establece: *La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.*

¹²² Year Book de la CDI, Vol. I parte II 1966, pág. 235, párrafo 43. A/CN.4/SER.A/1966.

¹²³ GRADONI, Lorenzo "Nullum crimen sine consuetudine. A few observations on how the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia has been identifying custom", pág. 8.

LAS NORMAS DE IUS COGENS

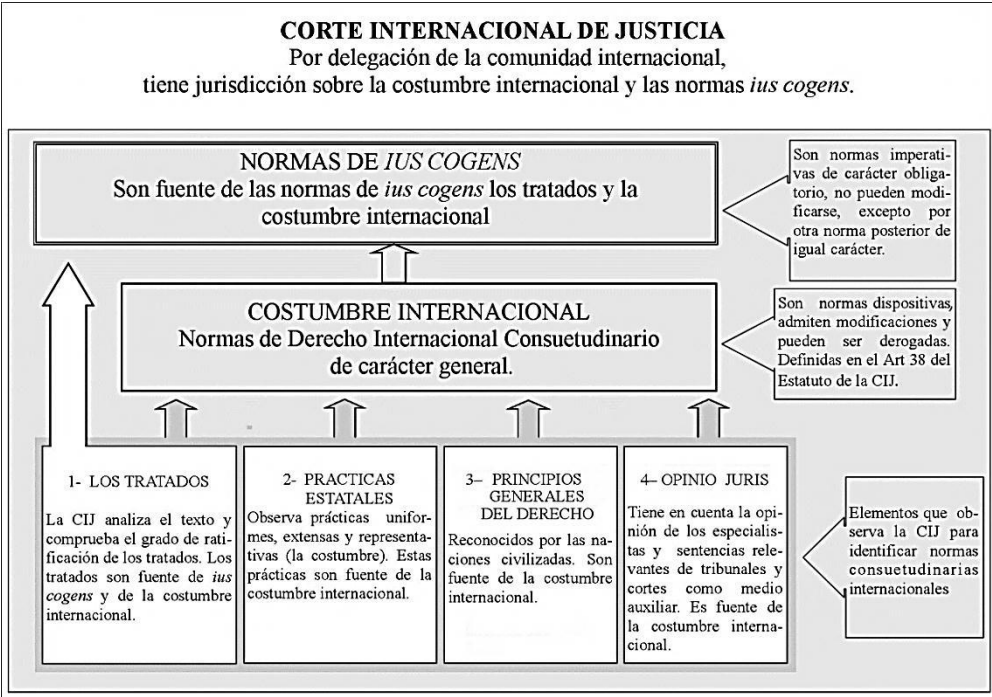


Fig. -2-

En consecuencia, en todos los casos los tratados y sus ratificaciones constituyen el primer elemento de evaluación para identificar la costumbre internacional de carácter general y las normas de *ius cogens*.

No obstante, algunos autores sostienen que la confluencia entre la *opinio iuris* [elemento subjetivo de la costumbre internacional] y la práctica repetida de los estados transforma las normas de derecho consuetudinario internacional en normas de *ius cogens*. Sin embargo hemos visto que tanto la jurisprudencia de la CIJ, como el Art. 38 del Estatuto de la CIJ también consideran otros elementos en la formación de una norma de *ius cogens*, otorgando a la *opinio iuris* carácter auxiliar.

A mayor abundamiento acerca de las normas de *ius cogens*, el ministro Boggiano ha destacado en el considerando 34 de su voto en el caso "Arancibia Clavel", la responsabilidad del Estado por su violación:

34] Que la responsabilidad internacional de la Nación se torna de particular intensidad y gravedad tratándose de normas de ius cogens y erga omnes como son las que rigen en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Ello así, pues el Art. 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados somete a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia las controversias en que se cuestiona una norma de ius cogens, esto es una norma inderogable de derecho internacional.

Por su parte el ministro Maqueda en el considerando 28 de su voto en el mismo fallo destacó las obligaciones concernientes al *ius cogens*: Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [ver informe 62/02, caso 12.285 Michael Domínguez v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002] ha definido el concepto de ius cogens en el sentido de que deriva de conceptos jurídicos antiguos de "un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir" y "como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas". Su principal característica distintiva es su "relativa indelebilidad", por constituir normas del derecho consuetudinario internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. Se considera que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obliga [a diferencia del derecho consuetudinario tradicional] a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia [párrafo 49, con cita de CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párrafo 55].



El principio de legalidad implica en primer término la exclusión del derecho consuetudinario. Esto significa que por esa vía no puede crearse ningún tipo penal ni ninguna agravación punitiva.

Hans Jescheck

El peor déspota no es el que viola la ley sino el que la hace a su antojo...

Charles-Louis de Sécondant,
Barón de la Brède et de Montesquieu

Capítulo III

El principio de legalidad

1 | ENORME CONSENSO INTERNACIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La plena vigencia del principio de legalidad es una característica del sistema jurídico moderno y piedra angular del debido proceso, su violación, parafraseando a Alexander Hamilton¹²⁴, supone la ruptura de la principal herramienta de protección contra una tiranía.

Los orígenes de este principio se remontan a los comienzos del derecho romano, y se suele invocar por medio de una expresión latina del siglo XIX: *nullum crimen sine*

¹²⁴ Hamilton, Alexander, *The Federalist*, N° 84 p. 511, Ed. Clinton Rossiter, 1961.

lege –NCSL–, o según las tres reglas de von Feuerbach *nulla poena sine lege* [no hay pena sin ley], *nulla poena sine crimine* [no hay pena sin crimen] y *nullum crimen sine poena* [no hay crimen sin pena]¹²⁵, o con la prohibición de aplicar leyes *ex post facto*, tal como lo establece la Constitución de los EE.UU.

El principio de legalidad es reconocible en el Art. VIII de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada durante la revolución francesa de 1789 y con anterioridad en la Carta Magna¹²⁶ inglesa impuesta por los nobles al débil rey "Juan Sin Tierra" [1167-1216] el 15 de junio de 1215, considerada la base de las libertades constitucionales del Reino Unido.

Resulta repudiable la violación de este principio en pleno siglo XXI por parte del Estado argentino, cuyo gobierno se considera a la vanguardia del respeto por los derechos humanos, pues es inevitable asociar esta conducta estatal con las prácticas que gobiernos totalitarios emplearon para la persecución de opositores políticos. El más difundido es el caso del nazismo ya referido, pero también el principio de legalidad fue violado por la revolución de octubre de 1917 en Rusia, práctica profundizada por Stalin cuando los jueces despreciaban este principio por burgués y creaban derecho aplicando retroactivamente la ley penal y la analogía penal prohibida según las previsiones del código penal de 1922 y 1926¹²⁷. También el código penal italiano de 1930 conocido como Código Rocco, permitía al régimen de Benito Mussolini "Duce de la República Social Italiana", mantener a los imputados en prisión

¹²⁵ La expresión se le atribuye al jurista alemán Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, quien dio las reglas referidas en 1801 en su *Manual del Derecho Punitorio Alemán vigente*.

¹²⁶ El principio 39 establece:

No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by lawful judgment on his peer or by law of the land.

Ningún hombre en pleno uso de su libertad será detenido, encarcelado, perseguido o desterrado o perjudicado en cualquier otra forma; como así tampoco se lo perseguirá o se solicitará su captura, excepto que medie proceso legal en su contra o por imperio de la legislación local.

¹²⁷ Luis Blas Zuleta, Ministerio de Justicia español, 15 julio de 1963, nota sobre el derecho penal soviético.
<http://www.mjusticia.gob.es/es/cs/Satellite/12923440442371?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername=Content>. consultada 14 julio 2014.

preventiva indeterminada. Así como la analogía penal y la retroactividad de la ley penal fueron aplicadas por el “Estado Novo” durante la dictadura constitucionalista de Antonio de Oliveira Salazar en Portugal [1933-1974]. Por su parte, el régimen de Vichy en Francia creó en 1941 tribunales de excepción que aplicaban retroactivamente la ley penal y limitaban el derecho de defensa.

Desde la positivización de las normas que protegen los derechos humanos en el derecho internacional, el principio de legalidad ha sido incorporado en el texto de numerosos instrumentos, tanto internacionales como nacionales, destinados a regular, fundamentalmente, las conductas de los agentes estatales a cargo de la administración de justicia.

Sin embargo son los jueces quienes se tornan proclives a su violación cuando reinterpretan las normas existentes o fuerzan una legislación *ex post facto*, sobre todo cuando pierden su independencia y sus sentencias se vislumbran más próximas al dolo que al error judicial, o se las percibe ligadas a un fallo superior al que remiten por indebida obediencia y sin poner de manifiesto su disidencia personal y actuar en consecuencia; por lo tanto, por obediencia, asumen como propio el criterio ilegal del superior, en este caso, el de la CSJN.

2 | PRESENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El principio *NCSL* originado en el derecho interno de las naciones fue recogido por el derecho internacional como se puede observar en la siguiente enumeración cronológica:

10 DIC 1948 -Declaración Universal de los Derechos del Hombre

Art.11 inc. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

4 NOV 1950- Convenio Europeo para la protección de los DDHH.

Art.7: No hay pena sin ley

1- Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Asimismo, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción fue cometida.

2- El presente artículo no impedirá el juicio o la condena 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.

16 DIC 1966 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 23.313 de 1986.

Art. 15:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. 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 internacional¹²⁸.

¹²⁸ The report of the Third Committee to the General Assembly states say as follows:/"Some representatives expressed, the view that/" retention of paragraph 2 would eliminate any doubts regarding, the legality of the judgments rendered by the Nuremberg and the Tokyo tribunals. It was also pointed1

No obstante el párrafo 2 del artículo 15, al depositar la Argentina el instrumento de ratificación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, presentó la siguiente declaración interpretativa confirmando la vigencia del principio de legalidad:

*El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeta al principio establecido en el Art. 18 de la Constitución Nacional de la Argentina*¹²⁹.

Con esta reserva dispuesta por el Poder Legislativo en el Art. 4 de la ley 23.313 [BO 13/5/86], la Argentina ratificó y aseguró una vez más la subordinación al principio de legalidad en los términos de la CN [ver más adelante el punto Breve digresión sobre el inc. 2 del Art. 15 del PIDCP].

out that the principles of international law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal and the judgments, of that Tribunal were affirmed by the General Assembly in resolution 95[1]. The provision of paragraph 2 would confirm and strengthen those principles and would ensure that, if in the future crimes, should be perpetrated similar to- those punished at Nuremberg, they would be punished in accordance with the same principles." [Official Records of the General Assembly. fifteen Session, Annexes, agenda item 34, document A/4625, par. 16.

El informe de la Tercera Comisión de la Asamblea General de los Estados dice de la siguiente manera: /Algunos representantes expresaron la opinión de que la retención/del apartado 2, eliminaría cualquier duda sobre la legalidad de las sentencias dictadas por los tribunales de Nuremberg y Tokio. También fue señalado que los principios de derecho internacional reconocidos por el "Estatuto del Tribunal de Nuremberg y sentencias de ese Tribunal fueron ratificadas por la Asamblea General en su resolución. 95 [1]. La disposición-del párrafo 2 podría confirmar y reforzar esos principios y podría asegurar que si en el futuro, se perpetraran crímenes similares a los castigados en Nuremberg, serían sancionados de conformidad con los mismos principios. [Documentos Oficiales de la Asamblea General. Decimoquinta sesión, Anexos, tema 34 del programa, documento A/4625, párr. 16.]

La aclaración formulada por los Estados referidos, revela que el párrafo 2 está allí fundamentalmente para legitimar la aplicación del derecho penal retroactivo aplicado en las sentencias de Nuremberg y Tokio, pero también busca legitimarlo hacia el futuro a partir de principios que nunca aprobó la Asamblea General, lo que resulta absolutamente impreciso para el derecho penal, pues debemos recordar la magnitud de los crímenes nazis en una guerra con más de 60 millones de muertos. Sólo en circunstancias de este tenor se activaría este inciso neutralizado para la Argentina, por la reserva interpuesta y de plena vigencia como se verá seguidamente.

¹²⁹ *The Argentine Government states that the application of the second part of article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights shall be subject to the principle laid down in article 18 of the Argentine National Constitution.*

27 ENE 1969-También la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su Art. 28: Irretroactividad de los tratados, establece:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

22 NOV 1969- El artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH– o Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 23.054, incluye en su texto el principio de legalidad:

Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Para la Corte IDH el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática y obliga a los estados a definir esas acciones u omisiones delictivas en la forma más clara y precisa posible¹³⁰. En el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá la Corte expresó: *...en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva [...] exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la controvierten y que se pretende sancionar*¹³¹.

La Argentina en salvaguarda de este principio, al momento de depositar el instrumento de ratificación referido a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 5 de septiembre de 1984, dejó sentada la siguiente reserva: *el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de*

¹³⁰ Fermín Ramírez vs. Guatemala, párrafo: 90.

¹³¹ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C N° 72, párr.106.

Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación.

Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos [sic] con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento.

25 ENE 1974- Convención Europea de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, el Art. 2 establece:

1- El presente Convenio se aplica a delitos cometidos después de su entrada en vigor respecto del Estado Contratante interesado.

*2- Se aplica también a los delitos cometidos antes de dicha entrada en vigor en aquellos casos en que el plazo de prescripción legal no haya expirado en ese momento*¹³².

Como se observa, la Convención se aplica únicamente a partir de la ratificación de los estados para los delitos futuros. Para los delitos del nazismo se aplica únicamente si no están prescriptos, por lo tanto protege la prescripción de los DLH cometidos por el nazismo, que para 1974 habían expirado. Esta Convención, así como el caso Aussaresses de Francia y la ley de Dreher de Alemania, que se verán más adelante, son particularmente relevantes a la hora de afirmar, como lo hacen numerosos tribunales, que la imprescriptibilidad de los DLH era costumbre internacional o incluso norma de *ius cogens* anterior a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los DLH de la ONU.

27 JUL 1981- Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹³² Art. 2:

1- The present Convention applies to offences committed after its entry into force in respect of the Contracting State concerned.

2- It applies also to offences committed before such entry into force in those cases where the statutory limitation period had not expired at that time.

Art. 7 inc "2". Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida.

Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor.

21 MAR 1986- El Artículo 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales [CVDTOI], que aún no entró en vigor, también preserva el principio de legalidad.

Art. 4- Irretroactividad de la presente Convención

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados entre uno o varios estados y una o varias organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, esta sólo se aplicará a los tratados de esa índole que sean celebrados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a esos estados y esas organizaciones.

17 JUL 1998- El Estatuto de Roma establece en el artículo 22:

Art. 22.

Nullum crimen sine lege

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Art. 23.

Nulla poena sine lege

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Art. 24.

Irretroactividad ratione personae

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

18 DIC 2000- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Art.49.- Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas

1. 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 interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse esta.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

15 ENE 2008 - Carta Árabe de Derechos Humanos¹³³.

Art. 15- Ningún crimen y ninguna pena puede ser establecido sin una ley previa. En todas circunstancias, será aplicable la ley más favorable¹³⁴ al defendido.

14 MAR 2008- En el marco de la OEA se dieron los Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptadas por la CIDH durante el 131° período ordinario de sesiones, estableciendo:

Principio IV: Principio de legalidad

Nadie podrá ser privado de su libertad física, salvo por causas y en las condiciones establecidas con anterioridad por el derecho interno, toda vez que sean compatibles con las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

El principio de legalidad puede encontrarse también en el Derecho Internacional Humanitario. En efecto, los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y los Protocolos I y II de 1977, ratificados por la Argentina, establecen:

12 de agosto de 1949 -III Convenio de Ginebra Art. 99.

Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado ni condenado por un acto que no está prohibido por la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional, en vigor en el momento en que haya cometido dicho acto.

12 de agosto de 1949 -IV Convenio de Ginebra Art. 67.

Disposiciones aplicables

¹³³ El texto definitivo fue adoptado en 2004 en Túnez y entró en vigor el 15 de enero de 2008. La Carta fue ratificada por: Argelia, Bahrein, Emiratos Arabes Unidos, Jordania, Libia, Palestina y Siria.

¹³⁴ Art.15- *No crime and no penalty can be established without a prior provision of the law. In all circumstances, the law most favorable to the defendant shall be applied.*

Los tribunales sólo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho, especialmente por lo que atañe al principio de la proporcionalidad de las penas.

Deberán tener en cuenta el hecho de que el acusado no es súbdito de la Potencia ocupante.

10 de junio de 1977- Protocolo I adicional a las Convenciones de Ginebra [Art.75 inc. 4. c] aprobado por ley 23.379 de 1986:

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

10 de junio de 1977- Protocolo II adicional a las Convenciones de Ginebra [Art. 6 inc. 2. c] aprobado por ley 23.379 de 1986:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

1985- Este principio de igual forma, está presente en numerosos documentos de la ONU. Tal es el caso del pedido formulado por la Asamblea General a su Secretario en oportunidad de tratar la cuestión de las Ejecuciones sumarias o arbitrarias, durante la 116ª sesión del 13 de diciembre de 1985¹³⁵ se resolvió:

10. Pide nuevamente al Secretario General que siga haciendo cuanto esté a su alcance en los casos que no parezca respetarse las salvaguardias legales mínimas que se prevén en los Art. 6, 14, y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³⁵ Res. 30/143.

1988- También ha sido tenido en cuenta por el Comité de Derechos Humanos, órgano del PIDCP, de la ONU en el caso S.E. contra la Argentina. En la comunicación 275/1988, resolvió:

4.1. El Estado Parte señala que las desapariciones ocurrieron en 1976 durante el período de gobierno militar, diez años antes de que entraran en vigor para la Argentina el Pacto y el Protocolo Facultativo.

4.2. Con respecto a la aplicación temporal del Pacto y del Protocolo Facultativo, el Estado Parte declara que la regla general para todas las normas jurídicas es la no retroactividad. En la esfera concreta del derecho de los tratados, una práctica internacional firmemente establecida lleva a la misma conclusión. Tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional¹³⁶ como la Corte Internacional de Justicia¹³⁷ han sostenido que no ha de considerarse que un tratado tenga efecto retroactivo sino cuando esta intención se halle expresada en el tratado o pueda inferirse claramente de sus disposiciones.

La vigencia del principio de no retroactividad de los tratados fue consagrada en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados [que entró en vigor el 27 de enero de 1980], cuyo artículo 28 codifica la siguiente norma del derecho consuetudinario internacional: "Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo". Por lo tanto, la comunicación debe declararse inadmisibile ratione temporis.

Como se puede observar, surge evidente que para el Comité de Derechos Humanos de la ONU, no es aplicable la Convención sobre la imprescriptibilidad los hechos de los '70.

¹³⁶Serie A B, N 4, 24.

¹³⁷ Recueil, 1952, 40.

Con relación a la ley 23.521 de Obediencia Debida que estaba cuestionada con relación al PIDCP, el Comité de DH expresó:

5.3 El Comité debe determinar aún si hubo alguna violación del Pacto después de que entrara en vigor. Por consiguiente, en el marco de la aplicación del artículo 2, el derecho a interponer recurso exige que se haya establecido primeramente la violación de un derecho del Pacto.

*Ahora bien, los acontecimientos que pudieran haber constituido violaciones de varios artículos del Pacto y respecto de los cuales podrían haberse presentado recursos, ocurrieron antes de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo Facultativo en la Argentina. Por lo tanto, el Comité no puede examinar el asunto, ya que este aspecto de la comunicación es inadmisibile ratione temporis*¹³⁸.

Es evidente la preocupación recurrente de los estados en cuanto a la valoración del principio de legalidad, aplicable incluso a los DLH.

1993- Acerca del establecimiento de un tribunal internacional destinado a perseguir y castigar crímenes de guerra en la ex Yugoslavia, según lo requerido por resolución 808 de 1993 del Consejo de Seguridad, Canadá dirigió una carta al Secretario General el 31 de marzo de 1993, adjuntando un informe¹³⁹ con la opinión de expertos de la universidad de British Columbia:

C- LEY APLICABLE

Se hizo una distinción entre el sujeto materia de jurisdicción del tribunal o la corte y la fuente de la ley que se aplicaría. En cuanto a este último, de conformidad con el principio de nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, es claro que debe haber un articulado de los delitos que el juzgado o tribunal podría adjudicarse.

1] La definición de crimen

Se convino en que un tribunal ad hoc, sólo podría juzgar crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que existían en el momento y en el lugar de comisión.

¹³⁸ Esta nota pertenece al texto original transcripto: También fue repetida en R.A.V.N. v Argentina [345/88]; Inostroza vs. Chile [717/96]; Vargas vs. Chile [718/96].

¹³⁹ S/25504.

Pero no hubo acuerdo en cuanto a si esto sería determinado por referencia al derecho consuetudinario o al derecho convencional internacional. Muchos expresaron la postura de que, para los propósitos del tribunal ad hoc, la dependencia no debe estar basada primariamente en el derecho internacional consuetudinario, que carece de especificidad, ya que esto violaría el principio de nullum crimen sine lege. [...]

En cuanto a la definición de los crímenes a ser juzgados por la corte, se expresó la opinión de que el derecho aplicable por la corte de nuevo no debe estar basado en el derecho consuetudinario [aunque podría ser importante para fines de interpretación], sino más bien en las proscripciones de los delitos tal como se definen en las convenciones internacionales. Ni tampoco podría la corte depender por completo del lenguaje de Ginebra y otros convenios.

En primer lugar, puede que los elementos del delito no estén definidos de manera adecuada en las convenciones pertinentes. En segundo lugar, se observó que, en particular para los países en los que los tratados no son de aplicación directa [self executing], se promulgó la correspondiente legislación nacional para proporcionar esa especificidad. La fiscalía dentro de esos estados, debería basarse en el derecho interno incluyendo leyes sustantivas en cuanto a las defensas y la ley procesal nacional. En tercer lugar, mientras algunos convenios actualmente declaran las conductas como un crimen internacional [por ejemplo, genocidio], la mayoría obliga a los estados a considerar sólo el enjuiciamiento o la extradición¹⁴⁰.

¹⁴⁰ C- APPLICABLE LAW

A distinction was made between the subject matter jurisdiction of the tribunal or court and the source of law it would apply. Concerning the latter, pursuant to the principle nullum crime sine lege, nulla poena sine lege, it is clear that there must be an articulation of the crimes on which the tribunal or court could adjudicate.

1] The definition of crime.

It was agreed that the ad hoc tribunal could only try war crimes and crimes against humanity which existed at the time and in the place of commission. But there was no agreement as to whether this would be determined by reference to customary or conventional international law. Many expressed the view that, for the purposes of the ad hoc tribunal, reliance should not be placed primarily on customary international law, which lacks specificity, as this would infringe principle nullum crime sine lege. [...]

Concerning the definition of the crimes to be adjudicated by the court, the view was expressed that the applicable law of the court again should not to be based upon customary law [although it could be

Al analizar el derecho aplicable, mientras Canadá diferencia el derecho interno del internacional, reconoce que si la Corte se basa en el derecho internacional consuetudinario se viola el principio de legalidad; con relación al derecho convencional, observa que las convenciones de Ginebra no tienen adecuadamente definidos los elementos del delito.

1996- También el Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind [Borrador del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad], en su Art.13 establece: *Irretroactividad*

1. Nadie podrá ser condenado en virtud del presente Código por actos cometidos antes de su entrada en vigor.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opone al juicio de cualquier persona para cualquier acto que, en el momento de su comisión, constituía delito con arreglo al derecho internacional o al derecho nacional¹⁴¹.

2004- En esta cronología cabe tener presente el voto en disidencia del ministro Fayt en el caso "Arancibia Clavel", en el que expresó:

39] Que distintos pronunciamientos en materia de violaciones graves a los derechos humanos han exhibido un celoso respeto al principio nullum crimen nulla poena sine lege praevia.

important for interpretative purposes], but rather upon proscriptions of crimes as defined by international conventions. Nor could the court wholly rely on the language of Geneva and other conventions.

First, the elements of the offence may not be adequately defined in the relevant convention. Second, it was noted that, in particular for countries where treaties were not self-executing, domestic legislation was enacted to provide that specificity. Prosecutions within such states would be based on domestic law-including substantive laws as to defences- and domestic procedural law. Third, while some conventions actually declare conducts to be an international crime [e.g. genocide], most oblige states only to consider prosecution or to extradite.

¹⁴¹ Non-retroactivity

1. No one shall be convicted under the present Code for acts committed before its entry into force.

2. Nothing in this article precludes the trial of anyone for any act which, at the time when it was committed, was criminal in accordance with international law or national law.

A modo de ejemplo cabe citar que el Comité contra la Tortura señaló que "a los efectos de la Convención [contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes] 'tortura' sólo puede significar la [...] practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención.

Por consiguiente [...] la Convención no abarca los actos de tortura cometidos [en el caso] en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención..."¹⁴².

También señaló el Comité [no ya al expedirse sobre el tipo penal de tortura sino sobre el deber impuesto por la Convención que impedía desincriminarlo y su relación con las leyes de punto final y obediencia debida] que "la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes entró en vigor el 26 de junio de 1987"¹⁴³.

*A este respecto el Comité observa que la Convención tiene efecto sólo desde esa fecha y no puede ser aplicada retroactivamente... no podían, *ratione temporis*, haber violado una convención que no había entrado todavía en vigor" [CAT, *ibidem*]. En el mismo sentido Fallos: 311:401 [voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi].*

Por último, en el caso "Augusto Pinochet" la Cámara de los Lores consideró que este había perdido su inmunidad "ratione materiae" en relación al delito de tortura el 30 de octubre de 1988, fecha en que la Convención [sobre la Tortura] entró en vigor en Chile... Pero resulta también aceptable que Pinochet haya seguido teniendo inmunidad hasta el 8 de diciembre de 1988, fecha en que el Reino Unido ratificó la Convención"¹⁴⁴.

¹⁴² Esta nota pertenece al texto original transcripto: CAT/C/3/D/1,2 y 3/1988, págs. 7-8. Comunicaciones Nros. 1/1988 y 3/1988, O.R., M.M. y M.S. contra Argentina, Decisión del 23 de noviembre de 1989.-

¹⁴³ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Esta Convención, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1984, fue firmada por el Gobierno Argentino el 4 de febrero de 1985. Luego se aprobó según ley 23.338 [sancionada el 30/07/86] promulgada el 19/08/86; y finalmente publicada en el BO del 26/02/87].

¹⁴⁴ Esta nota pertenece al texto original transcripto: In re Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others. Ex Parte Pinochet [On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench División], sentencia del 24 de marzo de 1999, publ. en Investigaciones 2 [1999],

2012- La creciente conciencia acerca del respeto al principio de legalidad fue recientemente puesta de manifiesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–, en la sentencia del 10 de julio de 2012 por violación a dicho principio, Art. 7 y 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos –CEDH– en el caso Del Río Prada vs España R.Nº 42750/09. Desde su sede en Estrasburgo el Tribunal falló en contra de la aplicación retroactiva de la llamada *doctrina Parot*¹⁴⁵, establecida por el Tribunal Supremo de España en 2006 y refrendada por el Tribunal Constitucional de ese país, por lo que condena en primera instancia al gobierno español a poner en libertad a Inés Del Río Prada en el más breve tiempo [punto 5 de la sentencia] y al pago de 30.000 euros por el daño material.

Del Río Prada fue miembro de ETA y había sido condenada a más de 3.000 años de cárcel por varios atentados terroristas en los que murieron 23 personas, entre ellas 12 guardias civiles por un atentado de 1986, cometido por el "comando Madrid" de ETA en la plaza de la República Dominicana de esa capital. En la sentencia¹⁴⁶ el TEDH expresó: 45. El Tribunal recuerda en primer lugar que la garantía consagrada en el artículo 7, y es un elemento esencial de la preeminencia de un estado de derecho, ocupa un lugar prominente en el sistema de protección de la Convención, como lo demuestra el hecho de que el artículo 15, que no autoriza ninguna derogación ni siquiera en tiempos de guerra u otro peligro público.

*Como se desprende de su objeto y fin, debe interpretarse y aplicarse con el fin de garantizar una protección efectiva contra los procesamientos, condenas y sanciones arbitrarias*¹⁴⁷.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, pág. 292 sgtes.

¹⁴⁵ Se conoce como Doctrina Parot la sentencia del Tribunal Supremo de España N° 197 del 28 de febrero de 2006 sobre el etarra Henri Parot Navarro por la cual la reducción de penas por beneficios penitenciarios [trabajo, estudios, etc.] se aplica respecto de cada una de penas recibidas individualmente y no sobre el máximo legal permitido de permanencia en prisión, que según el Código Penal de 1973 es de 30 años. Esta doctrina fue modificada parcialmente en 2008 por el Tribunal Constitucional de España.

¹⁴⁶ Affaire Del Río Prada c. Espagne, Requete N° 42750/09. Estrasburgo 10 de julio de 2012.

¹⁴⁷ Esta nota pertenece al texto original transcripto: SW c. Reino Unido, 22 de noviembre 1995, § 35, Serie A No. 335-B.

46. El Tribunal recuerda que, siguiendo su jurisprudencia, el artículo 7 de la Convención no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del acusado, sino que también encarna, más en general, el principio de legalidad de los delitos y las penas [nullum crimen, nulla poena sine lege]¹⁴⁸ y por lo tanto, el que manda no aplicar la ley penal extensivamente en detrimento del acusado, por ejemplo por analogía¹⁴⁹.

De ello resulta que una infracción como la pena que esta implica debe estar claramente definida por la ley. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber la redacción de la disposición pertinente y, si es necesario, con la ayuda de su interpretación por los tribunales, que actos y omisiones comprometen su responsabilidad penal y la pena que será impuesta por el acto cometido¹⁵⁰.

Lo expresado permite distinguir con claridad la presencia de este principio en el derecho de gentes, así como la preocupación constante de los estados por preservar su

¹⁴⁸ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo de 1993, § 52, serie A, n ° 260-A.

¹⁴⁹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: COËME et al. Bélgica, nuestro 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, § 145, CEDH 2000-VII, yc Kafkaris Chipre [GS], núm. 21906/04, § 138, CEDH 2008.

¹⁵⁰ 45. La Cour rappelle d'abord que la garantie que consacre l'Article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'Article 15 n'y autorise aucune dérogation même en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires [S.W. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, § 35, série A no 335-B].

46. La Cour rappelle ensuite que, suivant sa jurisprudence, l'Article 7 de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé : il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines [nullum crimen, nulla poena sine lege] [Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, § 52, série A no 260-A] et, partant, celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive en défaveur de l'accusé, par exemple par analogie [Coëme et autres c. Belgique, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 145, CEDH 2000-VII, et Kafkaris c. Chypre [GC], no 21906/04, § 138, CEDH 2008-...]. Il en résulte qu'une infraction ainsi que la peine que celle-ci implique doivent être clairement définies par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine sera prononcée pour l'acte commis...

operatividad ante la aplicación de la costumbre internacional, tendencia que se mantiene con el transcurso del tiempo.

3 | EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS JURISDICCIONES NACIONALES

La CSJN en la sentencia del caso "Priebke" expresó: *Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el nulla poena sine lege consagrado en el Art.18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror que producen hechos como los imputados a Priebke, mañana podría ser extendida a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en ley previa al arbitrio de una seudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados...* [Fallos: 318:2148].

En el derecho doméstico este principio se encuentra incorporado en el Art. 18 de la CN, que establece:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

También es honrado por la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁵¹, ha sido ratificado por el voto en disidencia del ministro Fayt en el caso "Arancibia Clavel", y está presente de manera expresa en las leyes 11.179, 14.029, 23.379, 23.984, 23.313 y 23.054, y en el Art. 13 de la ley 26.200 que implementa las disposiciones del Estatuto de Roma, expresado de la siguiente manera:

¹⁵¹ Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717, 308:892.

Ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el Artículo 18 de la Constitución Nacional. En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente.

Tal es la importancia de este principio que la mayoría de los países registran esta garantía en sus constituciones, por ejemplo:

1-EE.UU.:

La Constitución de los EE.UU. establece en su Art. I inc. 9.

Ningún proyecto de ley de proscripción o ley ex post facto deberá ser aprobada¹⁵².

2-Estonia:

El artículo 23 inc. 1 de su Constitución establece:

Nadie será condenado por un acto que no constituya delito según el derecho vigente en el momento de la comisión del mismo.

También el Código Penal [Karistusseadustik], que entró en vigor el 1 de septiembre de 2002, dispone en el artículo 2 inc.1.

Nadie será condenado o castigado por una acción que no fuera delito conforme al derecho aplicable en el momento de su comisión.

3-España:

El Art. 25 de la Constitución española, expresamente establece que:

Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito según la legislación vigente en aquel momento.

Pese a la innegable presencia del principio de legalidad en el derecho interno de los estados, en el Derecho Internacional Penal, en el Derecho Internacional Humanitario, en el Derecho Público Internacional y en el Derecho Internacional de los Derechos

¹⁵² No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.

Humanos, hay sectores que afirman que éste debe ceder cuando se trata de castigar retroactivamente, crímenes que a su criterio afectan la conciencia universal.

Sin embargo, no es una práctica generalizada que las naciones civilizadas apliquen convenciones o tratados de manera retroactiva violando el principio de legalidad.

La prohibición de la tortura, por ejemplo, pese a su reconocimiento como norma de *ius cogens* por la Corte IDH¹⁵³, no se aplica retroactivamente¹⁵⁴. En efecto, en el caso *Tibi versus Ecuador*, la Corte volvió a afirmar que: *Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del jus cogens. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.*

No obstante el reconocimiento de la Corte IDH a la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, su aplicación retroactiva fue rechazado; veamos algunos ejemplos:

- En 1988, mientras el senador Pinochet se encontraba en el Reino Unido, España presentó un pedido de extradición iniciado por el juez B. Garzón. Para acceder a ello, el delito debía estar tipificado en el derecho interno de ambos estados, requisito que no estaba satisfecho. Esto dio pie a la presentación de Lord Wilkinson en el proceso de la Cámara de los Lores¹⁵⁵, quien honrando el principio de legalidad refirió que ciertos

¹⁵³ Sentencia del 07.09. 2004.

¹⁵⁴ Es propicio recordar que pese a la condición de norma de *ius cogens* referida, el gobierno de Israel ha prorrogado sucesivamente la autorización al Servicio de Seguridad Interior para aplicar –a los detenidos palestinos sospechados de terroristas– interrogatorios con presiones físicas incluso reforzadas, a fin de prevenir amenazas terroristas de la Jihad Islámica. Un criterio similar se siguió a la hora de analizar los hechos ocurrido en Irlanda del Norte con el propósito de impedir los actos terroristas, otro tanto ocurrió con los interrogatorios en Guantánamo y Abu Grahíb, después del 11 de septiembre de 2011.

¹⁵⁵ Ver la opinión de Lord Browne-Wilkinson, *Regina vs. Bartle, et al.* [ex rel Pinochet], [1999] 2 WLR 825, 840, en: <http://www.parliament.the-stationery-ffice.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>, consultada 23 nov 2010.

delitos, en particular aquellos vinculados a la tortura, no eran delitos extraditables porque en el momento de los hechos no estaban incorporados al derecho interno del Reino Unido. En la sentencia del 24 de marzo de 1999, se expresó:

Desde la ocurrencia de las atrocidades nazis y los juicios de Nuremberg, el derecho internacional ha reconocido una serie de delitos como delitos internacionales. Los estados individualmente han adquirido jurisdicción para juzgar algunos crímenes internacionales, incluso en algunos casos donde los delitos no se hubieren cometido dentro de los límites geográficos de dichos estados.

El más importante de esos crímenes internacionales a los fines presentes es la tortura que está regulada por la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984. Las obligaciones establecidas para el Reino Unido por esa Convención [y sobre los demás 110 o más estados signatarios que han adoptado la Convención] han sido incorporados en la legislación del Reino Unido por el artículo 134 del Acta de Justicia Penal de 1988. Este Acta entró en vigor el 29 de septiembre de 1988.

El artículo 134 estipula un nuevo delito conforme al derecho británico, el delito de tortura. Tal como lo requiere la Convención de la Tortura, “toda” tortura cometida en cualquier parte del mundo será considerada delito bajo el derecho británico y susceptible de ser juzgado en el Reino Unido. Nunca se sugirió que antes que entrara en vigencia el Art. 134 las torturas cometidas fuera del Reino Unido eran delito conforme el derecho británico. Tampoco se menciona que el Artículo 134 es de carácter retrospectivo como para entender que la tortura cometida fuera del Reino Unido antes del 29 de septiembre de 1988 fuese un delito¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Since the Nazi atrocities and the Nuremberg trials, international law has recognised a number of offences as being international crimes. Individual states have taken jurisdiction to try some international crimes even in cases where such crimes were not committed within the geographical boundaries of such states. The most important of such international crimes for present purposes is torture which is regulated by the International Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984. The obligations placed on the United Kingdom by that Convention [and on the other 110 or more signatory states who have adopted the Convention] were incorporated into the law of the United Kingdom by section 134 of the Criminal Justice Act 1988. That Act came into force on 29 September 1988.

En consecuencia, pese a la vigencia del delito de tortura en el derecho internacional –caracterizado como crimen internacional– y de tener una Convención específica que entró en vigor en 1987, el alto Tribunal del Reino Unido reconoció su derecho a perseguirlo a partir de la fecha en que la Convención fue ratificada e ingresó al derecho interno británico [29 set 1988]. Ello también evidencia la tendencia a la codificación en la propia cuna del common law¹⁵⁷. Obsérvese que el Reino Unido ratificó el PIDCP el 20 de mayo de 1976, sin embargo no se apeló al Art. 15.2.

- En esa misma dirección y con relación a la Convención contra la tortura, el ministro Fayt en los considerandos 73 y 74 de su voto en el caso "Simón" dijo:

73] Que en la causa "ESMA" este tribunal afirmó –como ya fue señalado– que esta Convención resultaba inaplicable por tratarse de una norma ex post facto más gravosa –voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi– [no juega aquí tal como pretende el a quo, el principio "legal" de la aplicación de la ley penal más benigna que, por lo demás, merced a la reforma del año 1994 también adquirió jerarquía constitucional, conf. el Art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos].

Ni la nueva jurisprudencia del Tribunal ni la reforma constitucional mencionada permiten que la aplicación de tratados internacionales importe vulnerar el principio de legalidad en cualquiera de sus corolarios. Por ello, todos los argumentos

Section 134 created a new crime under United Kingdom law, the crime of torture. As required by the Torture Convention "all" torture wherever committed world-wide was made criminal under United Kingdom law and triable in the United Kingdom. No one has suggested that before section 134 came into effect, torture committed outside the United Kingdom was a crime under United Kingdom law. Nor is it suggested that section 134 was retrospective so as to make torture committed outside the United Kingdom before 29 September 1988 a United Kingdom crime.

¹⁵⁷ La codificación del Derecho Penal en el Reino Unido se puede seguir desde la Comisión de Derecho. En su reciente "10th Programme of Law Reform" at:

<http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc311.pdf>, reafirma su compromiso con una codificación global del derecho penal [para. 2.24] pero primero debe "to undertake projects to simplify the criminal law" [para. 1.6.] y "to make codification more achievable" [para. 2.24]. Véase también el trabajo "A new Homicide Act for England and Wales?", [2005] disponible en:

http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp177_overview_web.pdf. Véase también ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law* [6th ed. 2009], p. 8. La nota pertenece al trabajo de Kai Ambos "El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional". *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 [Julio 2010], Art. 6, pp. 237-256.

desarrollados ut supra respecto de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" son aquí directamente aplicables [sic], en tanto ningún presupuesto de la punibilidad puede estar fundamentado en una ley posterior al hecho del proceso.

[...]. Como se dijo, la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura es posterior a los hechos de la causa, razón por la cual en virtud de la preeminencia del Art. 18 de la Constitución Nacional resulta totalmente inaplicable.

74] Que fue el propio Comité contra la tortura el que indicó respecto del caso argentino que "a los efectos de la Convención [s/ la] "tortura" sólo puede significar la tortura practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención. Por consiguiente [...] la Convención no abarca los actos de tortura cometidos [en el caso] en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención..."¹⁵⁸.

Ello de conformidad con el principio general de que los tratados rigen desde su entrada en vigor [principio de irretroactividad de los tratados, Art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados].

Si aún se entendiera que no está aquí en cuestión el tipo penal de tortura sino el deber impuesto por la Convención que impedía desincriminarlo, ésta también es posterior a la sanción de la ley de Obediencia Debida el 8 de junio de 1987. Sobre el punto también señaló el Comité respecto del caso argentino que "la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes entró en vigor el 26 de junio de 1987 [en realidad entró en vigor por BO del 26/02/87]. A este respecto el Comité observa que la Convención tiene efecto sólo desde esa fecha y no puede ser aplicada retroactivamente.

Por consiguiente, la promulgación de la Ley de 'Punto Final', del 24 de diciembre de 1986, y la promulgación, el 8 de junio de 1987 de la Ley de 'Obediencia Debida' no podían, *ratione temporis*, haber violado una convención que no había entrado todavía

¹⁵⁸ CAT/C/3/ D/1,2 y 3/1988, pp. 7-8. Comunicaciones Nos. 1/1988 y 3/1988, O.R., M.M. y M.S. contra Argentina. Decisión del 23 de noviembre de 1989.

en vigor" [CAT, *ibídem*]. El Comité, entonces se pronunció en el mismo sentido en el que esta Corte lo había hecho en [Fallos: 311:401, voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi].

Además de los delitos de tortura, el principio de legalidad también ejerció su imperio en casos vinculados a DLH y genocidio.

- Tal es el caso del pedido de extradición del ruandés Eugene Rwamucyo acusado por los delitos de genocidio, complicidad de genocidio, complot de genocidio, y los delitos de lesa humanidad de asesinato y exterminación, cometidos entre el 6 de abril y el 4 de julio de 1994 en la localidad de Butare, Ruanda.

La Corte de Apelación de Versailles, Francia, el 15 de septiembre de 2010 negó su extradición a Ruanda¹⁵⁹ por la vigencia del Art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 111-3 y 112-1 del Código Penal francés, Art. 15-1 del PIDCP y el Art. 7.1 de la CEDH, que establecen el principio de legalidad, dado que las convenciones internacionales que prohíben los crímenes de guerra, de genocidio y de lesa humanidad, fueron ratificadas *ex post facto* por Ruanda recién el 6 de septiembre de 2003.

- János Korbely fue acusado por encontrárselo penalmente responsable del delito de homicidio múltiple ocurrido durante la revolución de Budapest en 1956. Los hechos fueron calificados por las autoridades húngaras como DLH punibles por violación al Art. 3 común a las Convenciones de Ginebra, ratificadas por Hungría el 3 de agosto de 1954 y vigente en la época de los hechos.

El 19 de septiembre de 2008, el TEDH emitió sentencia en el caso "Korbely c Hungría" Requete N° 9174/02, estableciendo que las autoridades húngaras al imputar el Art. 3, aplicaron analogía penal ante la ausencia, en 1956, de la conducta típica de los DLH y consecuentemente violaron el principio de legalidad.

- Otro tanto ocurrió con lo que decidiera un tribunal suizo en abril de 1999 ante el pedido de extradición del ruandés Fulgence Niyonteze, quien buscaba asilo en ese

¹⁵⁹ Sentencia de la Court D'Appel de Versailles, Chambre de L'instruction 10ème chambre-section C, Arret N° 395.

país, por su participación en las matanzas en Ruanda. Su extradición fue denegada por no constituir el genocidio, vigente en el orden internacional desde 1951, parte de la legislación helvética¹⁶⁰ al momento de la solicitud de extradición¹⁶¹. Suiza ratificó el PIDCP el 18 de junio de 1992 y sin embargo no recurrió a la aplicación del Art. 15 inc. 2.

• También en España en la causa por prevaricato seguida contra el juez B. Garzón, la Sala Penal del Tribunal Supremo en la sentencia 101/2012 del 27/2/2012, con relación a la incorporación de los tratados internacionales, la costumbre internacional y el principio de legalidad –puestos en crisis en la sentencia de Garzón– se dijo:

[Considerando tercero]... *En los dos autos, tenidos como presupuesto de la prevaricación, se argumenta que la Sentencia de esta Sala 798/2007, precisamente por atender a unos hechos criminales, asesinatos, torturas, etc. ..., en el contexto de un delito contra la humanidad, justifica la perseguibilidad de los hechos. Ubicado en ese "contexto" el auto de 16 de octubre extrae unas consecuencias que sólo podría realizar desde una efectiva y clara subsunción en el delito contra la humanidad.*

Sin embargo, una atenta lectura de la Sentencia de esta Sala en la que se apoyan los autos dictados por el magistrado acusado no permite la interpretación mantenida.

En esta resolución se reitera la vigencia, como no podía ser de otra manera, del principio de legalidad y sus exigencias de lex previa, lex certa, lex scripta y lex stricta y se afirma, categóricamente, que no es de aplicación el Art. 607 bis del Código Penal incorporado a nuestro Código el 1 de octubre de 2004.

Por ello, casa la sentencia de la Audiencia Nacional en este concreto apartado. Además razona, frente al argumento de la Audiencia de origen, que en orden a la aplicación del Derecho Internacional Penal "es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales.

¹⁶⁰ Suiza ratificó la Convención para la sanción del delito de genocidio en 2000.

¹⁶¹ Aunque luego se cambiaron los cargos de los delitos imputados por los de homicidio e incitación al homicidio, lo que le permitió ser juzgado en Suiza donde finalmente se le impuso una condena a 14 años de prisión.

En este sentido, la Constitución española prevé, en los Arts. 93 y siguientes, la forma de incorporación al derecho interno de los Tratados Internacionales para desplegar sus efectos conforme al Art. 10.2 de la Carta Magna. Concluye la Sentencia de esta Sala que “el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles”; ello sin perjuicio de su consideración como criterio de interpretación y como elemento contextual en orden a la perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena impuesta sobre la declaración de concurrencia de tipos penales del Código penal vigentes al tiempo de la comisión de los hechos. Esto es, la contextualización de los hechos en los delitos contra la humanidad permite un efecto procesal, la perseguibilidad internacional, y otro que atiende a las facultades de individualización de la pena, sin permitir una nueva tipicidad.

Sin embargo, en el auto de 16 de octubre de 2008, el magistrado imputado realiza una interpretación del término "contexto" del que extrae la consecuencia de la perseguibilidad de las conductas que investiga sobre la base del Derecho Penal Internacional consuetudinario.

Así afirma la vigencia de la Cláusula Martens, adicionada al Convenio de la Haya de 1899, de los principios de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 y posteriormente por la resolución 95 de la Asamblea General de la ONU de 11 de diciembre de 1946 y el convenio sobre la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948.

Más adelante el tribunal español expresa:

La cláusula Martens¹⁶² aparece redactada en términos muy genéricos, -"leyes de la humanidad y dictados de la conciencia pública"- y sin previsión de una consecuencia

¹⁶² La cláusula propuesta por el representante de la Federación de Rusia Fyodor Martens se introdujo en el preámbulo del segundo Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y establece: *Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.*

jurídica a su inobservancia, que impiden su consideración como norma penal sustantiva. Los principios de Nuremberg, según razona el auto, fueron incorporados a nuestro ordenamiento a través de la ratificación por España de los Convenios de Viena en 1.952, cuando ya había terminado el período de investigación acotado en el sumario incoado, y, además, el propio auto señala que en la ratificación del Convenio en agosto de 1952, España excluye de la consideración de norma al derecho consuetudinario, lo que fue dejado sin efecto en una posterior ratificación, el 31 de julio de 1979.

Seguidamente agrega en el mismo considerando: *El Código penal español dedica sus cuatro primeros artículos a configurar el principio de legalidad, desarrollando los Arts. 25.1 y 9.3 de la Constitución y cualquier repertorio jurisprudencial revela esta configuración estricta del principio.*

*Estas exigencias no son extrañas al ordenamiento internacional, pues fueron también adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Así, declaró la irretroactividad del Pacto para los casos de desapariciones en Argentina*¹⁶³.

Con respecto a la aplicación ratione temporis del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede ratione temporis examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado...

Sobre el tema que nos ocupa en este punto, esto es la imprescriptibilidad retroactiva, el Supremo Tribunal también afirmó:

Además, como dijimos, la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente.

Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectadas a la

¹⁶³ Resolución n° 275/1988: Argentina 04/04/90 y 343, 344 y 345/1988 Argentina de 5 de abril de 1990.

interdicción de su aplicación retroactiva [Art. 9.3 CE], salvo que su contenido fuera más favorable. Así lo hemos declarado en varias Sentencias.

Así, la STS 1064/2010, de 30 de noviembre, "el nuevo término de la prescripción entró en vigor en mayo de 1.999 cuando hacía meses que había cesado la conducta delictiva...sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva a un precepto penal menos favorable al acusado"; STS 1026/2009, de 16 de octubre, que refiere un supuesto de penalidad intermedia más favorable en referencia al término de prescripción; STS 719/2009, de 30 de junio, "es claro que la prescripción de tres años es más favorable que la dispuesta en el Art. 113 anterior"; STS 149/2009, de 24 de febrero, "es más, si estudiamos la normativa de la prescripción vemos que el Código de 1973 es más favorable [en comparación con el de 1.995]"; en ellas se refiere como argumento central el siguiente: "la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

Ciertamente se ha discutido por algún sector doctrinal, e incluso algunos países han acogido una construcción de la prescripción de los delitos en la que manteniendo su naturaleza de derecho sustantivo, por afectar a la teoría del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal, despliega unos efectos procesales, entendiendo que sería de aplicación la regla del "tempus regit actum"¹⁶⁴.

En este sentido la nueva norma de prescripción sería de aplicación al momento procesal en el que actúa. Sin embargo, ese no ha sido el criterio de la doctrina penal y la jurisprudencia española que ha considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable.

Por lo tanto, aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el Art .9.3 de la Constitución y Arts. 1 y 2 del Código penal.

¹⁶⁴ El tiempo rige el acto: el imputado debe ser juzgado en atención a la ley vigente en el momento del hecho.

España reconoce la validez del principio de legalidad, rechaza la imprescriptibilidad retroactiva, y limita la incorporación del derecho internacional a los procedimientos constitucionales.

La profesora Alicia Gil Gil, en certera crítica a la Audiencia española por violación al principio de legalidad en la sentencia de Scilingo dijo: ...es el texto escrito el que dota de taxatividad a la costumbre internacional, sólo a partir de la codificación podrá admitirse una aplicación de la lex respetuosa con el principio de legalidad.

Así lo ha entendido el Estatuto de la Corte Penal Internacional que, celoso del respeto a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal desfavorable y deseoso de superar las críticas a que se hicieron merecedores los juicios posteriores a la IIº Guerra Mundial, establece su aplicación únicamente a partir de su entrada en vigor. Pero si esto es así en Derecho internacional, mucho más en el Derecho interno, en el que no puede admitirse ninguna relajación del principio de legalidad.

Al tribunal se le olvida que no es órgano internacional aplicando normas internacionales ni tampoco siquiera un órgano interno aplicando Derecho internacional pues, como ha reconocido, la norma internacional no era self executing, sino un órgano jurisdiccional interno aplicando derecho interno en un Estado de derecho con un sistema de civil law y su actuación está sujeta a los principios y garantías de su propio ordenamiento aún cuando las mismas no existieran o fueran diferentes en otros ordenamientos¹⁶⁵.

4 | BREVE DIGRESIÓN ACERCA DEL INC. 2 DEL ARTÍCULO 15 DEL PIDCP

Si extraemos de la redacción de los incisos 1 y 2 del Art. 15, los elementos que no modifican su sentido, se pueden obtener los términos puros de uno y otro párrafo:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

¹⁶⁵ Gil Gil, Alicia, "La sentencia de Scilingo..." op. cit. pág. 8.

2. Nada se opondrá a la condena por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

En apariencia ambos incisos sostienen lo mismo, esto es que nadie será condenado por actos que no fueran delictivos en el momento de cometerse, lo que obviamente significa que serán condenados por los actos que sí lo fueren. Sin embargo el agregado de los principios generales amplía la jurisdicción y establece la diferencia entre ambos incisos.

En efecto, excepto que por circunstancias particulares los ciudadanos estén sometidos a juicio en jurisdicción internacional, durante el transcurso de sus vidas se rigen por el derecho interno del Estado donde residan, por lo tanto ante la creación de una nueva norma en el derecho doméstico o en el derecho internacional que los afecte, ésta se aplica hacia el futuro. Es lo que sostiene el primer inciso.

El segundo introduce la punición de conductas consideradas delictivas en el derecho internacional desde el momento en que así se estableció en esa jurisdicción, *según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*.

Este criterio obliga a los ciudadanos de un Estado a tomar conocimiento de todas las convenciones internacionales que establezcan delitos internacionales, aunque el Estado donde resida no sea signatario de dicha convención, pues todos estamos expuestos a ser penalmente perseguidos por otros estados con "auto mandato" de "justicia universal".

Para una mayor comprensión el inc. 2 se podría parafrasear de la siguiente manera: "El derecho interno no se opondrá a la condena por delitos establecidos en el derecho de gentes por la comunidad internacional, de acuerdo con los principios generales del derecho".

Por lo tanto al valerse de este artículo para asegurar la vigencia de una norma penal internacional positiva o consuetudinaria que no haya ingresado al derecho interno del Estado en cuestión, se está aplicando derecho penal retroactivo en violación al principio de legalidad, porque como se dijo, los ciudadanos se rigen por este derecho cuyas normas se publican en el Boletín Oficial.

Consecuentemente su aplicación en estos términos contradice el Art. 15 inc. 1 del PIDCP, el Art. 11 inc. 2 y el Art. 30 de la DUDH previamente referidos, y las previsiones positivas que enuncia el principio *NCSL*.

Cuando se celebró el PIDCP y aun en la década siguiente, el inc. 2 del Art. 15 era, con relación a los crímenes internacionales, de aplicación exclusiva para quienes estaban alcanzados por:

1] Los tribunales competentes de las cuatro potencias que se habían obligado a la punición de los delitos del nazismo por el acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, el Art. 15 inc. 2 del PIDCP, de alguna manera, reforzaba sus derechos a continuar la persecución contra los responsables de conductas antijurídicas vinculadas a la IIª GM, previamente definidas en tratados internacionales y consideradas *delictivas en la época de los hechos*, tal como los crímenes de guerra. No obstante, en este caso, deberían exceptuarse de esta consideración los DLH¹⁶⁶ por su génesis *ex post facto*.

2] La Convención Sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, vigente a partir del 12 de enero de 1951 y luego de la ratificación por parte de los estados parte. Aunque, recién en los '90 se condenó por primera vez en Ruanda con arreglo a este delito.

3] Quienes estaban en los '60 en guerra, y hubiesen cometido crímenes de guerra, debido a la vigencia de las Convenciones de Ginebra.

4] Quienes violasen normas previamente consagradas por otros tratados del derecho de gentes.

Estas serían las cuatro situaciones a las que podría aplicarse el inc. 2 del Art. 15 del PIDCP.

En relación con dicho artículo el ministro Fayt ha expresado en su voto disidente en el caso "Arancibia Clavel":

¹⁶⁶ Esto presenta un punto de discusión pues los DLH no habían sido positivizados antes del Estatuto de Nuremberg en ningún instrumento internacional, razón por la cual no estaban vigentes en la época de los hechos [vinculados a la IIª GM], por lo tanto el inc.2 del Art. 15 del PIDCP no debería aplicarse en la persecución de los DLH del nazismo. No ocurre lo mismo con los crímenes de guerra por la existencia de tratados internacionales que prohibían ciertas conductas durante la guerra.

20] Que ello, a su vez, se condice con la posición que el gobierno argentino asumió al efectuar la reserva al segundo párrafo del Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [aplicación de principios internacionales en caso de crímenes iuris gentium].

Cabe recordar que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del apartado segundo del Art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el Art. 18 de la Constitución Nacional [reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8 de agosto de 1986; Art. 4º de la ley 23.313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, doctor Ruda en el 15º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 3ª comisión, sesiones 1007ª y 1009ª del 31 de octubre de 1960 y 2 de noviembre de 1960 respectivamente].

No debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del apartado segundo, fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos [Pacto de San José de Costa Rica] [conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscripta en Santiago de Chile el 9 de septiembre de 1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la O.E.A., Washington D.C., 1959].

Para afirmar más adelante: *la República Argentina ha mantenido un comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal.*

El texto del inc. 2 del Art. 15, fue dado inicialmente en 1947¹⁶⁷, aparece luego en la jurisprudencia de los juicios en virtud de la ley 10 del Consejo de Control, y posteriormente fue adoptado en la década del '50 por la CEDH y en la del '60 por el PIDCP, dos momentos históricos en los que en la ONU estaba candente la cuestión del nazismo.

¹⁶⁷ En el conocido “caso de los juristas”, celebrado en Berlín en 1947 donde se juzgaron a miembros del Poder Judicial del nazismo.

Debe tenerse en cuenta que en 1948, se creó con apoyo del presidente de los EE.UU. Harry Truman el Estado de Israel, y el antinazismo se convirtió en una causa de aglutinamiento y formación de la entidad política nacional, de personas unidas por una religión común pero con costumbres diferentes, que provenían de distintas partes del mundo y llegaban por primera vez a la tierra prometida¹⁶⁸.

De alguna manera el antinazismo contribuyó a la cohesión política del nuevo estado que tenía una causa nacional además de la religiosa; pues pese al asesinato de Schwartzbard en 1927, responsable de los pogromos¹⁶⁹ de Ucrania, no hubo reclamos con igual intensidad como con los crímenes del nazismo, ni una persecución similar con los japoneses ni con Hiro Hito quien, pese a su rol en la conducción de la guerra, permaneció como emperador de Japón, luego de la finalización de la IIª GM.

Es en el contexto histórico de las postrimerías del holocausto donde se inscriben las expresiones de los judíos alemanes expulsados por los nazis y afincados en los EE.UU., como Kelsen, la crítica de Anna Arendt¹⁷⁰, la captura de Eichmann en la Argentina [1960], el Art. 15. inc. 2 del PIDCP [1966] y la Convención sobre la imprescriptibilidad [1968], entre otras acciones antinazis.

Como hemos previamente apuntado, tanto el Art. 15 inc. 2 como el Art. 7 inc. 2 del Convenio Europeo de DDHH –CEDH– del 4 de noviembre de 1950, tratan la misma materia y fueron incorporados a estos tratados con el expreso propósito de responder a situaciones devenidas de la IIª Guerra Mundial, a fin de continuar procesando a los nazis conforme al reclamo que manifestaban ciertos estados como Polonia, pues en el momento de celebrarse los tratados referidos [1950 y 1966], los DLH sólo estaban tipificados en el Estatuto de Nuremberg.

¹⁶⁸ Carlos Nino en su libro *Juicio al Mal Absoluto*, reconoce el florecimiento de la entidad judía en los EE.UU. y el resurgimiento del interés por la responsabilidad del nazismo, coincidentemente con el reconocimiento del Estado de Israel. Emecé, Buenos Aires, 1997, pág. 26.

¹⁶⁹ La expresión pogromo proviene del ruso pogrom, y refiere las persecuciones antisemitas que se dieron a partir de 1881 cuando asesinaron al Zar Alejandro II. Se estima que entre 70.000 y 250.000 judíos fueron asesinados en los diferentes pogromos.

¹⁷⁰ En 1950 se publicó en los EE.UU. un artículo "Paz o armisticio en medio Oriente", de Hannah Arendt en el que refería la necesidad de un acuerdo justo entre árabes y judíos, y describía la falta de patria como el mayor problema del pueblo judío.

Recién en los '90 se tipificaron en el derecho interno de algunos estados que los incorporaron al código penal y en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia ['93] y para Arusha en Ruanda ['94].

Finalmente adquirieron carácter universal con el Estatuto de Roma de 1998, lo que se expresa en su preámbulo:

...Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

Luego agrega:

Art. 4.2- La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.

Si bien, hemos previamente referido que los principios de Nuremberg consagrados en 1950 no son vinculantes para los estados y que las Convenciones de Ginebra tampoco pueden ser consideradas específicamente un código penal. Son prohibiciones que deben respetar los contendientes y que se activan en caso de conflicto armado, tal como ocurrió en la ex Yugoslavia¹⁷¹.

En este sentido la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 reconoce el principio de legalidad en su Art. 9 y la Convención Africana de Derechos Humanos de 1981 hace lo propio en su Art. 7 inc. 2, pero no incluyen las previsiones del inc. 2 del Art. 15 del PIDCP.

Ello evidencia una vez más, que la inquietud por la punición de los crímenes del nazismo era una preocupación eminentemente europea, a punto tal que la Convención Europea de Derechos Humanos [CEDH] es el único pacto regional de este tenor, que contiene tal limitación convencional a una norma de derechos humanos y *de ius cogens*, como es el principio de legalidad

¹⁷¹ Ver Res. 808 /93 del Consejo de Seguridad y Res. 827 del 25 de mayo de 1993, Art. 1 Competencia del Tribunal.

- También el ministro Belluscio en su voto en disidencia en el caso "Arancibia Clavel", acerca del inc. 2 del Art. 15 expresó:

...ese párrafo fue objeto de la reserva dispuesta en el Art. 4 de la ley 23.313 que lo aprobó, según la cual "El gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el Artículo 18 de nuestra Constitución Nacional", de modo que la República no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes, entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad; la adhesión se formuló de manera condicionada, y la condición fue que la aplicación de aquellos principios o normas no pudiera realizarse de modo retroactivo, violando la garantía consagrada en el Art. 18 de la Constitución Nacional, sino a partir del momento en que nuestras normas internas les dieran vigencia y hacia el futuro.

La cuestión fue expresamente considerada en el Senado de la Nación durante el debate previo a la sanción de la ley 25.778, en el cual el senador Baglini [en opinión compartida por los senadores Usandizaga, Maestro, Salvatori, Prades y Gómez Díez] expresó: "Nuestra Carta Magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma constitucional de 1994, donde existe una piedra angular, que no es sólo de nuestra Constitución sino del derecho internacional, el de todos los países, que es el Art. 18, por el que se establecen principios fundamentales que son la garantía común de todos, aún de los ciudadanos que sin merecer el título de tal negaron a algunos el ejercicio de sus derechos...

En esta norma está contenido el principio de legalidad.

No hay condena sin ley previa al hecho del proceso. Allí está el principio de irretroactividad en materia penal, el principio de los jueces naturales y el de la cosa juzgada.

Sobre estas cuatro piedras [sic] angulares se arma la legislación penal no sólo de la Argentina sino de todo estado democrático".

Y después de destacar que "el Art. 27 de nuestra Carta Magna señala con toda claridad que cualquier tratado que celebre la Nación tiene que ser conforme a los

principios de derecho público que la propia Constitución establece" concluyó en que debía quedar "claramente establecido y entendido que la modificación atinente a la prescripción de los hechos acontecidos con anterioridad a la aprobación de Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra es inconstitucional. Solamente puede regir con relación a los hechos que hubieren tenido lugar a partir del establecimiento de la Convención.

De lo contrario, se va a generar una enorme confusión en el campo jurídico y, paradójicamente, se va a producir el efecto contrario al deseado".

Y si bien el senador Yoma no concordó con esa interpretación, el senador Pichetto sostuvo que la cuestión debía quedar librada a la interpretación judicial, al manifestar: "Considero que debemos votar por unanimidad la validez del Tratado con la interpretación que todos compartimos, referida al principio de equiparación y de validez de la norma constitucional con el nuevo tratado incorporado en función de lo establecido por el Art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Fundamental.

Luego, la interpretación final debe corresponder a los jueces puesto que el camino definitivo es que cada caso concreto sea resuelto por la Justicia.

Sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando se considerase a los tratados internacionales incorporados en la Constitución como normas de idéntico rango a las contenidas en la declaración de derechos y garantías de la primera parte de aquella, cabe advertir que el principio nulla poena sine lege previsto en el Art. 18 de la Constitución Nacional [garantía liminar del derecho penal liberal recibida unánimemente por todas las constituciones de los países civilizados] además de ser reiterado en el antes mencionado artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue acompañado en ella por el Art. 7, párrafo 2, que expresa que "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

En consecuencia, la propia Convención impide introducir una condición de punibilidad que no se hallaba "fijada de antemano" en la normativa vigente al momento de la comisión de los hechos, que es el texto de la Constitución de 1853/60 y

la legislación penal dictada en su consecuencia, de conformidad con la cual la acción penal se hallaba sujeta a la prescripción.

Por tal razón, la imprescriptibilidad añadida por la convención aprobada por la ley 24.584 y dotada de jerarquía constitucional por la ley 25.778 constituye [respecto de los hechos anteriores] un agregado que modifica ex post facto la ley penal vigente al momento de su comisión.

Para finalizar cabe preguntarse si es legal que una ley del Congreso, como la ley 25.778, modifique el Art. 18 de la Constitución Nacional que sólo puede reformarse del modo que lo establece su Art. 30.

En definitiva el Art. 15 del PIDCP, ante el supuesto de aplicarse a los hechos de los '70, consagra un principio de irretroactividad restringido, porque el inc. 2 de este artículo estaría limitando a una norma de *ius cogens* [como lo es el principio de legalidad] en contraposición con lo normado en la CVDT, que prohíbe la modificación de normas imperativas.

4.1 | LA RESERVA DE LA ARGENTINA AL PIDCP

La Argentina en oportunidad de firmar el PIDCP, presentó la reserva dispuesta por el Art. 4 de la ley 23.313, preservando la plenitud del principio de legalidad y además cumple con las previsiones posteriormente establecidas en el Art. 19 de la Convención de Viena referido a las reservas en los tratados, que establece:

Art. 19- Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

a] que la reserva esté prohibida por el tratado;

b] que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o

c] que, en los casos no previstos en los apartados a] y b], la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Dicha reserva no se opone al objeto del PIDCP que protege los derechos civiles y políticos de las personas ante el poder del Estado, pues resguarda la plena vigencia del el Art. 18 y reconoce el derecho de los imputados de conocer previamente la norma. En ese sentido va en la misma dirección que el pacto.

La CVDT en sus Arts. 21 y 24, con relación a los tratados, establece: que los mismos rigen con las reservas y declaraciones interpretativas que los estados parte puedan hacer [Art. 21], y que entran en vigor *de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los estados* [Art. 24]. Esto es: “en las condiciones de su vigencia” previstas en el Art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el que expresamente dispone que los tratados de derechos humanos allí mencionados *en las condiciones de su vigencia*, tienen jerarquía constitucional. Por su parte la CSJN en los considerandos 11 y 12 del fallo Gioroldi del 7 de abril de 1995, sostuvo:

11. *Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [consid. 5º] ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" Art.75, inc. 22, párr. 2º, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.*

*De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*¹⁷².

12. *Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.*

¹⁷² Ver: Arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054.

En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del Art.1° de la Convención, en cuanto los estados parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción".

Según dicha Corte, "garantizar" implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Art. 1.1 de la Convención¹⁷³.

Consecuentemente, el Estado se encuentra obligado a interpretar los tratados tal como rigen en el ámbito internacional.

Por lo tanto, si se ha rechazado el texto del inc. 2 del Art. 15 del PIDCP, debido a que afecta el principio de legalidad enunciado en el inc. 1 del mismo artículo, porque este constituye una norma fundamental del derecho interno [Art. 46 de la CVDT] y ciertamente norma de *ius cogens*, cabe entonces preguntarse por qué habría de aceptarse aquel criterio, aunque parafraseado, como argumento de las sentencias, ya que viola el referido principio de legalidad protegido con la reserva interpuesta por la Argentina al momento de la firma del PIDCP.

En otras palabras, nos encontramos ante una forma particular de “*per saltum*”, en tanto la CSJN pretende erigirse en Convención Constituyente “*de facto*”, violando no sólo el derecho interno, sino también la propia Convención que se arguye respetar, porque así lo establece el Art. 2.1, cuando expresa el compromiso de las partes para adoptar las garantías establecidas en el tratado “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”.

No obstante lo dicho, el ex secretario de Derechos Humanos Rodolfo Matarollo, expresó: ... *esa reserva, más allá de posibles motivaciones políticas, tendientes a limitar la acción de la justicia por las violaciones del pasado, se basó jurídicamente*

¹⁷³ Opinión consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990 -"Excepciones al agotamiento de los recursos internos".

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.

Más adelante en concordancia con los argumentos que años después empleó la CSJN en los casos "Arancibia" y "Simón" dijo:

En la situación actual del derecho internacional, en que la codificación ha avanzado considerablemente, la importancia de identificar las normas del derecho internacional consuetudinario deriva de que dichas normas son vinculantes incluso para los Estados que no son parte en el instrumento convencional que las recepta.

En tal caso, lo que obliga a esos Estados, por supuesto, no es la norma convencional, sino la norma consuetudinaria.

El principal argumento para sostener que el derecho de Nuremberg no fue retroactivo es precisamente el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario ya en vigencia con anterioridad a la adopción de las leyes racistas por la Alemania nazi. Matarollo, Rodolfo, "La jurisprudencia Argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad", Revista Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, julio 2001.

De cualquier manera la reserva de la Argentina fue receptada, ello nos permite afirmar que:

- 1] La reserva no resulta *incompatible con el objeto y fin del tratado*.
- 2] El *objeto y fin del tratado* no era para establecer la retroactividad penal con carácter ecuménico, sino los derechos civiles y políticos de las personas, entre los cuales se encuentra el principio de legalidad.

Este podría violarse en caso de realizarse una interpretación amañada del inc. 2 del Art 15, en consecuencia la reserva previene este supuesto.

- 3] Si alguna de las afirmaciones previas no se interpretase así, la mentada reserva debería haber sido rechazada.

5 | PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La insistente referencia acerca de los principios generales del derecho en los instrumentos internacionales en particular en el artículo en estudio, nos lleva a la pregunta ¿cuáles son los tratados reconocidos por la comunidad internacional que establecen los principios generales del derecho, vigentes en la década del '70¹⁷⁴,

¹⁷⁴En el documento S/25266 de la ONU, a raíz de la guerra de Yugoslavia, un Comité de expertos franceses entre los que se encontraba Louis Joinet refirió los principios generales del derecho, en oportunidad de dar su opinión en relación a la tipificación de los crímenes internacionales que hayan afectado la paz y la seguridad de la humanidad. Dice el documento:

a) *Los principios generales del derecho reconocidos por el conjunto de naciones que constituyeron el fundamento jurídico de los juicios celebrados ante el Tribunal de Nuremberg [...]a que hacen referencia el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, y el artículo 7, párrafo 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

b) *Un número importante de convenios internacionales, que han codificado y precisado esos principios:*

- *Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.*
- *Protocolos adicionales 1977.*
- *Convención para la Prevención y la sanción del delito de Genocidio 1948.*
- *La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes, 1984.*
- *Los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos 1966.*
- *Dos Convenciones contra la esclavitud, 1926. [enmendadas 1953 y 1956].*
- *Convenio 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio 1930.*
- *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 1950.*
- *Convención Internacional sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1956.*
- *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad 1968.*
- *Convención sobre los derechos del niño 1989.*

Por su parte el Relator Especial para el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la humanidad, en su informe del 11 de marzo de 1986 doc. A/CN.4/398 en la Parte IV identifica los siguientes principios generales:

- *Principios relativos a la naturaleza jurídica de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.*
- *Principios relativos al delincuente internacional.*
- *Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el tiempo.*
- *Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio.*
- *Principios relativos a la determinación y al alcance de la responsabilidad.*

Por su parte el Estatuto de Roma, al establecer el derecho aplicable en el Art.21, expresa:

b) *En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;*

c) *En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que*

relacionados con los DLH? Es evidente que después del Estatuto de Roma esta pregunta tiene respuesta, pues existe un tratado que ha positivizado los principios del derecho internacional a los que se ajusta, establece su vigencia, se tipifican las conductas delictivas de los crímenes internacionales, se determina su jurisdicción y aplicabilidad, y al 2014 goza de la aquiescencia de los 139 estados signatarios.

Pero antes de la adopción de este Estatuto, los DLH sólo estaban positivizados en los estatutos de Nuremberg y de Tokio, y en la ley 10 del CC, aplicables solamente a los vencidos de la Segunda Guerra Mundial, hasta que a comienzos de los '90 aparecieron redefinidos en los Estatutos para Yugoslavia y Ruanda¹⁷⁵. Los DLH a diferencia de los

normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

Obsérvese que no existe uniformidad de criterios en lo concerniente a los principios generales del derecho. Es de destacar que el propio Estado francés, que elevó la nota referida a la ONU, no ha firmado ni ratificado algunos de los tratados que el Comité francés tiene en consideración dentro de los principios referidos, como la Convención sobre la imprescriptibilidad de 1968.

¹⁷⁵ Las Convenciones de Ginebra del '49 – en particular el IV° Convenio, *Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, contiene algunas protecciones que estarán presentes en la tipificación de los delitos de lesa humanidad.

Art. 3 - Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
- b) la toma de rehenes;*
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

crímenes de guerra y del delito de genocidio no tenían su propia convención y, como hemos visto, no fueron tipificados en el texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU en 1968. En el fondo era coherente que así fuese, pues los DLH aparecían complementando a los crímenes de guerra, por lo tanto se necesitaba la existencia de un conflicto armado internacional para que estos delitos se pudiesen perpetrar ya que así los había definido el Estatuto de Nuremberg. No es casual entonces, que estos delitos fuesen tipificados en estatutos para tribunales *ad hoc* creados para determinados conflictos armados, pues eran un "sub producto" de la guerra.

Entre los instrumentos internacionales mencionados, que materializan y positivizan los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, es evidente que la jurisdicción del Estatuto de Nuremberg lo vinculaba a la cuestión del nazismo y por ello estaba acotado a las naciones obligadas por dicho estatuto.

Resulta presuntuoso entonces, asignarle a los DLH jurisdicción universal a partir de una interpretación laxa de los principios generales del derecho internacional, cuando tal prerrogativa no existe en el texto de la Convención.

6 | COMPETENCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

Debe tenerse presente que el alcance universal¹⁷⁶ que promueve la Convención sobre la imprescriptibilidad, es al sólo efecto de imponer que los delitos no prescriban, pero no expande la jurisdicción establecida por el Estatuto de Nuremberg, para juzgar a los principales responsables del Eje Europeo, por parte de las cuatro potencias que lo suscribieron. En definitiva, es una norma de guerra aplicada por los juzgadores a los acusados.

¹⁷⁶ En los considerandos del preámbulo se expresa: *Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.*

En todo caso podría presumirse que dicha Convención sólo expande la competencia habilitando a los tribunales de los estados parte del tratado, a que extraditen a dichos criminales a los países donde se cometieron los delitos, en razón de la imprescriptibilidad consagrada en ese instrumento internacional.

En ese sentido la Res 3074 de la Asamblea General de la ONU, adoptada en 1973, acerca de los *Principios de cooperación internacional en la detección, arresto, extradición y castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad* expresa en el punto 5: *Las personas contra las que hay evidencia que han cometido crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad serán sometidas a un juicio y, si son encontradas culpables, a un castigo, como regla general en los países en los que ellos han cometido esos crímenes. Los Estados deberán cooperar en cuestiones de extradición a estas personas.*

El punto 8 agrega: *Los estados no tomarán ninguna medida legislativa u otra, que pueda ser perjudicial para las obligaciones internacionales que ellos han asumido...*

Por otra parte la Res 2338 [XXII] acerca de la *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, dada por la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967, un año antes de celebrarse la Convención sobre la imprescriptibilidad, expresa: *Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas...*

La Convención internacional sobre la imprescriptibilidad, ante la prescripción de los delitos en el orden interno de los estados parte, otorga competencia a los tribunales nacionales, de aquellos estados que se obliguen mediante su ratificación, para que extraditen a las personas culpables de tales delitos, con fundamento en la imprescriptibilidad internacional y de acuerdo con el compromiso de adecuar el derecho interno a las obligaciones internacionales que adopta el Estado, aunque los delitos se encuentren prescriptos en el orden interno.

Como se puede apreciar, la imprescriptibilidad internacional se establece a los fines de extradición.

En otras palabras la Convención amplió la competencia pero no la jurisdicción porque los únicos justiciables susceptibles de extradición eran los nazis y, como hemos dicho, no era de aplicación a los rusos por los pogromos, ni a los estadounidenses por Nagasaki, ni a los franceses por Indochina y Argelia, ni a los japoneses por la IIª GM etc. Es en definitiva la aplicación del derecho penal del enemigo, en este caso derrotado en la contienda.

Por lo tanto, es claro que en la Argentina, los DLH no podían ser considerados punibles en la década del '70, ya que el tipo penal ni la jurisdicción habían despegado aún de sus simientes en el Estatuto de Nuremberg, ello fue confirmado en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los DLH celebrada en la ONU en 1968, que remite a la única "definición" existente entonces en el derecho internacional, estos es, la tipificación de Nuremberg, en lugar de establecer en su texto una nueva tipificación, jurisdicción y competencia, como ocurre con otros tratados.

La ONU de manera contradictoria consagró un principio del derecho doméstico de aplicación universal, como es el principio de legalidad y su corolario de no retroactividad del derecho penal, como un derecho humano vigente en la DUDH, pero por otro lado promovió un tratado de DDHH como la Convención sobre la imprescriptibilidad en la que positiviza la violación a ese principio, invocando una excepción.

Sin embargo, la comunidad internacional manifestó su rechazo a la violación del principio de irretroactividad penal, con la oposición de siete estados al momento de la votación del texto de la Convención, el cuestionamiento del Consejo de Europa¹⁷⁷, la baja ratificación de dicho tratado, la celebración de una Convención Europea de Imprescriptibilidad que reconoce la vigencia del principio de legalidad, las reservas de algunos estados al momento de la ratificación y finalmente el Estatuto de Roma para la CPI, donde este principio fue enunciado sin ninguna restricción, limitación, ni excepción aplicable a los crímenes internacionales, como se verá más adelante.

Por otra parte la debilidad de esta Convención puede apreciarse también en la fórmula elegida para su ratificación.

¹⁷⁷ Ver resolución 401, inciso 7 del Consejo de Europa de enero de 1969.

El artículo V, con el evidente fin de contribuir a su legitimidad, habilita a actores diferentes a los estados parte a los que obliga: *La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1969 a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado o del Organismo Internacional de Energía Atómica, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en la presente Convención.*

7 | LA EXTENSIÓN DEL "DERECHO DE NUREMBERG"

Hemos visto que la jurisdicción del Estatuto de Nuremberg estaba acotada a los criminales del Eje europeo como también que el Estado francés, uno de los autores del Acuerdo de Londres, no extendió la jurisdicción de Nuremberg más allá de los límites que fija dicho Estatuto, por lo tanto no la aplicó a los casos Aussaresses y Bourdales, entre otros previamente referidos, pese a haber sido acusados de delitos de lesa humanidad.

Sin embargo Francia juzgó con arreglo al “derecho de Nuremberg”, al ex nazi Klaus Barbie, por su relación con los hechos de las potencias del Eje Europeo e incluso a los franceses Papón, Trouvier y otros, por su vinculación con el régimen nazi.

Con el mismo criterio fueron juzgados los ex nazis Finta, Demjanjuk y Priebke entre otros, inclusive los rusos Kolk y Kislyly¹⁷⁸, todos vinculados de algún modo a los

¹⁷⁸ En 1949 luego de la invasión de la URSS a Estonia, los rusos Kolk y Kislyly deportaron ciudadanos de esta nación. Recuperada la independencia por parte de Estonia en los '90, fueron condenados por delitos de lesa humanidad por los tribunales estonios.

En 2006, apelaron sin éxito a la Corte Europea de Derechos Humanos. Entre los argumentos del rechazo la Corte dijo. *En este contexto, hay que mencionar que la Unión Soviética era parte del Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, mediante el cual se promulgó el Estatuto de Nuremberg. Además, el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto. Como la Unión Soviética era un Estado miembro de las Naciones Unidas, no puede alegarse que las autoridades soviéticas desconocían estos principios.* Quedó

hechos de la II^o Guerra Mundial y consecuentemente alcanzados por el “derecho de Nuremberg”. Pero hubo oposición a la aplicación extensiva de la doctrina de Nuremberg, no sólo en los casos de Aussaresses y Bourdales señalados, sino también en el intento de revisión de los crímenes del franquismo en España, en los pedidos de extradición de Pinochet del Reino Unido, de María Estela Martínez de Perón y Beatriz María Arenaza¹⁷⁹ de España, Roberto Bravo¹⁸⁰ de los EE.UU., Eugene Rwamucyo de Francia, Fulgence Niyonteze de Suiza, etc., todos acusados de haber cometido crímenes de lesa humanidad.

Cuando hay naciones que se oponen a lo que se supone una costumbre internacional de carácter general, no puede afirmarse que se está frente a normas de derecho consuetudinario con naturaleza de *ius cogens*, ya que los estados no podrían oponerse a la extradición de estas personas.

En otras palabras, en los casos de M. E. M. de Perón y de Bravo¹⁸¹, España y EE.UU. no acordaron con los criterios de persecución de la justicia argentina y negaron las extradiciones por el carácter político de las mismas.

en evidencia que los funcionarios rusos no podían desconocer los delitos que su propio Estado había creado y tipificado en el acuerdo de Londres tan sólo tres años antes.

¹⁷⁹ La justicia española al negar la extradición, entre otros conceptos, dejó claro que, por el hecho de que ciertos miembros de una organización cometan una serie de delitos no necesariamente todos los integrantes de esa organización son responsables.

El fiscal puntualizó que: *la idea de cometer hechos delictivos no debe necesariamente concretarse en hechos delictivos. Y en lo concerniente a hechos de terrorismo, cuando de una persona no consta la participación en determinado atentado, sólo se la condena por el delito de la participación al grupo terrorista, pero no se la hace cargo de delitos contra la vida que hayan podido cometer otros miembros de la misma organización.*

¹⁸⁰ <http://dockets.justia.com/docket/florida/flsdce/1:2010mc20559/352810/> US District Court Southern District of Florida: in the matter of the extradition of Roberto Guillermo Bravo, Case: 10-20559-MC-Dubé. 01/11/2010. El caso de Bravo fue uno de los pocos juicios de extradición celebrados, donde la Argentina debió exponer las razones de tal pedido. Los EE.UU. denegaron el requerimiento por el tenor político de la causa.

¹⁸¹ Bravo fue reclamado por los hechos de Trelew de 1972, acaecidos cuando el segundo grupo de integrantes de las organizaciones armadas fugados del penal de Rawson el 15 de agosto de ese año, quedó rezagado arribando al aeropuerto de Trelew luego de la partida del avión de Austral, con destino a Chile

En el caso Bravo, el Tribunal del Distrito del Sur de Florida expresó en su sentencia de febrero de 2010: *El testimonio y las pruebas presentadas por Bravo fueron convincentes y superaron con creces su responsabilidad de presentar pruebas que "tiendan a demostrar" que los delitos eran de carácter político. En dicho punto, "la responsabilidad recae sobre el gobierno demandante de demostrar lo contrario."*

El Gobierno [argentino], sin embargo, no refuta o contradice de modo alguno las pruebas de Bravo, y por lo tanto falló en su responsabilidad de mostrar que el delito de Bravo no era un delito político en virtud del Artículo 4 del Tratado.

El tribunal, considera que el Gobierno no presentó pruebas antes o durante la audiencia de extradición para refutar las alegaciones de Bravo, las exposiciones y el testimonio experto de que su delito fue referente a un disturbio político violento. Por lo tanto, el tribunal, considera que la excepción por delito político se aplica a Bravo y su extradición está prohibida por el artículo 4 del Tratado¹⁸².

La manifiesta oposición de los estados a la extensión de la jurisdicción del “derecho de Nuremberg” –en la que se basa la justicia argentina de manera encubierta–, invalida su potencial condición de norma de *ius cogens* o de norma consuetudinaria internacional. Por lo tanto no puede aplicarse de manera generalizada fuera de los límites establecidos en el Estatuto.

En consecuencia la Convención sobre la imprescriptibilidad no puede ser considerada derecho consuetudinario imperativo, por:

a)- La oposición que tuvo la propia Convención [tanto a su texto como en las ratificaciones y reservas como ya hemos visto].

secuestrado por el primer grupo de fugados. Ante estas circunstancias, decidieron tomar el edificio del aeropuerto y convocar a la prensa.

El juez interviniente Dr. Horacio Quiroga, posteriormente asesinado por integrantes del ERP 22, dispuso provisoriamente el encierro de los evadidos en la Base Almirante Zar de la Armada donde se encontraba Bravo. Ante el eminente traslado nuevamente al penal de Rawson, intentaron fugarse sorprendiendo a la guardia que reaccionó abriendo fuego.

¹⁸² Caso N° 10-20559-MC-DUBE.

b]- Su necesario vínculo con el Estatuto de Nuremberg para la definición de los DLH.

c]- La oposición a la aplicación extensiva del derecho de Nuremberg por parte de las naciones.

Recuérdese que la CIJ identifica una norma consuetudinaria internacional de carácter general a partir de: a) las ratificaciones de los tratados, b) las prácticas estatales susceptibles de ser consideradas derecho, c) los principios generales del derecho, y d) con carácter auxiliar la *opinio juris*. Y para que alcance naturaleza de ius cogens debe encontrarse incluida en los supuestos del Art. 53 de la CVDT.

En ese sentido el Dr. D'Alessio afirmó: *Esa parte del derecho internacional no debe ser concebida sin una referencia a la realidad consuetudinaria que permita determinar su existencia positiva.*

De otro modo su carácter de disfraz de un claro razonamiento iusnaturalista queda en flagrante evidencia [Claro que es difícil lograrlo porque, para sostener que es suprema la obligación de perseguir a los delitos de lesa humanidad, a partir de lo ocurrido en Rusia stalinista [sic], en la España de Franco, en Corea, en Argelia, en Vietnam, en los países de Europa oriental y con las dictaduras militares -con excepción de Grecia, la Argentina y parcialmente Chile- para no citar sino algunos pocos casos posteriores al juicio de Nuremberg y la aprobación de la Declaración Universal, la costumbre de la mayoría de los países parece haber sido precisamente la contraria]...

Sólo podrá considerarse que existe una regla como la que... muchos... autores postulan si a tales actitudes hubiera seguido una cerrada, firme, ineludible y mayoritaria condena de los países responsables de esos modos de actuar.

*Empero, tampoco se lo ha hecho, ni siquiera por los más entusiastas prosélitos del derecho penal internacional con estos alcances*¹⁸³.

¹⁸³ "Una posición distinta sobre el fallo Mazzeo", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de Lexis Nexis*, n° 11/2007, noviembre, p. 2156.

Las intervenciones de los EE.UU., en Guatemala 1954, Líbano 1958, Cuba 1961, Santo Domingo 1965, Granada 1983, Libia 1986, y Panamá 1989, así como de la URSS en Afganistán y otros países, aunque una doctrina habla de guerras de solidaridad, son susceptibles de ser encuadradas como guerras de agresión en los términos del Art. 6 inc. a) del Estatuto de Nuremberg que establece:

Art. 6.a- Crímenes contra la paz: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.

Sin embargo, a ninguno de estos casos se le aplicó el derecho extensivo de Nuremberg, como tampoco al ataque deliberado de Israel del 12 de agosto de 1949, que provocó la destrucción y devastación de la localidad de Quneitra, condenado por la ONU por grave quebrantamiento de la protección a civiles en tiempo de guerra¹⁸⁴ o como hemos visto el caso de Sudáfrica en el que expresamente se ha rechazado el derecho de Nuremberg.

La práctica estatal indica entonces que hasta para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia –TPIY– en los años '90, el encuadre de conductas en la tipificación de los delitos previstos en el Estatuto de Nuremberg, no era una práctica uniforme, extensa y representativa de los estados, lo que también se refleja en los tratados, que no tipificaron los DLH con alcance universal hasta 1998.

Por lo tanto no existen fundamentos para que la aplicación extensiva del "derecho de Nuremberg" se considere costumbre internacional de aplicación universal. *Contrario sensu*, la costumbre más bien indica que la jurisdicción para perseguir tales delitos estaba acotada a los límites del instrumento internacional que disponía la persecución, de los nazis acusados de crímenes de guerra.

Otras denuncias sobre DLH desvinculadas del nazismo tampoco prosperaron, en consecuencia no se les aplicó el “derecho de Nuremberg”.

- El 12 de diciembre de 1966 la Asamblea General aprobó la Res. 2184 acerca de la Cuestión de los Territorios bajo Administración Portuguesa; el punto 3 establece:

¹⁸⁴ Documento ONU E/5635, pág. 66.

Condena, como un crimen contra la humanidad, la política del gobierno de Portugal, que viola los derechos económicos y políticos de la población autóctona al asentar a inmigrantes extranjeros en los territorios y al exportar mano de obra africana a Sudáfrica.

- Lo propio ocurrió con Sudáfrica, en la resolución 2202 del 16 de diciembre de 1966 de la ONU, en la que se establece que este organismo internacional:

1. Condena la política de apartheid practicada por el Gobierno de la República de Sudáfrica como delito contra la humanidad.

Pese a enunciar la comisión de delitos de lesa humanidad, el Consejo de Seguridad no aplicó en estos casos el "derecho de Nuremberg" y en consecuencia no se dispuso la apertura de un TPI para Portugal ni para Sudáfrica. La Asamblea General en cambio, solicitó sanciones económicas.

- Otro tanto ocurrió con Etiopía: *El único intento de reconocer el juicio de Nuremberg como antecedente judicial internacional lo consumó Etiopía, en agosto de 1949, al solicitar a Italia que extraditara a los mariscales Pietro Badoglio y Rodolfo Graziani como criminales de guerra.*

Etiopía pretendía someterlos a juicio de un tribunal internacional, conformado por una mayoría de jueces no etíopes, que habrían observado los principios y los procedimientos previstos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Obviamente la petición quedó en nada¹⁸⁵.

8 | EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD NO SE OPONE A LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

El principio de legalidad tiene el consenso internacional necesario para gozar de la naturaleza de *ius cogens* y supera, por lejos, a la norma de imprescriptibilidad de los

¹⁸⁵ Cf. MIGNOLI, *La Sanzione nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951, pág. 69. en ZOLO, Danilo, *La Justicia...* op. cit.

crímenes internacionales, a la que algunos jueces nacionales le reconocen esa naturaleza.

La imprescriptibilidad sin el necesario componente temporal que determina cuál es el momento en que comienza a efectivizarse, es una condición que por sí sola se vincula con el futuro, pues para que algo se torne imprescriptible primero debe haber podido prescribir. ¿Qué sentido tendría dictar la imprescriptibilidad de algo que no prescribe?

Por lo tanto tiene que ser, expresarse, manifestarse prescriptible y luego deviene la imprescriptibilidad que anula esa posibilidad, es decir, le impide el beneficio de evitar la acción penal [en el caso que nos ocupa] por la ofensa cometida, en razón del paso del tiempo.

Las diferentes franjas temporales que se le otorgan internacionalmente a la aplicación de la imprescriptibilidad de los DLH [pasado, presente y futuro] y se reflejan en los tratados sobre la materia, muestran que no existe una costumbre sino un acuerdo, en el que se establece la imprescriptibilidad a partir de un punto determinado convencionalmente en el "binomio" espacio-tiempo.

Dicho lo anterior, resulta evidente que este concepto temporal que acompaña a la imprescriptibilidad no es una norma de *ius cogens*.

En el preámbulo de la Convención del '68 queda claro que los delitos cometidos por el nazismo comenzaban a prescribir¹⁸⁶ en el derecho interno [recuérdese la ley de Dreher], y era necesario establecer una norma de imprescriptibilidad convencional e internacional para evitarlo.

Muchos nazis habían abandonado Europa y también existía cierto desinterés por parte de algunos países de residencia para extraditarlos; en consecuencia la imprescriptibilidad de sus delitos debía internacionalizarse.

¹⁸⁶ El preámbulo puntualiza: *Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes,...*

Podemos concluir entonces, que era posible observar cierto consenso de algunos estados en que los crímenes internacionales fueran considerados imprescriptibles –particularmente aquellos que habían sufrido el nazismo o vinculados a la IIª GM–, pero también surge con claridad que la mayoría de los países, incluidos 40 sobre un total de 54¹⁸⁷ que ratificaron en 1968 la Convención de la ONU, en 1998 no acordaron con la retroactividad penal de la imprescriptibilidad y apoyaron el principio de legalidad consagrado para estos crímenes en el Estatuto de Roma.

En otras palabras, podría decirse que sólo convalidaron la "imprescriptibilidad retroactiva" 10 países que al 2014 no firmaron ni ratificaron el Estatuto de Roma: Azerbaijón, Bielorrusia, Cuba, Corea del Norte, India, Laos, Libia, Nicaragua, Ruanda y Vietnam.

El resto de los países, dado el carácter complementario de la CPI¹⁸⁸, tenía la opción de haber interpuesto una reserva al momento de la firma del Estatuto, reconociendo el derecho de juzgar retroactivamente los DLH en virtud de haber ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad, es decir poner a resguardo el derecho de perseguir los DLH retroactivamente con fundamento en otro tratado, sin poner en riesgo las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar el ER, sin embargo no lo hicieron.

No obstante lo dicho, el ministro Boggiano refirió, en el caso "Arancibia Clavel", acerca del caso del ex nazi Priebke:

32] Que el principio de irretroactividad de la ley penal ha sido invariable jurisprudencia de esta Corte no tratándose de delitos de lesa humanidad, pues no es posible hallar precedente alguno que contemple delitos de esa índole.

¹⁸⁷ Ver figs. 5 y 19.

¹⁸⁸ El Art. 1 del Estatuto de Roma establece:

Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ["la Corte"]. La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

Fue recién en el caso Priebke en el que esta Corte entendió que la calificación de los delitos de lesa humanidad depende de los principios del ius cogens del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya [Fallos: 318:2148].

Ahora bien, el principio de legalidad no es la antinomia de la imprescriptibilidad en sí, ya que se opone únicamente a su aplicación retroactiva sin anular su existencia.

Como bien dice el ministro Fayt en su voto disidente en el caso "Arancibia Clavel", considerando 11: *Al respecto, forzoso es distinguir dos cuestiones que no deben ser confundidas: la primera es atinente al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y la segunda es la que se refiere a la posibilidad de su aplicación retroactiva.*

Sin embargo el fallo de la Corte –a partir del texto de la Convención de la ONU– gira en torno a la imprescriptibilidad, elude el estudio del componente temporal previamente referido, analiza su naturaleza como norma consuetudinaria y da por sentada su aplicación retroactiva.

En este sentido, se puede afirmar que el principio de legalidad es la antinomia del componente temporal¹⁸⁹ que acompaña a la imprescriptibilidad cuando se ejerce únicamente hacia el pasado, a fin de proteger los derechos del imputado, que corre el peligro de ser victimizado por la voluntad abusiva de los agentes estatales.

Esta protección es la razón principal de todos los pactos de derechos humanos, esto es: limitar el poder del Estado, que en el caso de los juicios de venganza se observa descontrolado.

Por lo tanto, la práctica internacional a partir de las convenciones de imprescriptibilidad de la ONU, de la UE y del Estatuto de Roma, ponen de manifiesto que la imprescriptibilidad como característica particular de determinados delitos necesita del componente temporal para establecer cuando comienza su aplicación,

¹⁸⁹ Recuérdese que la imprescriptibilidad se puede aplicar hacia el pasado o hacia el futuro, pero en materia penal cuando se aplica hacia el pasado [componente temporal] implica derecho penal retroactivo.

pues cada convención emplea un criterio distinto y tienen diferentes grados de aceptación.

9 | LA SANCIÓN DE NUREMBERG

Por otra parte, no podemos olvidar que el Estatuto de Nuremberg fue el resultado de las discusiones entre las potencias interesadas en que sus tropas no fueran juzgadas por sus propios crímenes de guerra y en aplicar severas condenas a las cúpulas de sus enemigos por medio de la formalidad de un juicio internacional.

La idea surgió en el Departamento de Guerra de los EE.UU.; después de la designación del juez Robert Jackson como Fiscal General, se propuso que se celebraran los juicios en Núremberg¹⁹⁰, lugar donde tuvieron origen las primeras leyes antisemitas.

Estos procesos comenzaron con el juicio a los principales responsables condenando [tal como se observa en la Fig. 3] once personas a la pena de muerte, tres a cadena perpetua, dos a veinte años de prisión, tres absueltos y un condenado en ausencia.

Posteriormente siguieron varios juicios nacionales celebrados en las zonas de ocupación de Alemania y en nueve países más, cuyos resultados para el caso de Alemania pueden observarse en los cuadros de la figura 4.

En el caso de los condenados durante el juicio de Nuremberg, obsérvese que la absolución de tres imputados reafirma que la sola pertenencia al partido nazi no era suficiente para fundar una condena penal.

Por su parte, el tribunal de Tokio integrado por jueces de: Estados Unidos, URSS, Francia, Países Bajos, China, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, India y Filipinas; de los veinticinco acusados principales, siete recibieron condenas de muerte, dieciséis de cadena perpetua, uno de veinte años de prisión y otro de siete años.

¹⁹⁰ Originalmente se había acordado que la sede permanente del tribunal sería en Berlín, pero para el primer juicio se eligió la ciudad de Nuremberg por su valor simbólico.

PROCESADOS EN NUREMBERG

Herman Göring	Mariscal del Reich	Condena de muerte
Joachim von Ribbentrop	Ministro de asuntos exteriores	Condena de muerte
Wilhelm Keitel	Mando supremo de las Fuerzas Armadas	Condena de muerte
Ernst Kaltenbrunner	Jefe de la policía de seguridad interior	Condena de muerte
Alfred Rosenberg	Filósofo del nazismo y ministro de los territorios Orientales	Condena de muerte
Hans Frank	Gobernador General de Polonia	Condena de muerte
Wilhelm Frick	Ministro del Interior y protector de Bohemia y Moravia	Condena de muerte
Julius Streicher	Gauleiter de Franconia y uno de los autores de la Leyes de Núremberg	Condena de muerte
Arthur Seyss Inquart	Jefe del nazismo austríaco	Condena de muerte
Fritz Sauckel	Gauleiter de Turingia y Tte Gral de las SS	Condena de muerte
Alfred Jodl	Jefe de operaciones del OKW	Condena de muerte
Martin Bormann	Jefe de la Cancillería. Director del NSDAP y secretario de Hitler	Condenado en ausencia
Rudolf Hess	Jefe del partido nazi y ministro de carteras	Cadena perpetua
Erich Raeder	Comandante en jefe de la Kriegsmarine	Cadena perpetua
Walter Funk	Ministro de economía y director del Reichsbank	Cadena perpetua
Albert Speer	Ministro de Armamento y Arquitecto personal de Hitler	Veinte años de prisión
Badder von Schirach	Jefe de las juventudes hitlerianas	Veinte años de prisión
Karl Dönitz	Comandante en jefe de la Kriegsmarine y Führer del Reich a la muerte de Hitler	Diez años
Hjalmar Schacht	Ministro de hacienda	absuelto
Hans Fritzsche	Jefe del Servicio de prensa del ministerio de Propaganda	absuelto
Franz von Papen	Embajador en Turquía	absuelto

Fig.-3-

ESTADÍSTICAS DE LOS PROCESOS DE NÜREMBERG EN ALEMANIA(****)										
TRIBUNALES	DERECHO APLICADO	PENA DE MUERTE	PRISIÓN PERPETUA	PRISIÓN	ABSOLUCIONES	TRABAJO FORZADO	MULTAS	FALTA DE MÉRITO	CASOS PENDIENTES	TOTAL DE CASOS JUZGADOS
TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR DE NÜREMBERG	ESTATUTO DE NÜREMBERG	12 (*)	3	4	3					22
CORTES MILITARES DE LOS EE.UU.	LEY 10 DEL C.C.	324	247	946	434					1.951
CORTES MILITARES DEL REINO UNIDO	LEY 10 DEL C.C.	240								1.065
CORTES MILITARES DE FRANCIA	LEY 10 DEL C.C.	104								2.107
CORTES MILITARES DE LA U.R.S.S.	LEY 10 DEL C.C.									(****)
CORTES ALEMANAS	LEY 10 DEL C.C. Juzgan casos de alemanes contra alemanes			500		103				1.825 (**)
CORTES ALEMANAS A PARTIR DE 1950	LEYES ALEMANAS Se crea el Fiscal Central de los crímenes de guerra nazis	12	98	6.002	1.752		114	56.705	10.384	75.067
		692	348	7.452	2.189	103	114	56.705	10.384	82.057

(*) Un caso fué condenado en ausencia y un caso se suicidó.
(**) Los datos consignados corresponden al período 1950/51, el listado completo fué publicado en el Four German Bundestag (document VI/3 124 del 25 de febrero de 1965).
(***) La Comisión de las Naciones Unidas sobre Delitos de Guerra compiló las decisiones judiciales de casi 2000 juicios por crímenes de guerra celebrados en nueve países fuera de Alemania, cuyos datos han sido volcados en el presente cuadro.
(****) La URSS juzgó 10.000 casos

Fuente: Informe del Secretario General de la ONU -A/8038

Fig.-4-¹⁹¹

¹⁹¹ Apenas transcurrida una década desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, el presidente Dwigh Eisenhower aprobó una recomendación para que los prisioneros de guerra con condenas de hasta 30 años pudieran ser puestos en libertad condicional, luego de transcurridos diez años de prisión. En junio de 1955, los Estados Unidos tenían menos de cien detenidos en la prisión de Landsberg, de los que solamente diez habían sido condenados en los tribunales de Nuremberg. Entre enero de 1953 y enero de 1955, los Estados Unidos habían liberado al 82% de sus prisioneros de guerra; los británicos, al 67%, y los franceses, al 75%. Todos por razones de clemencia y en busca de una rápida reconciliación con Alemania, pese a las atrocidades sin precedente que se habían cometido."Cuando la justicia se convierte en venganza", *La Nación*, 3/10/2013.

A menos de cuatro años de dictadas las primeras sentencia de Nuremberg contra los grandes jerarcas del nazismo, comenzó a funcionar la Junta de Clemencia, un organismo destinado a mitigar sustancialmente la duración de las penas impuestas a los nazis condenados a la privación de la libertad [...] la reducción de las penas impuestas se lograba en forma directa o mediante el aumento de conmutación de penas por buena conducta. FIERRO Guillermo Julio, *Ley penal y derecho internacional, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera*, Astrea, Bs As, 2007, pág. 124.

10 | LA LEY, LA MORAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: JUECES INTERNACIONALES Y JUECES NACIONALES

Stalin, supremo responsable de delitos contra su propio pueblo, de similar naturaleza a los que él acriminaba a los nazis, envió a Vyshinsky a participar en su representación en los procesos de Nuremberg.

Durante la comida dada en su honor ante los jueces y fiscales aliados, éste propuso un brindis “*por la rápida condena y ejecución de los acusados*”. El fiscal británico Hartley Shawcross refirió en esa oportunidad que de la ejecución de los acusados dependían “*los caminos de la verdad y la rectitud entre las naciones del mundo*”.

Los jueces de Nuremberg no eran ajenos a los deseos de los líderes políticos. En un principio Churchill quería una ejecución sumaria y así lo expuso en la conferencia de Yalta en 1945; impulsaba la decisión política para establecer a quienes había que aplicar la pena capital.

Una solución pragmática a la advertencia del Foreign Office de que un juicio, ante la falta de precedentes, habría de violar el principio de legalidad. El presidente Truman, ignorando las consecuencias del lanzamiento de las bombas nucleares sobre civiles en Japón, apoyaba la realización de un juicio y Stalin que tenía una especial predilección por los juicios-espectáculo siempre que terminasen todos fusilados, se inclinó hacia la iniciativa de los EE.UU.¹⁹². Todo estaba listo para el inicio de los juicios.

Si bien en el derecho de gentes, pese a las críticas, aparece un criterio eminentemente punitivo por sobre principios básicos del derecho como la irretroactividad de la ley penal, en el derecho interno esto no puede ocurrir por la vigencia de la CN y las garantías incluidas en su texto.

No obstante la Corte, en el caso Arancibia, argumentó en favor del principio de legalidad, aunque en la práctica lo violó como hemos visto, poniendo en evidencia que sus ministros eran plenamente conscientes de esta incompatibilidad.

¹⁹² Geoffrey Robertson, *Crímenes contra la humanidad*, Siglo XXI 2008, pág. 234, 235 y 243.

Finalmente, para el jurista, político y filósofo del derecho Hans Kelsen¹⁹³, quien sin fundamento referenciado en sus principios normativistas del positivismo puro, ante el conflicto entre la validez del principio de legalidad, que según él sería relativo y tendría excepciones¹⁹⁴, y la obligación moral de la justicia de castigar por delitos que no eran punibles en el momento de los hechos, sostiene que podría ser considerado como más importante este último postulado, lo que fue expresado de la siguiente manera:

La justicia exigió el castigo de estos hombres, a pesar del hecho de que en el derecho positivo no eran punibles en el momento de realizar los actos devenidos en punibles con efecto retroactivo.

*En el caso en que dos postulados de la justicia están en conflicto uno con otro, prevalece el más importante, y el castigar a aquellos que eran moralmente responsables por el delito internacional de la Segunda Guerra Mundial puede ciertamente ser considerado como más importante que cumplir con la más bien relativa regla contra leyes ex post facto, abiertas a tantas excepciones*¹⁹⁵.

Kelsen hizo una severa crítica sobre lo actuado en Nuremberg y a la violación del principio *nullum crimen sine lege*, pero también encontró un recurso, ante la ausencia de legalidad, para legitimar las decisiones de los aliados en contra de los nazis. Dicho por un positivista como Kelsen, sus afirmaciones podrían haber mostrado el camino a

¹⁹³ Kelsen fue un ferviente defensor del positivismo y del garantismo constitucional. Para él, en oposición al ius naturalismo, todos los problemas jurídicos giran en torno a un orden jurídico establecido. En 1934 publicó su conocida obra *Teoría pura del derecho* donde desvincula el derecho de la moral y de la política. Su obra por la que es conocido en todo el mundo gira en torno al positivismo legal y el respeto al principio de legalidad.

¹⁹⁴ Ver: Kelsen, Hans, *The rule against...* op.cit. pág. 8.

¹⁹⁵ *Justice required the punishment of these men, in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the Second World War may certainly be considered as more important than to comply with the rather relative rule against ex post facto laws, open to so many exceptions.*

Hans Kelsen, *Will the Judgment ...* op. cit. págs. 164, 165.

la CSJN, cuyos ministros reconocen en el caso Arancibia, que es válido violar –ya no en el derecho internacional sino en el derecho interno– el principio de legalidad con arreglo a la Convención sobre la imprescriptibilidad.

No podemos dejar de tener presente que Kelsen afrontó esta disyuntiva en 1947 en el marco del conflicto entre postulados positivistas e iusnaturalistas, antes de que el principio de legalidad se consagrara como un derecho humano [DUDH 1948] y fuera reconocido, varias décadas después, por el Estatuto de Roma para el derecho penal internacional.

Si bien es cierto que en Nuremberg se violó dicho principio, no es menos cierto que se trató de un tribunal militar internacional, *ex post facto*, parcial, de excepción, de aplicación sólo para los nazis, creado luego de un conflicto armado internacional por el acuerdo entre las potencias vencedoras y no por un órgano legislativo.

Ante tantas excepciones Kelsen se pregunta si la jurisprudencia de Nuremberg puede servir como precedente jurídico del derecho internacional, y en 1947 publica *Will the Judgment in the Nuremberg Trial constitute a Precedent in International Law?*¹⁹⁶, donde critica el juicio de Nuremberg. Allí refiere: *La sentencia dictada por el Tribunal Militar Internacional en el juicio de Nuremberg, no puede constituir un precedente porque no estableció una nueva regla de derecho, sino que se limitó a aplicar preexistentes normas de derecho establecidas por el Convenio Internacional que concluyó el 8 de agosto de 1945 en Londres, para el enjuiciamiento de los criminales de guerra del Eje Europeo, por los gobiernos de Gran Bretaña, Estados Unidos de América, Francia y la Unión Soviética [...].*

La objeción más fuertemente formulada, aunque no la de mayor peso, es que la ley aplicada por el juicio de Nuremberg es una ley ex post facto.

No puede haber duda de que el acuerdo de Londres ofrece castigo individual por actos que, en el momento en que se realiza no son punibles, ya sea en virtud de cualquier ley nacional o internacional.

La regla en contra de la legislación retroactiva ciertamente no ha sido respetada por el Acuerdo de Londres.

¹⁹⁶ Kelsen, Hans, "The International... op. cit. pág. 8 y ss.

Sin embargo, esta regla no es válida dentro del derecho internacional¹⁹⁷, y es válida sólo dentro de la legislación nacional con excepciones importantes¹⁹⁸.

Cabe mencionar que Kelsen no guardaba buenos recuerdos de los nazis por sus malas experiencias con estos. Había emigrado a los EE.UU. y era consultor de la oficina de Crímenes de Guerra del Departamento de Guerra¹⁹⁹, cuna de la idea del juicio de Nuremberg que él criticó. Es en este contexto que Kelsen comienza a hablar del principio de efectividad de la justicia y refiere a la obligación de ésta de *castigar a aquellos que eran moralmente responsables* por los crímenes de la II° Guerra Mundial.

Sin embargo, como autor de la Constitución de Austria, no incluyó la posibilidad de violar el principio de legalidad en el derecho interno. De hecho, tiempo antes de la publicación del artículo citado, había escrito sobre la violación de este principio por parte del nazismo²⁰⁰: ...la norma contra las leyes ex post facto es uno de los métodos que hicieron que el régimen nazi sea tan odioso a los ojos del mundo civilizado, y que las potencias que libraron una guerra para destruir al régimen nazi no deben aplicar sus propios detestables principios²⁰¹.

También refiere que el castigo es exclusivamente para los “responsables morales de la Segunda Guerra Mundial” y no para los aliados, de los cuales la Argentina formó parte sobre el final de la Guerra.

¹⁹⁷ Hemos visto que el principio de irretroactividad se fue afirmando en el derecho internacional hasta ser reconocido por el Estatuto de Roma.

¹⁹⁸ Kelsen, Hans, "The rule against..." op. cit, pág. 8.

¹⁹⁹ Entre otras actividades fue profesor de derecho internacional y jurisprudencia de la Universidad de California.

²⁰⁰ Kelsen, op. cit. pág. 12.

²⁰¹ *...the rule against ex post facto laws is one of the methods which made the Nazi regime so hateful in the eyes of the civilized world, and that the powers which waged a war to destroy the Nazi regime must not apply its own detestable principles.*

En consecuencia, si la justicia estaba obligada por el principio de efectividad del derecho a castigar a los “moralmente responsables” violando el principio de legalidad, también debió hacerlo con los crímenes de los aliados.

Sin embargo, Kelsen no propone llevar a juicio a los responsables de Hiroshima y Nagasaki, ni de los de los bombardeos a ciudades alemanas, ni del ataque inglés al mercante Cap. Arcona²⁰², o de la invasión de Polonia por parte de los soviéticos al declarar la guerra a Japón mencionada por Kelsen²⁰³ como crimen de guerra²⁰⁴; o de hechos vinculados al colonialismo francés tales como la construcción del ferrocarril del Congo²⁰⁵ donde murieron cerca de 17.000 personas provenientes del Chad, sometidas a trabajos forzados, ni en la represión de 1947 en Madagascar, ni en los hechos de Argelia, ni al Almirante Chester Nimitz por abandonar a los náufragos durante la guerra del Pacífico por temor a los ataques de los submarinos²⁰⁶, entre otros tantos.

²⁰² Sobre el final de la guerra los nazis emplearon barcos mercantes para sacar a las víctimas de algunos campos de concentración para dejarlos vacíos. Debido al ataque de la *Royal Air Force* al Cap. Arcona y otros barcos, el 3 de mayo de 1945, murieron más de 7000 prisioneros.

²⁰³ Kelsen, Hans, *La Paz por Medio del Derecho [Peace Through law]*, [Chapel Hill, The University of North Carolina press, 1944] Trotta; Madrid 2003, pág. 122.

²⁰⁴ El Ejército Rojo invadió Polonia el 17 de septiembre de 1939 y al año siguiente los soviéticos produjeron la masacre de quince mil oficiales polacos. Más de cuatro mil cadáveres de estos oficiales fueron encontrados en fosas comunes en los bosques de Katyn. En un primer momento los soviéticos acusaron del hecho a los nazis, no obstante cuando la cuestión se planteó durante el juicio de Nuremberg quedó claro que los miembros de la URSS eran susceptibles de ser sentados en el banquillo de los acusados. Rusia reconoció el hecho en 1990.

²⁰⁵ El ferrocarril del Congo fue construido por la Société de Construction des Batignolles, en 1921, para unir las ciudades de Mbinda, Brazzaville y Pointe Noire.

²⁰⁶ Citado en ZUPPI, *Derecho Penal...* op. cit. pág. 313.

El caso del Almirante Nimitz fue expuesto durante el juicio de Nuremberg por la defensa del Almirante Karl Dönitz, quien ordenó a todos los submarinos alemanes no recoger náufragos después del hundimiento del Mercante inglés Laconia por un submarino alemán que rescató a más de 1000 sobrevivientes. La sentencia de Dönitz puede consultarse en el proyecto Avalon de la Universidad de Yale. La Armada de los EE.UU. en honor al Almirante Nimitz desarrolló una línea de portaaviones atómicos que lleva su nombre.

Por ello, la disyuntiva entre los postulados analizados por Kelsen es en definitiva un recurso de legitimación de las ilegales conductas punitivas de los aliados frente a su propia legislación.

El derecho penal debe establecer límites precisos y verificables de las conductas típicas, característica que no tienen las normas morales.

Por lo tanto si “los moralmente responsables” deben ser castigados no habría necesidad de probar la responsabilidad penal individual; con establecer la responsabilidad objetiva sería suficiente. [Tal como ocurre en los juicios de venganza, que son un ejemplo palmario de la aplicación de este método, como parte de una "Política de Estado" de naturaleza sistemática].

El carácter del derecho es heterónomo y somete a las personas al imperio de la ley, mientras que la moral es autónoma debido a que el sujeto debe actuar de acuerdo con su propia moral, y al aceptar los preceptos morales está en concordancia consigo mismo. Si interiormente no acepta las normas, aunque sigan vigentes para el resto de la sociedad, dejan de ser verdaderamente morales para este sujeto.

En cambio, el individuo debe cumplir con las normas jurídicas independientemente de la aceptación interior de la misma, pues la obligación es establecida por el derecho de manera objetiva.

En este sentido Hans Kelsen, en su conocida obra *Teoría pura del Derecho*²⁰⁷ expresó: *Pero es necesario tener conciencia, cuando se juzga la conformación de un orden jurídico positivo como "moral", como bueno o malo, justo o injusto, que el patrón es relativo, que no está excluida otra evaluación a partir de otro sistema moral; que cuando se considera un orden jurídico como injusto, conforme al patrón de un sistema moral, el mismo orden jurídico puede ser estimado justo, atendiéndose al patrón de otro orden moral.*

Más adelante agrega: *La validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral, que desde el punto de vista de un conocimiento dirigido al derecho positivo, una norma puede ser tomada por válida aun cuando contradiga al orden moral.*

²⁰⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México 1979, pág. 80 y 81.

Esto puede verse con claridad en el caso del incesto moralmente repudiado, sin embargo no constituye delito si es realizado por mayores de edad.

Aunque en los estados teocráticos la ley y la moral tienden a la unidad, el derecho penal no debe confundirse con la moral.

Desde el punto de vista moral los homicidios de lesa humanidad y los comunes violan los principios morales, pero si no hay ley penal que prohíba una conducta típica como los DLH no hay delito, por más grave que nos parezca.

Es frecuente que los jueces actúen empujando el derecho para dar satisfacción a reclamos sociales –frecuentemente inducidos– que pertenecen al orden político y los tomen por reclamos morales válidos de la sociedad.

No obstante, el argumento del necesario castigo a los responsables morales fue considerado por la Corte Suprema de Canadá, en los fundamentos de la sentencia del ex nazi Finta a quien alcanzaba la jurisprudencia de Nuremberg, dado que ese país no disponía de adecuados instrumentos legales para su punición.

Si los procesos de Nuremberg, según Kelsen, no pueden constituir un precedente jurídico para el derecho penal internacional, cabe preguntarse: ¿pueden constituirlo para el derecho penal interno argentino que en 2004 tomó como fuente esa jurisprudencia?, pues de allí surge la tipificación de los delitos que se acriminan en los procesos actuales.

Todo ello sin que la Argentina haya sido parte del tratado de Londres, o que los tribunales encargados de los juicios locales sean tribunales militares internacionales de excepción, o se deban a un Estatuto en lugar de a una Constitución.

Minimizando el efecto ya operado de las políticas de perdón como solución a los conflictos internos, surgió en la justicia doméstica argentina un irrefrenable deseo punitivo, digno heredero de los procesos de Nuremberg, orientado a violar los derechos de los imputados.

Pero no se advierte el peligro de incurrir en condenas injustas si el delito juzgado se considera que “ofende la conciencia universal”, sobre todo cuando los acusados han sido “moralmente condenados” y demonizados por los medios de comunicación,

desde donde los grupos de poder imponen el discurso de la supuesta “mayoría”. Naturalmente se ignora que defender los derechos de los imputados es parte de las obligaciones positivas del Estado.

En este sentido nos dice Luigi Ferrajoli: *los derechos fundamentales, según una feliz expresión de Ronald Dworkin, son derechos «contra la mayoría», también el Poder Judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente «contra la mayoría». No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque tal decisión responda a los intereses de la mayoría.*

Ninguna mayoría por aplastante que fuera, podría hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.

Por otra parte, como es obvio, el papel de control sobre las ilegalidades del poder no sólo no resulta garantizado sino que es obstáculo de cualquier relación de dependencia, directa o indirecta, del magistrado respecto de los demás poderes²⁰⁸.

11 | "MORALES" VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio básico de la justicia afirma que la ley penal, para ser aplicable, debe ser previamente conocida. En lo que concierne a la Argentina, ello ocurre a partir de su publicación en el Boletín Oficial, y contiene tres aspectos fundamentales:

1]-Exclusividad: sólo la ley puede crear y tipificar los delitos.

2]-Irretroactividad, prohibición de imponer leyes *ex post facto*, que de acuerdo con el Art. 18 de la Constitución Nacional: *Ningún habitante de la Nación argentina puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.*

²⁰⁸ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Derecho Penal y Jurisdicción*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, pág. 214.

3]-Prohibición de aplicar analogía penal: limitación que impone el Art.2° del CPPN: ...*las leyes penales no podrán aplicarse por analogía.*

Por lo tratado hasta aquí, es evidente que la CSJN no podía sostener en 2004 que la imprescriptibilidad de los DLH pertenecía a la costumbre internacional vigente, antes del tratado que la positivizó.

Tampoco puede sostenerse que la incorporación de la Convención sobre la imprescriptibilidad al derecho doméstico para perseguir delitos de la década del '70, no implica derecho penal retroactivo, en violación al principio NCSL.

El expreso reconocimiento de la violación del principio de legalidad y la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad a los nazis, quedó en evidencia en los argumentos de la ministra Argibay en su voto sobre el caso "Simón", considerando 17:

Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo.

Aunque esta supuesta intención es confusa, si atendemos al texto de los Artículos 2° y 8° de la referida Convención²⁰⁹.

Luego continúa: *[El objetivo inmediato fue remover el obstáculo que suponían las leyes nacionales sobre prescripción para el juzgamiento de crímenes cometidos durante el régimen nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945].*

Para finalizar: *el Estado argentino no podría excusarse de aplicar retroactivamente la convención de 1968.*

La profesora Patricia Ziffer coincide con la afirmación de la ministra al expresar: *...ante la posibilidad de que comenzaran a prescribir los delitos contra la humanidad cometidos en la Alemania nazi; en otras palabras, la sanción de la convención tuvo por objetivo, desde el comienzo, alcanzar los hechos que habían sido cometidos con*

²⁰⁹ Se trata de una supuesta intención en razón de lo previamente visto en el punto sobre la interpretación de los tratados.

anterioridad a su entrada en vigencia y evitar retroactivamente que estos prescribieran.

Un fenómeno similar se observa cuando se analiza su incorporación al derecho argentino.

En efecto, ella no se produce como consecuencia de un mero compromiso simbólico con relación a crímenes que no se sabe si alguna vez se cometerán, sino que es introducida como el instrumento jurídico destinado a dejar sin efecto el régimen de prescripción general para los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar²¹⁰.

El manifiesto reconocimiento de la ministra Argibay reedita los vicios de la sentencia del Tribunal de Nuremberg²¹¹ cuando el propio tribunal reconoció la violación en la que incurría:

Desde este punto de vista de este caso en particular, parecería que la máxima nullum crimen sine lege [NCSL], no es aplicable a los hechos actuales²¹². Es evidente que al aceptar la aplicación retroactiva del derecho penal, se le niega al justiciable el derecho adquirido de la irretroactividad de la ley penal, como lo destacó la sentencia N°20 de la Corte Suprema de Uruguay del 22 de febrero de 2013²¹³: no existe pretexto que justifique ignorar la normativa tutelar de derechos fundamentales como la irretroactividad de la ley penal, [Considerando IV.b.].

Para concluir: *Por otra parte y como ya ha tenido la oportunidad de expresar este*

²¹⁰ Ziffer, *El principio...* op. cit., pág. 745-762.

²¹¹ Sentencia 22, Juicio A Los Mayores Criminales De Guerra Ante El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 14 November 1945–1 October 1946, pág. 462 [1948]. Nota 19.

²¹² *On this view of the case alone, it would appear that the maxim [NCSL] has no application to the present facts.*

²¹³ Autos caratulados M.L., J.F.F., O, Denuncia excepción de inconstitucionalidad Art 1, 2 y 3 de la ley N° 18.831, IUE 2-109971/2011.

*Alto Cuerpo, los delitos cometidos durante la dictadura no constituyen delitos de lesa humanidad [cf. Sentencias Nos.887 y 1501/2011 de la Suprema Corte de Justicia]*²¹⁴.

Podemos coincidir con la ministra en que el Estado se obligó internacionalmente a partir de la firma de la Convención sobre la imprescriptibilidad, o más precisamente luego del depósito del instrumento de ratificación.

Sin embargo, ello implica que esta Convención, en todo caso, debía aplicarse retroactivamente a los nazis de las potencias del Eje Europeo, aunque no a los japoneses, ni a los aliados, ni a los franceses en Argelia, ni a los militares de los '70. Pero luego, al momento de resolver en las causas donde se ventilan casos de DLH, aniquila dicho principio.

En cuanto al Art. 18 de la CN, tiene dicho el presidente de la CSJN Ricardo Lorenzetti²¹⁵, *...es necesario obrar con suma cautela y reconocerle al derecho de gentes la condición de fuente complementaria a fin de garantizar su aplicación sin que lesione el principio de legalidad consagrado por el Art. 18 de nuestra Constitución*.

En síntesis, la tardía ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU, resultó imperiosa para ocultar la ilegalidad de la reapertura de causas finiquitadas, con el evidente propósito de acallar la conciencia jurídica de los magistrados, en particular de la CSJN, quienes alejados de la más laxa ética jurídica, con fundamento en dicho instrumento internacional, debían crear la jurisprudencia²¹⁶ necesaria para permitir la apertura de los juicios de venganza.

La ratificación de la Convención trasladó la imposibilidad jurídica de reapertura de las causas en el orden interno, al ámbito del dogma y la costumbre internacional, inaugurando un "nuevo derecho" para el que una judicatura, presionada e inapropiadamente capacitada, tampoco presentó mayor disidencia.

²¹⁴ Obsérvese que Uruguay –a diferencia de la Argentina– adhirió al Estatuto de Nuremberg.

²¹⁵ Lorenzetti, *Derechos Humanos...* op. cit. pág. 39.

²¹⁶ Véase el compromiso de los ministros con Kirchner en "Condicionamiento de la Corte" en el capítulo XII, T.II.

12 | LA PRÁCTICA "MORAL" DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Luego de Nuremberg y hasta la entrada en vigor del Estatuto de Roma, que reconoce específicamente la vigencia del principio de legalidad en el derecho penal internacional, ha existido un recurrente argumento que justifica la violación de este principio por parte de los tribunales internacionales, con fundamento –como hemos visto– en su obligación estatutaria donde no está incluido dicho principio. En este sentido Antonio Cassese, ex juez del TPIY, ha reconocido que en el período de post guerra, la estricta prohibición legal de emplear leyes *ex post facto* no había encontrado expresión en el derecho internacional²¹⁷.

En oportunidad de dictar sentencia en los juicios celebrados en Berlín el 5 de marzo de 1947, en los términos de la ley 10 del C.C., los jueces expresaron:

La norma ex post facto no puede aplicarse en el ámbito internacional como se hace en virtud del mandato constitucional en el ámbito doméstico [...]

A modo de ejemplo, nosotros observamos que la Ley 10 del CC, artículo IIº, 1 [b], "Crímenes de Guerra", por referencia ha incorporado las normas por las que los crímenes de guerra se deberán identificar.

En todos estos casos queda sólo para la Corte, luego de la acción del Common Law, determinar el contenido de esas normas bajo el impacto de condiciones cambiantes.

Cualquiera sea el punto de vista a considerar referente a la naturaleza y a la fuente de nuestra autoridad bajo la Ley 10 C C y bajo el derecho internacional común, la norma ex post facto bien entendida, no constituye una barrera legal ni moral para el procesamiento en este caso. El derecho internacional no es el producto de un estatuto por la sencilla razón de que no hay una autoridad mundial facultada para promulgar estatutos de aplicación universal.

²¹⁷ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, pág. 72.

*El derecho internacional es el producto de tratados multilaterales, convenciones, fallos judiciales y el uso consuetudinario que han recibido aceptación internacional o aquiescencia. Sería un absurdo total sugerir que la regla ex post facto, como se la conoce en los Estados constitucionales, se pudiera aplicar a un tratado, un derecho consuetudinario, o a una decisión de Common Law de un tribunal internacional, o a la aquiescencia internacional que sigue el caso. Haber hecho el intento de aplicar el principio ex post facto a las decisiones judiciales del derecho internacional común, habría sido como estrangular esa ley en su nacimiento*²¹⁸.

En este punto cabe preguntarse qué es una norma ex post facto bien entendida, y quiénes son los encargados de su aplicación. No obstante, obsérvese que esta sentencia fue dada el año anterior [1947] a la aceptación y el reconocimiento por parte de la ONU de la DUDH [1948] y en consecuencia del principio de legalidad en el consenso de las naciones. Pese a ello, la violación a dicho principio fue aceptada durante un

²¹⁸*The ex post facto rule cannot apply in the international field as it does under constitutional mandate in the domestic field*²¹⁸[...]

By way of illustration, we observe that C.C. Law 10, Article II°, 1 [b], “War Crimes”, has by reference incorporated the rules by which war crimes are to be identified. In all such cases it remains only for the Tribunal, after the manner of the common law, to determine the content of those rules under the impact of changing conditions.

Whatever view may be held as to the nature and source of our authority under C.C. Law 10 and under common international law, the ex post facto rule, properly understood, constitutes no legal nor moral barrier to prosecution in this case.

Under written constitutions the ex post facto [...] rule cannot apply in the international field as it does under constitutional mandate in the domestic field.[...]

International law is not the product of statute for the simple reason that there is as yet no world authority empowered to enact statutes of universal application. International law is the product of multiparty treaties, conventions, judicial decisions and customs which have received international acceptance or acquiescence. It would be sheer absurdity to suggest that the ex post facto rule, as known to constitutional states, could be applied to a treaty, a custom, or a common law decision of an international tribunal, or to the international acquiescence which follows the event. To have attempted to apply the ex post facto principle to judicial decisions of common international law would have been to strangle that law at birth.

United States Trials Of War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunal Under Control Council Law N°.10, [1951] pág. 974–75. El caso de la Justicia fue incoado por el Tribunal Militar III creado por el Gobierno Militar para Alemania, que procesó a juristas nazis por asesinato judicial y otras atrocidades que fueron cometidas destruyendo el derecho y la justicia en Alemania, utilizando formas vacías de un proceso legal para la persecución, la esclavitud y el exterminio a gran escala.

tiempo en el derecho penal internacional, pues de lo contrario no podrían haberse celebrado los juicios posteriores al de Nuremberg [1945/46].

El holandés Bert Röling, juez del tribunal de Tokio, fue más lejos. En su opinión separada en el caso "Araki", con relación al principio de legalidad expresó:

*Si el principio de "nullum crimen sine lege previa" ["no hay delito sin ley previamente declarada"] fuera un principio de justicia [...], el Tribunal estaría obligado a excluir, por esa misma razón, todos los crímenes creados en el Estatuto ex post facto, siendo el primer deber del Tribunal para hacer justicia. Sin embargo, esta máxima no es un principio de justicia, sino una regla de la política, válida sólo si se ha expresamente adoptado con el fin de proteger a los ciudadanos contra la arbitrariedad de los tribunales [...], así como de la arbitrariedad de los legisladores [...] [L]a prohibición de la ley ex post facto es una expresión de sabiduría política, no necesariamente aplicable en las actuales relaciones internacionales. Esta máxima de la libertad puede, si las circunstancias lo requieren, ser ignorada incluso por las potencias victoriosas en una guerra librada por la libertad*²¹⁹.

Pese a estas afirmaciones –anteriores a que la ONU aprobase la DUDH– no podemos perder de vista que las potencias vencedoras, particularmente los EE.UU., también violaron los derechos de la población civil de Japón y de Alemania, así como Rusia²²⁰ hizo lo propio en sus procesos internos; consecuentemente reclamaron a los vencidos

²¹⁹ *If the principle of "nullum crimen sine praevia lege" ["no crime without previously declared law"] were a principle of justice [...] the Tribunal would be bound to exclude for that very reason every crime created in the Charter ex post facto, it being the first duty of the Tribunal to mete out justice. However, this maxim is not a principle of justice but a rule of policy, valid only if expressly adopted, so as to protect citizens against arbitrariness of courts [...] as well as the arbitrariness of legislators [...] [T]he prohibition of ex post facto law is an expression of political wisdom, not necessarily applicable in present international relations. This maxim of liberty may, if circumstances necessitate it, be disregarded even by powers victorious in a war fought for freedom.*

²²⁰ Stalin fue responsable de la ejecución de millones de personas; estableció una serie de matanzas masivas de opositores, la Gran Purga, los pogromos contra los judíos, etc. Durante el período stalinista se estima que fueron asesinadas por razones políticas entre 17 y 20 millones de personas. Véase Richard Edgar Pipes, "Legalized lawlessness. Soviet Revolutionary Justice". London Institute for European Defence & Strategic Studies, 1986. Pipes es un académico de origen polaco especializado en historia de Rusia.

por delitos vinculados a la guerra, pero quedaron impunes los perpetrados por los aliados.

Antes del inicio de los juicios de la ex Yugoslavia –durante la década del '90– ya existían varios instrumentos internacionales que reconocían el principio²²¹ de legalidad, como la DUDH [1948], las Convenciones de Ginebra [1949], el CEDH [1950], la CADH [1969], la CVDI [1980], etc., pero técnicamente los jueces de los Tribunales Internacionales no tenían un impedimento convencional que evitase la violación de este principio –más a allá de su conciencia de hombres de derecho–, y continuaron afirmando la ausencia del mismo en el derecho penal internacional²²², ya que como magistrados internacionales estaban sujetos al estatuto del tribunal²²³ y a los intereses del Consejo de Seguridad, pero no a pactos, tratados y convenciones que obligan a los estados signatarios y consecuentemente a sus jueces nacionales. Por lo tanto ante el principio *NCSL*, los jueces internacionales no estaban obligados en el mismo sentido que los magistrados nacionales.

Sin embargo en algunas oportunidades estos jueces han interpretado sus estatutos²²⁴ a la luz de un tratado que obliga a los estados signatarios, tales como la CVDI. Los estatutos para los TPI de la ONU no constituyen tratados en sí y abrevan en la costumbre internacional. Sus jueces, al no contar en dichos estatutos²²⁵ con la

²²¹ Ver la carta dirigida por el representante de los Países Bajos al Secretario General de la ONU, en razón de la implementación de un tribunal internacional para juzgar los delitos de la ex Yugoslavia, consignada más adelante.

²²² Caso IT-96.21-T cons. 403, 16 de noviembre de 1998 de Yugoslavia, también sentencia del caso ICTR-98-44-T cons 43, del 11 de mayo de 2004, del tribunal de Ruanda.

²²³ Los estatutos para los tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda no contienen en su texto el principio de legalidad reconocido expresamente como derecho aplicable.

²²⁴ Kanyabashi vs. Prosecutor, Case No. ICTR-96-15-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on the Jurisdiction of Trial Chamber I, Joint and Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, inc. 15 [June 3, 1999]; Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, inc. 18 [Aug. 10, 1995].

²²⁵ Entre los derechos de los acusados reconocidos por el Estatuto de la CPIY se estableció el principio de cosa juzgada, Art. 10, pero no se hizo lo propio con el principio de legalidad como expresamente lo incluye el texto del Estatuto de Roma. No obstante el considerando 29 del Informe del Secretario General S/25704 del 20 de mayo de 1993 acerca del Estatuto para la CPIY dice:

obligación positiva de respetar el principio de legalidad, se recuestan en la costumbre internacional cuyo principal antecedente son los procesos de Nuremberg, en los que el principio de legalidad fue violado con la creación del crimen de agresión, los delitos de lesa humanidad y la persecución de la responsabilidad penal individual, por la que hasta entonces respondían los estados.

En razón de ello numerosos autores sostienen que en el derecho internacional, el principio de legalidad no se interpreta de manera estricta como en el derecho interno, debido a que el derecho consuetudinario constituye para los tribunales internacionales la ley aplicable.

Hemos visto que la costumbre internacional se construye a partir de la observación de prácticas estatales generalizadas susceptibles de ser consideradas derecho. En consecuencia, el principio de legalidad que se encuentra positivizado en la mayoría de las constituciones de los estados, indudablemente constituye una costumbre internacional de carácter general ¿cuál es la razón, entonces, para violar este principio en el derecho internacional? La respuesta está vinculada a los intereses de las potencias.

Es este punto donde los jueces suelen, en sus sentencias, apelar a los fundamentos morales en el afán de hacer coincidir la ley con la moral. Frente a delitos internacionales, las condenas pasan a estar moralmente justificadas, flaquean los principios del derecho y nace el estado de excepción. Es común que los fundamentos de las sentencias tomen la jurisprudencia como fuente de derecho –tal como ocurre en el Common law anglosajón– y dejen de lado la ley, única fuente de derecho en un sistema positivista como el nuestro. Aunque la Argentina honrando la ley escrita haya rechazado los procedimientos propios de Common law interponiendo una reserva al momento de aprobar la Convención de Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial [ley 23.480 BO: 23-IV-1987] estableciendo en su Art. 2: *En el momento de depositarse el instrumento de adhesión, deberá formularse la siguiente declaración: La República Argentina no cumplirá los exhortos que tengan*

29- Cabe señalar que, al confiar al Tribunal Internacional la tarea de enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, el Consejo de Seguridad no estaría creando normas de derecho internacional ni tratando de "legislar" respecto a ese derecho, sino que el Tribunal Internacional se encargaría únicamente de aplicar el derecho internacional humanitario.

por objeto un procedimiento conocido en los Estados del Common Law, por el nombre de Pre trial Discovery of Documents (exhibición de documentos antes del juicio).

En el derecho doméstico, los cuestionamientos comienzan cuando los jueces abandonan su rol de administrar justicia conforme a normas positivas, –de acuerdo con el juramento que hicieron al asumir como magistrados, de "respetar" y hacer respetar la Constitución Nacional– y se convierten en la autoridad moral de la sociedad.

Inconducta en la que incurrieron muchos jueces federales del período "kirchnerista", caracterizado por la escandalosa corrupción de los agentes del Estado –de la que la justicia no es ajena– pues ninguna causa vinculada con estos delitos tiene otro destino que la prescripción, el sobreseimiento, la absolución o la falta de mérito, salvo la excepcional condena de la ex ministra de economía Felisa Micheli, quien reconoció que su procesamiento se debió al hecho de no pertenecer a ninguna estructura²²⁶.

Aunque en la Argentina no había mayores antecedentes del compromiso entre la moral y la justicia, el problema no es nuevo en el mundo. Remite a la controversia²²⁷ entre el positivismo y el iusnaturalismo y revela el deseo punitivo de quienes consideran determinados hechos un injusto, que debe ser castigado independientemente de las posibilidades legales de poder hacerlo. De esta manera la discusión pasa del plano legal al moral, en el que se torna subjetiva.

²²⁶ Un informe de la OEA, de marzo de 2013, señala que entre 2007 y 2010 prescribieron 63 causas penales por corrupción y hubo una sola sentencia firme, que fue absolutoria. Un juez federal dijo al comité de la OEA que esto sucedía porque el Poder Judicial está congestionado por las causas de derechos humanos. Manfroni Carlos, Opinión, Clarín, 29/9/13.

En ese mismo sentido, en Radio Sudamericana de Corrientes Capital, el periodista Natalio Aides entrevistó a los doctores Resoagli y González, quienes afirmaron que la presidente del TOF Corrientes, Dra. Badaro, dijo en presencia de ambos que había recibido la orden de terminar el juicio que estaba celebrando por delitos comunes, para iniciar los juicios por DLH.

²²⁷ Uno de los debates conocido fue publicado en la *Harvard Law Review* en 1958, sostenido entre H.L. Hart quien argumentaba que la ley y la moral deben permanecer separados y Lon L. Fuller quien opinaba que la moral es fuente de poder vinculante de la ley. Hart, H. L. A. [1958]. "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review* 71 [4]: 593–629. Fuller, Lon L. [1958]. "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart". *Harvard Law Review* 71 [4]: 630–672.

Esta situación se agrava cuando organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos, encargado de velar por el cumplimiento de las previsiones del PIDCP, propugna la violación del mismo pacto que tutela.

En efecto, en 2000, en oportunidad de emitir sus observaciones finales en el caso Argentina²²⁸, en el inc. 9 bajo el título “Principales motivos de preocupación y recomendaciones”, dijo: *Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos 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.*

Tal recomendación es una clara incitación a violar el principio de legalidad, consagrado como derecho humano en el Art. 15 del propio pacto por el que debe velar dicho Comité. Pero lo más grave no radica en la recomendación en sí que no pasa de ser sólo “una recomendación”, sino el hecho de que la ministra de la CSJN Highton de Nolasco cite esta desafortunada frase entre los fundamentos de su voto en el caso “Simón”²²⁹, ignorando que la Argentina efectuó la correspondiente “reserva” al inc. 2º de ese artículo.

En ese sentido el ministro Zaffaroni advirtió con relación a las invocaciones al derecho internacional, en el considerando 25 de su voto en el mismo caso:

...La invocación de un derecho supralegal para desconocer los límites de la legalidad siempre es peligrosa, pues todo depende de quien establezca lo que es o se pretende natural.

Más adelante agrega: *reconocer injustos o ilícitos supralegales importa admitir también justificaciones supralegales.* Luego dice: *...no es necesario perderse en las alturas de la supralegalidad, cuando el derecho internacional de los Derechos Humanos, [...] forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del Art. 75 de la Constitución Nacional...*

El ministro olvida que ese derecho internacional es “complementario” de los derechos y garantías constitucionales y no derogan artículo alguno de la primera parte de la CN.

²²⁸ CCPR/CO/70/ARG, 15 de noviembre de 2000.

²²⁹ Inc. 27.

Por otra parte la aplicación de leyes retroactivas cuya prohibición es propia de un estado de derecho, es considerada por algunos un mal menor ante una situación de excepción cuando deben ser castigados quienes ofenden con sus delitos a la humanidad.

Esta corriente de pensamiento tuvo su momento de discusión y apogeo en los procesos posteriores a Nuremberg, en los que se alcanzó el cenit del deseo punitivo de los aliados contra el nazismo y se hizo primar el criterio moral de los vencedores.

Desde ya que es espantoso imaginar a seres humanos ingresando a una cámara de gas, pero no es menos horrible que imaginar a una niña de 10 años a las 8 de la mañana del lunes 6 de agosto de 1945, preparándose para ir al colegio en Hiroshima. Sólo 15 minutos después Paul Tibbets al mando del B-29 “Enola Gay”²³⁰ lanzaba la bomba nuclear sarcásticamente llamada “Little Boy”.

*En los primeros nueve segundos murieron 100.000 personas y otras cien mil quedaron heridas, muchas de ellas de gravedad*²³¹. Esa niña quedó virtualmente asada por el calor de la bomba que en su núcleo generó cincuenta millones de grados centígrados, o padeció cáncer durante años hasta morir.

Esta hipotética situación permite entrever que la moral de los vencedores puede ser tan criticable como la de los vencidos²³².

No obstante, cuando los vencedores saltaron del plano de la guerra al judicial, –sin que esto signifique justificar las barbaridades del nazismo–, fue necesario demonizar al vencido para justificar las violaciones al derecho que aplicaría el vencedor.

La demonización, nos dice el profesor Carlos Lascano, *es la técnica retórica e ideológica de presentar a entidades políticas, étnicas, culturales o religiosas como*

²³⁰ Nombre de la madre del piloto del B-29.

²³¹ Paul Tibbets, "Nunca perdí una noche de sueño por Hiroshima". *La Nación*, Lunes 14 de octubre de 2013. Reportaje al piloto del Enola Gay.

²³² Pese a que la bomba de Hiroshima le facilitó ganar la guerra a los EE.UU., el "Enola Gay" nunca fue exhibido en el Museo Nacional del Espacio en Washington.

radicalmente malas y nocivas, como forma de justificar un trato político, militar o social diferenciado, normalmente adverso.

En la demonización, la influencia pública de un individuo o sector con un grado elevado de visibilidad –como el gobierno o los medios de comunicación de masas– se pone en juego para estimular una reacción de descrédito que elimine las restricciones morales o legales para actuar en detrimento del grupo demonizado. La demonización del otro transforma al demonizador en alguien tan indiscutible como Dios²³³.

Los nazis fueron un caso extremo del empleo de esta práctica contra judíos y gitanos, pero el "kirchnerismo" tampoco fue ajeno a ello, cuando instaló en la opinión pública la demonización de los militares de los '70, estaba abriendo las puertas a las violaciones –moralmente justificadas–, que vendrían más tarde.

Reemplazar la ley positiva, discutida y votada por los representantes del pueblo, a la que la sociedad ajusta sus conductas, por las categorías morales surgidas del criterio de los jueces puestos a interpretar la moral de la sociedad, es muy peligroso para la libertad, por más razonable que este criterio nos parezca.

En este caso un juez tendría la oportunidad que le brinda un sistema tolerante, de crear derecho e imponer un criterio basado en sus propias categorías morales.

Si a ello se agrega la carga ideológica, el imputado no puede esperar otra cosa que el derecho penal de enemigos.

Cuando ese juez ignora la ley que juró aplicar y se rige por una "Política de Estado", termina violando su juramento, pierde su independencia y socava los cimientos de la República.

En los juicios de venganza se procura minimizar el derecho positivo vigente en la época de los hechos y reemplazarlo por otro derecho positivo supra legal con supuestos fundamentos en la costumbre y los valores morales de la sociedad.

²³³ Carlos Julio Lascano, "La demonización del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización en derecho penal de autor". En Meliá, Gómez, op. cit. pág., 230. Carlos Lascano es profesor titular de la Universidad de Córdoba. Argentina.

Tradicionalmente ha sido la Iglesia Católica y no los jueces, la que tutelaba la moral pública y se encargaba de dar satisfacción a su demanda, propugnando el arrepentimiento y el perdón. En este ámbito el castigo siempre es moral.

No obstante, en lo secular, si bien la aplicación de la ley por parte de los tribunales crea conductas morales, no es función de los jueces establecer criterios de moralidad; en todo caso es una función que ejerce el legislador, pues es quien moldea la sociedad al prohibir o permitir determinadas conductas sociales por medio de las normas.

Si los legisladores decidieran despenalizar la droga, por ejemplo, estarían estableciendo nuevas reglas morales que los jueces deberían hacer cumplir. En este sentido los legisladores actúan creando la norma antes de que ocurran los hechos, mientras que los jueces actúan después interpretándola; en consecuencia, ante la ley una persona puede optar en libertad entre cumplirla o violarla, pero ante un juez puesto a legislar, el imputado no tiene opciones y queda sometido a su arbitrio.

En oposición al positivismo jurídico de Kelsen, la propuesta del naturalismo jurídico de Radbruch vincula la moral con el derecho penal.

Cuando *la contradicción de la ley positiva con la justicia*, dice este, *alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que “derecho injusto” ha de ceder ante la justicia*²³⁴.

El filósofo del derecho Robert Alexy²³⁵ de la universidad de Kiel, parafraseó a Radbruch expresando: *el derecho extremadamente injusto no es derecho*, en un artículo sobre *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal acerca del caso de los tiradores del muro* [en alusión al muro de Berlín construido durante la Guerra Fría].

Por consiguiente, según esta tesis, frente a ciertos hechos el derecho positivo debe ceder ante la injusticia, empero se corre el riesgo de que la aplicación de un derecho supuestamente “justo” aplicado por jueces dispuestos a violar el principio de

²³⁴ G. Radbruch, “*Gesetzliches Untrecht und übergesetzliches Recht*” 1946, en Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann -editor-, Heidelberg, 1990, T. III, pág. 89.

²³⁵ Robert Alexy toma el normativismo de Kelsen y la doctrina de Radbruch.

legalidad, por la necesidad moral de aplicar justicia, se torne también en derecho extremadamente injusto.

Los juicios internacionales –que inspiran a los juicios de venganza domésticos y en consecuencia es inevitable la comparación– han demostrado que se impone el criterio moral del grupo dominante y el derecho del deseo punitivo del vencedor.

Ello no sólo ocurrió en Nuremberg, ya que también quedaron impunes los crímenes de la OTAN en la guerra de la ex Yugoslavia²³⁶ entre otros casos, donde los vencedores decidieron la suerte de los vencidos.

Aunque en el caso de los juicios de venganza no se trata específicamente de juicios promovidos por vencedores de un conflicto, el tiempo transcurrido desde los años '70 ha permitido a los vencidos de entonces convertirse en los vencedores políticos del presente²³⁷ y operar, con los recursos del Estado, un desquite sin la violencia terrorista del pasado; además de representar un paradigma regional para las organizaciones armadas que tuvieron un destino similar.

²³⁶ Zolo, Danilo, en su libro, *La Justicia de los vencedores, de Nuremberg a Bagdad* refiere estas circunstancias: *Cuando se presentaron ante el tribunal [TPIY] tres denuncias formales por parte de una delegación de parlamentarios rusos del gobierno de Belgrado y un grupo de acreditados juristas canadienses guiados por Michael Mandel, la fiscal general Carla del Ponte, decidió Tout court archivar estas denuncias por considerarlas manifiestamente infundadas, sin dudar en poner a la justicia internacional al servicio de las potencias de las cuales el Tribunal dependía política y financieramente.* Op. cit. pág.53.

Entre las acusaciones estaba el empleo de proyectiles con uranio empobrecido. Tampoco intervino la Corte Penal Internacional de la Haya, *aún teniendo plena competencia. Por decisión de su procurador general, Moreno Ocampo, la Corte ha rechazado, sin realizar ninguna investigación, más de 240 denuncias por crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos por las tropas angloamericanas, en particular en Faluya. El argumento usado por el procurador es ridículo: la falta de dolo por parte de los agresores.* Pág. 18.

²³⁷ La presencia de "vencidos" que en el fondo no lo fueron, y de "vencedores" que no se sabe si lo serán, evidencia la naturaleza política del conflicto asimétrico, donde no hay capitulaciones militares que den por finalizado el enfrentamiento.

Las discusiones sostenidas en torno a los procesos de Nuremberg²³⁸ fue reflejada, con cierto espíritu crítico, por el presidente de la Corte Ricardo Lorenzetti en el considerando 18 de su voto en el caso "Simón", donde expresó:

... la reacción alemana frente a las atrocidades del nazismo provocó un poderoso movimiento teórico de resurgimiento del iusnaturalismo, del que se hicieron eco varias sentencias emanadas del Tribunal Constitucional de dicho país. La apelación a un derecho supra legal se llevó a cabo especialmente por la vía de la "naturaleza de las cosas"²³⁹. Cabe advertir que media una notoria diferencia entre el momento en que este debate tuvo lugar y el presente.

En la posguerra no había constitución en Alemania; la Constitución de la República Federal se sancionó en 1949 y en ese momento las perspectivas de la Carta de Bonn no eran mejores que las de Weimar treinta años antes.

Es visible que la CSJN, pese a su deber de regirse por la Constitución, no está muy alejada de las conductas iusnaturalistas de los tribunales de post guerra alemanes, pues el ejercicio de contralor moral de la sociedad que la Constitución no le asigna, quedó expresado en los votos de sus ministros.

Dijo el ministro Maqueda en el caso "Arancibia Clavel":

22º] Que, en estos casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas [sometidas a persecuciones provenientes de una organización criminal sustentada en la estructura estatal] corresponde atender a una interpretación dinámica de dicha cláusula constitucional para responder [en el estado de avance

²³⁸ Participaron, en mayor o menor medida, Hans Kelsen y G. Radbruch, –ambos víctimas de la represión nazi sobre académicos en las universidades de Alemania– el inglés H.L.Hart, Lon Fuller, Hannah Arendt –a quien en 1937 los nazis le retiraron su nacionalidad alemana– Bert Röling, Hedley Bull, entre otros.

²³⁹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: sobre ello, Alessandro Baratta, "La teoría della natura del fatto alla luce della 'nuova retorica'", Milano, Giuffré, 1968; Luis Recaséns Siches, "Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable", México, UNAM, 1971; Ernesto Garzón Valdés, "Derecho y 'naturaleza de las cosas', Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo", Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1970.

cultural actual] a los requerimientos de un debido castigo para aquellos que cometen crímenes contra el delito de gentes²⁴⁰.

También el ministro Maqueda refirió en su voto a la jurisprudencia de la CIDH, en el caso Arancibia considerando 28, sin tener en cuenta la reserva interpuesta por la Argentina al momento de la firma del CADH²⁴¹, acerca de las normas de *ius cogens* y la obligación moral dijo:

28º] *Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*²⁴² *ha definido el concepto de ius cogens en el sentido de que deriva de conceptos jurídicos antiguos de "un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir" y "como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas".*

*Su principal característica distintiva es su "relativa indelebilidad", por constituir normas del derecho consuetudinario internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. Se considera que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obliga [a diferencia del derecho consuetudinario tradicional] a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia*²⁴³.

²⁴⁰ Es evidente que el ministro Maqueda debió decir "derecho de gentes". Además ha omitido tener presente que el Art. 118 de la CN cuando refiere al derecho de gentes lo hace en relación a delitos cometidos... *fuera de los límites de la Nación...*, cuestión que se tratará más adelante.

²⁴¹ La Argentina interpuso una reserva por la que reconoce la competencia de la Corte IDH con posterioridad a la firma del CADH, por lo que en este caso la referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH es estéril. La ley 23.054 sancionada el 1 de marzo de 1984 contiene el texto de la reserva interpuesta al momento de la firma del pacto, que los magistrados no pueden ignorar.

²⁴² Ver informe 62/02, caso 12.285 Michael Domínguez v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002.

²⁴³ Párrafo 49, con cita de CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párrafo 55.

13 | ESTADO DE EXCEPCIÓN

La supuesta obligación moral que sienten los jueces ante las acciones llevadas a cabo para detener el terrorismo en los '70, que no es extensiva a cuestiones vinculadas a la corrupción o al narcotráfico, justifica su apartamiento del derecho positivo y el reconocimiento de un estado de excepción en el cual los derechos humanos básicos del imputado son violados.

En ese sentido, el mismo ministro Maqueda expresa en el caso "Simón", considerando 92:

... El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional.

Suponer que la punición del antiterrorismo de los '70 garantiza que no existirá repetición de conductas similares en el mundo, es tan temerario como afirmar que los hechos de Yugoslavia o de Ruanda se debieron a que previamente no se había castigado lo ocurrido en la Argentina, o tal vez el ministro suponga que en razón de los actuales procesos en el país, se detendrán las violaciones de derechos humanos del gobierno chino sobre el Falun Gong²⁴⁴, o de Siria, Líbano, Palestina, Egipto, Pakistán, Afganistán, Irak, Kuwait, Cuba, o el ataque del grupo Boko Haram sobre la escuela secundaria para niñas de Chibok al norte de Nigeria, entre otros.

Nótese que el ministro Maqueda refiere taxativamente al "castigo", prohibido por el Art. 18 de la CN; y su argumentación remite claramente a la teoría de la pena conocida como "prevención general negativa" a la cual Righi califica de peligrosa por: *... su tendencia a favorecer el "terror penal" como ocurrió en la Baja Edad Media con la práctica de generaciones ejemplares*²⁴⁵.

²⁴⁴ Falun Gong es una disciplina derivada del movimiento Qigong, que combina ejercicios físicos suaves y meditación, centrados en valores morales basados en la tolerancia y la compasión, que tuvo un fuerte crecimiento. En 1999 el Partido Comunista chino lanzó una campaña contra los partidarios del Falun Gong que incluyó, según Amnesty International, persecuciones, tortura sistemática y detenciones arbitrarias.

²⁴⁵ Righi, Esteban, "Teoría de la Pena", Hammurabi, De Palma, Buenos Aires, 2001, pág. 24.

Los juicios de venganza en definitiva, se reducen a encontrar los mejores recursos que permitan violar los derechos humanos afirmando que se actúa en pro de éstos, condenando a quienes obedecían las disposiciones de un derecho válido para un espacio y un tiempo determinados.

De ello advirtió el juez alemán del tribunal para la ex Yugoslavia, Wolfgang Schomburg, quien emitió su voto en disidencia en el caso Stanislav Galic²⁴⁶.

*Sería perjudicial no sólo para el Tribunal, sino también para el futuro desarrollo del derecho internacional penal y la jurisdicción penal internacional si nuestra jurisprudencia da la apariencia de inventar delitos, politizando, por lo tanto, altamente su función, donde la conducta en cuestión era sin lugar a dudas penalizada en el momento en que tuvo lugar*²⁴⁷.

Es oportuno observar que aún en casos excepcionales, como puede ser un estado de guerra, la vigencia del principio de legalidad, así como sus corolarios, es reconocida por las Convenciones de Ginebra [DIH], y no puede ser suspendida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como lo consagra el inc. 2 del Art. 27 de la CADH y el Art. 15 del CEDH.

13.1 | COSTUMBRE PUNITIVA

Una vez, creada la necesidad moral de castigar las conductas de los militares, –debido a que "ofenden a la humanidad" y porque su punición es "garantía de no repetición"–, queda justificada la imposición del pernicioso "estado de excepción", recurriéndose al derecho consuetudinario internacional para eludir las protecciones del principio NCSL, según la interpretación de algunos autores, como veremos seguidamente.

²⁴⁶ IT-98-29-A considerando 21.

²⁴⁷ [i]t would be detrimental not only to the Tribunal but also to the future development of international criminal law and international criminal jurisdiction if our jurisprudence gave the appearance of inventing crimes –thus highly politicizing its function– where the conduct in question was not without any doubt penalized at the time when it took place.

Tal como lo afirma el ministro Maqueda en el considerando 57 de su voto en el caso Arancibia: *...Es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo –formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional– que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.*

Claus Roxin nos ilustra acerca de las cuatro consecuencias que devienen del principio de legalidad:

1º] La prohibición de la analogía [*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*],

2º] La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena [*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*],

3º] La prohibición de retroactividad [*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*],

4º] La prohibición de leyes y penas indeterminadas [*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*]

Sobre el segundo punto, nos dice el autor: *En otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario [no escrito]. Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por derecho consuetudinario, es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar legalmente*²⁴⁸.

Ello coincide con lo afirmado por Hans Heinrich Jescheck: *El principio de legalidad implica en primer término la exclusión del Derecho consuetudinario. Esto significa que por esa vía no puede crearse ningún tipo penal ni ninguna agravación punitiva [*nullum crimen sine lege scripta*]. De este modo, la reserva legal se halla más*

²⁴⁸ Roxin, Claus, *Derecho Penal* parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, 2da edición Civitas, Madrid, 1997, pág. 140.

rotundamente formalizada en el Derecho penal que en cualquier otro ámbito jurídico...²⁴⁹

*La razón de la marginación del Derecho consuetudinario radica en que la exigencia de las normas penales sólo puede ser establecida por la representación del pueblo, como valedora suprema de la voluntad popular, en el procedimiento previsto para legislar [fundamentación democrático-representativa del principio de legalidad] ...*²⁵⁰

En el caso que nos ocupa el derecho quedó entonces sometido a la política, tal como sostenía el filósofo del régimen nazi Carl Schmitt²⁵¹ en oposición a Kelsen.

14 | EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Con relación al principio de legalidad en el derecho internacional, el juez Héctor Schiffrin, en oportunidad de dictar sentencia en el caso Schwammberger, de la Cámara Federal de La Plata, Sala III, el 30 de agosto de 1989, expresó:

30. No puede menos que compartirse, por lo dicho, lo que expresa al respecto Jean Graven, acerca de que la máxima "no hay delito ni pena sin ley" es una máxima de derecho nacional hecha para estados que han terminado de numerar un arsenal de penas minuciosamente previsto en códigos escritos, el catálogo exhaustivo de los

²⁴⁹Esta nota pertenece al texto original transcripto: Jescheck, Hans Heinrich, profesor de Derecho en la Universidad de Friburgo de Brisgovia, Director del Max-Planck-Institutsm, Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Tratado de Derecho Penal, Parte General, Cuarta Edición completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego; Editorial Comares – Granada, 1993, pág. 119.

²⁵⁰Esta nota pertenece al texto original transcripto: Jescheck, *Tratado...* op.cit, pág. 119.

²⁵¹ García Pascual, C., "Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°2/1999.

"delitos y las penas" y que por lo tanto no es aplicable en un plano no fijado y en plena formación como es el Derecho Internacional.²⁵²

31. Concordantemente, un gran penalista, y un gran demócrata italiano, el Prof. Giuliano Vassalli se refiere a las críticas basadas en el principio "nullum crimen", etc., a los juicios a los criminales de guerra, y añade que "una reflexión más madura, inclusive en el plano rigurosamente jurídico ha conducido actualmente a la doctrina penal e internacionalística ...a la común comprobación de que en el derecho internacional penal, al menos hasta hoy, no vale ni puede valer el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas... la realidad es que en la materia de la punición de los delitos contra la humanidad domina por ahora, totalmente, el recurso a la ley penal retroactiva [si bien en un plan puramente formal],... sea en el caso en el cual se trate de leyes penales nacionales inspiradas en el principio de reprimación de valores morales o internacionales violados, sea en el caso en el cual se trate de tribunales instituidos sobre la base de acuerdos internacionales en los que una pluralidad de Naciones deciden la ley a aplicar extrayéndola... de superiores leyes de humanidad y de principios propios del orden internacional violado". El catedrático de Roma expresa en nota añadida al pie de página que: "A estas o análogas conclusiones llegan los estudiosos más calificados de todos los países"²⁵³.

Finalmente Schifffrin agrega: Ocurre que en el plano internacional, donde no hay estado, ni órganos soberanos comunes, ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, integridad, libertad, patrimonio, contra los desbordes de los estados particulares, se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el "nullum crimen, nulla poena sine lege

²⁵² Esta nota pertenece al texto original transcritto: "De la justice internationale a la paix", Revue de Droit Internacional. 1947, N° 1, pág. 13 [cita tomada del Artículo de Eduardo L. Fermé, "Crímenes de guerra y de lesa humanidad. Su imprescriptibilidad", Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley N° 1, enero/marzo de 1971, pág. 30 y sigs. cit. en pág. 38].

²⁵³ Esta nota pertenece al texto original transcritto: entre los que pueden enumerarse: Glaser, "Infraction Internationale", Bruxelles e París, 1957, pág. 4 y sigs.; Dahm, "Zur Problematik des Völkerstraf-rechts", Göttingen, pag. 55 y sigs.; Menzel, "Völkerrecht", München, 1962, pág. 296 [he traducido del Artículo de Vassalli "Nullum crimen sine lege", publicado en el "Novissimo Digesto Italiano", artículo del que dispongo en separata de Unione Tipográfico-Editrice Torinese; vid. pág.19].

jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella.

En relación a lo enunciado por el magistrado de la Cámara Federal platense, la profesora Ziffer expresó: *Se ha sostenido [téngase presente lo expresado por el juez Schiffrin compartiendo lo dicho por Jean Graven en Schwammberger] que el principio de legalidad no rige en el derecho internacional: la máxima no hay delito ni pena sin ley 'es una máxima de derecho nacional, hecha para estados que han terminado de enumerar su arsenal de penas, y minuciosamente previsto, en códigos escritos, el catálogo exhaustivo de los delitos y las penas', y que, por lo tanto, no es aplicable 'en un plano no fijado y en plena formación como es el del derecho internacional'.*

De acuerdo con ello, el Art. 18 de la Constitución sólo concierne al derecho penal interno, pero es totalmente ajeno e inaplicable en la órbita del derecho penal internacional 'donde no hay estado ni órganos soberanos comunes, ni legislación propiamente dicha' [...]

Esta posición es comprensible cuando se encuentra en juego la responsabilidad de un Estado frente a la comunidad internacional por los crímenes de guerra o de lesa humanidad cometidos bajo su amparo; en ese caso, la imposibilidad de éste de invocar el principio de legalidad resulta razonable.

*Pero no ocurre lo mismo cuando se trata de individuos, respecto de quienes cuesta justificar cuál es la razón por la que no han de estar amparados por una garantía que es percibida tradicionalmente como una de las más básicas, en especial, si son juzgados dentro de un ordenamiento jurídico en el que tal garantía es aceptada unánimemente también por todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos como una garantía fundamental*²⁵⁴.

En ese sentido, el Estatuto de Roma ha subsanado esta situación al ponerle límites a la CPI y a los jueces nacionales, estableciendo expresamente los principios del derecho

²⁵⁴El principio de legalidad... pág. 745 a 762.

aplicables²⁵⁵ al momento de juzgar los crímenes internacionales y con ello se despejan las dudas acerca de la validez del principio de legalidad en el derecho penal internacional y su aplicación específica a este tipo de crímenes. Naturalmente, la inclusión expresa del principio de legalidad en el texto de este Estatuto dejó obsoletos los argumentos y las especulaciones de algunos *ius positivistas* de post guerra, que llegaron a tolerar la violación de este principio ante las necesidades punitivas “morales”.

No obstante, en caso de presentarse un nuevo conflicto internacional en el que intervenga el Consejo de Seguridad, se podrá observar si los hechos serán juzgados por la CPI o por un nuevo tribunal *ad hoc* con exclusión del principio de legalidad en su estatuto.

Según expresa el profesor Kai Ambos²⁵⁶ en su trabajo: "El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional²⁵⁷:

La era de los tribunales ad hoc terminó. Para la mayoría de nosotros esta es una buena noticia. La justicia penal internacional ad hoc siempre se caracterizó, con diferentes grados, por la violación de un principio general de derecho, a saber el principio nullum crimen sine lege²⁵⁸. Si bien uno podría discutir la interpretación correcta –ya sea estricta o liberal– de este principio, su existencia como tal es

²⁵⁵ El Estatuto establece: Art. 20 cosa juzgada, Art. 21 derecho aplicable, Art. 22 Nullum crimen sine lege, Art. 23 Nulla poena sine lege, Art. 24 Irretroactividad *ratione personae*.

²⁵⁶ Catedrático en Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg August de Göttingen: Juez del Tribunal Estadual [Landgericht] de Göttingen.

²⁵⁷ Este trabajo es una versión ampliada y actualizada de la Conferencia realizada en Marie Curie Network Conference “International Criminal Law: Present and Future Perspectives”, Universidad de Leiden, Grotius Centre for International Legal Studies, The Hague, 15 de marzo de 2008. Fue publicado originalmente en inglés en Stahn C./ Van Den Herik L. [eds.], *Future perspectives on international criminal justice*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2010, pp. 161-177. Traducción del inglés realizada por Carolina Anello con asistencia de Natalia Luterstein [ambas de la Universidad de Buenos Aires].

²⁵⁸ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Sobre sus orígenes véase AMBOS, Kai, *Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law*, en HAVERMAN, R., OLUSANYA, O., [eds.], *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law* [2006], pp.17 a 21 [en castellano por ej. en *Ciencias Penales*, Costa Rica, no. 26, 2009, pp. 31-44].

indudable. De hecho, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg [TMI] lo reconoció como un principio [subjetivo] de justicia²⁵⁹.

La creación ex post facto de los tribunales ad hoc infringe ante todo el elemento temporal del principio nullum crimen, es decir, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Todos los tribunales ad hoc –desde Nuremberg a La Haya, Arusha, Freetown, Phnom Penh, Bagdad y El Líbano [este último situado en La Haya]–²⁶⁰ fueron establecidos con posterioridad a la comisión de los crímenes que ellos mismos iban a juzgar.

15 | "OBLIGACIÓN MORAL" ASIMÉTRICA ANTE LOS DLH Y LOS DE TERRORISMO

La imposición del "estado de excepción" vigente para los DLH –que lleva a los magistrados al reconocimiento asimétrico de las obligaciones positivas del Estado²⁶¹ en perjuicio de los derechos de los justiciables–, no es de aplicación para los casos de

²⁵⁹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal* ["The Blue Series"], Vol. XXII, p. 462: "In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice". Véase también Kelsen, Hans, "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" [1947] 1 *The International Law Quarterly* 153, pp. 164-5 sosteniendo un enfoque subjetivo y denominando a la prohibición de normas *ex post fact* como un "principio de justicia", reimpresso en METTRAUX, G. [ed.], *Perspectives on the Nuremberg trial* [2008], p. 274.

²⁶⁰ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Sobre los diferentes tribunales *ad hoc* o tribunales mixtos, véanse Ambos Kai, Othmann, M. [eds.], *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia* [2003]; ROMANO, Romano [ed.], *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia* [2004]; SCHABAS, W., *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone* [2006]; VON BRAUN, L., *Internationalisierte Strafgerichte* [2008]; sobre Iraq y Líbano, SCHARF, M.P., "The Iraqi High Tribunal: A Viable Experiment in International Justice?" [2007] 5 *JICJ*, p. 258; Cockayne, J., [ed.], "Symposium: The Special Tribunal for Lebanon- A Cripple from Birth" [2007] 5 *JICJ*, pp. 1062-1174.

²⁶¹ Los estados están obligados a tomar medidas razonables, adecuadas y efectivas para asegurar la protección, sin discriminación alguna, de los derechos de los ciudadanos, previstos en los tratados de derechos humanos.

terrorismo, en este caso la propia CSJN reconoce la aplicación de dichas obligaciones en beneficio del imputado. En el considerando 25 de la sentencia del caso del etarra Lariz Iriondo²⁶², cuya extradición solicitada por España fue denegada, se expresa:

25] Que a ello se une que tal doctrina no puede soslayarse por la naturaleza del delito involucrado toda vez que, si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo se reafirma el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional.

Así lo reflejan las directivas que desde el ámbito del derecho internacional imparten los distintos organismos de contralor de los derechos humanos.

28]...no puede afirmarse la existencia de un derecho internacional consuetudinario previo a estos... Luego agrega: Mal puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagratorio de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los estados hasta el presente.

Como vemos los ministros de la Corte no insisten en la necesidad de castigar el terrorismo con fundamento en la moral o en la costumbre internacional, a pesar de la cantidad de instrumentos internacionales aprobados por la ONU y la UE²⁶³ que construyen el derecho consuetudinario en contra del terrorismo.

²⁶² Los hechos acaecidos el 9 de octubre de 1989, por los cuales se pidió su extradición fueron consignados en el cons. 5 de la sentencia de la CSJN: Lariz Iriondo [a] Maki, junto con otros miembros activos de la organización terrorista ETA atentaron, mediante el empleo de explosivos, contra la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar [Guipúzcoa]. A resultados del cual resultaron heridos dos auxiliares de la Dirección General de la Policía Josefa Pimentel Muñoz y Nieves Amigo Recondo y el conductor del vehículo, también funcionario, José Rubio Charco. Y que, en la misma fecha, secuestraron "a punta de pistola" al propietario del vehículo Renault 12, matrícula BI 0742 C Ramón Álvarez Arias a quien transportaron hasta un pinar cercano al atentado y lo dejaron atado a un tronco.

²⁶³ El Consejo de la Unión Europea, por ejemplo, adoptó la posición común 2001/931/PESC, Sobre la aplicación de medidas específicas de la lucha contra el terrorismo. La resolución 1371 del 28 de septiembre de 2001 del Consejo de Seguridad de la ONU, etc.

Aunque los ministros diferencian y separan los DLH de los delitos de terrorismo²⁶⁴, durante los '70 en la Argentina éstos no eran absolutamente ajenos, porque fueron cometidos como una táctica más de las organizaciones armadas, de manera sistemática y como parte de un plan que incluía la formación de ejércitos regulares. Inclusive con la aquiescencia de ciertas estructuras estatales. Sus ataques estaban dirigidos en contra de la población civil, en el contexto de un conflicto armado interno no reconocido por las autoridades de ese momento, por lo tanto –pese a su apariencia–, no fueron actos terroristas aislados como los de la ETA.

Hay autores que puntualizan la falta de acuerdo en una definición internacional sobre el terrorismo, porque *mientras para unos son terroristas para otros son luchadores por la libertad*. En el fondo se trata de un juego de palabras, porque el bien jurídico a proteger es la población civil; tanto de los terroristas como de los *luchadores por la libertad*. En consecuencia sería un contrasentido que estos últimos, en un atentado terrorista, victimicen a la población por cuya libertad luchan, pues en esos términos los atentados dejarían víctimas libres pero muertas²⁶⁵.

La definición de DLH también presenta diferencias en las distintas tipificaciones a lo largo del tiempo. Sin embargo el terrorismo no fue específicamente incluido en el ER como delito DLH por la oposición de los EE.UU. que prefiere trasladar a los terroristas a su jurisdicción para juzgarlos [Base extraterritorial de Guantánamo]. No obstante, es evidente que este tipo de delito bien podría encuadrarse como DLH según

²⁶⁴ Caso Lariz Iriondo cons. 29]...*De cualquier manera, queda claro que es completamente diferente considerarlos delitos comunes [meramente extraditables] a considerarlos delitos de lesa humanidad [no sólo extraditables sino también imprescriptibles].*

30] *Que, en síntesis, esta Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención.*

Recuérdese que el tribunal español subsumió los delitos de terrorismo dentro de los DLH en la sentencia del caso Scilingo.

²⁶⁵ Acerca de los hechos de las organizaciones armadas terroristas, cfr. Villarruel, Victoria, *Los llaman Jóvenes Idealistas*, CELTYV, Buenos Aires 2009. MIRANDA, Sebastián, *Origen y Formación de las Organizaciones Armadas en la Argentina*, Ediciones Buen Combate, Buenos Aires, 2013.

lo establecido por el Art. 7 inc. k del ER: *Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*, siempre que cumplan con el resto de los elementos del crimen que caracterizan a los DLH.

El memorándum del Secretario General de la ONU A/CN.4/5, *The Charter And Judgment of the Nürnberg Tribunal-History and analysis*, redactado en 1949 por la Comisión de Derecho Internacional establece cuales son *las personas capaces de cometer DLH*, dejando claro que los DLH no sólo los cometen los agentes del Estado:

*Los delitos de lesa humanidad pueden ser cometidos ya sea por personas en su carácter de integrantes de un órgano del Estado o por individuos por propia voluntad, tal como lo ilustran los casos de von Schirach y Streicher. Von Schirach fue hallado culpable de tales delitos por sus actividades como "Comisario Político" y gobernador del Reich en Viena. El delito de Streicher, por otro lado, fue la incitación al asesinato y exterminio de judíos, y fue cometido por él en su carácter de editor de un periódico semanal*²⁶⁶.

El terrorismo está prohibido y así lo refieren diversos documentos y tratados internacionales, entre ellos el Convenio II de Ginebra [1949] en su Art. 3, inc. 1. a para el caso de conflictos armados no internacionales, su texto expresa: *...se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas en cualquier tiempo y lugar a] los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios*²⁶⁷.

²⁶⁶ *Crimes against humanity can be committed both by personas acting as organ of State and by individuals in their private capacity, as illustrated by cases of von Schirach and Streicher. Von Schirach was found guilty of such crimes because of his activities as "Gauleiter" and Reich Governor in Vienna. Streicher's crime, on the other hands, was incitement to murder and extermination of the Jews and was committed by him as a publisher of a weekly newspaper.*

²⁶⁷ En este sentido lo tomó el Estatuto de Roma en su Art. 8 inc.c, declarado imprescriptibles por el Art. 29:

Art. 8-Crímenes de guerra [ER]:

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

También lo prohíbe específicamente el Protocolo II a las Convenciones de Ginebra, en el Art. 2 inc. c, vigente en el derecho internacional convencional, en el que se establece:

Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:

- a] los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;
- b] los castigos colectivos;
- c] la toma de rehenes;
- d] los actos de terrorismo...

En ese sentido la Audiencia Nacional española en el [Fallo 16/2005] el 19 de abril de 2005, por el caso Scilingo encontró los delitos de terrorismo subsumidos en los DLH.

Finalmente no puede dejar de mencionarse que el "Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo", fue ratificado por la Argentina mediante las leyes N° 26.023 [30/03/2005] y 26.024 [19/04/2005]²⁶⁸, que si bien no define al "terrorismo", sí lo hace con las "asociaciones ilícitas terroristas", sus actos y su financiación, lo que se encuentra receptado en los Art. 213 ter y cuater del CP.

La ausencia de taxatividad en el tipo penal del terrorismo activa la protección de los derechos del justiciable, pero no ocurre lo propio con la falta de tipificación, en el

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: [...]

c] En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: [...]

i] Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

²⁶⁸ La CSJN dictó sentencia en el caso "Lariz Iriondo" el 10 de mayo de 2005.

derecho interno, de los DLH definidos en el Estatuto de Nuremberg cuya aplicación se pretende por vía de la costumbre internacional, sobre lo que volveremos más adelante.

En este sentido, con relación a los DLH, tiene dicho el ministro Maqueda en el considerando 33 de su voto en el caso Arancibia Clavel:

El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.

Obsérvese que en ningún momento el ministro repara en las obligaciones positivas del Estado para con los acusados por DLH, como ocurre con la sentencia en el caso Lariz Iriondo, en la que los jueces de la CSJN se sienten compelidos a respetar sus derechos por sobre cualquier otra consideración.

Es prudente recordar que los derechos humanos se expresan en normas que protegen los derechos y libertades del ciudadano en particular, contra el abuso de poder de los agentes estatales²⁶⁹. Aunque lo referido por el ministro aparenta ser una exaltación de los derechos humanos, en el fondo, por omisión, es el reconocimiento de la violación de los deberes positivos del Estado.

La Corte en general expresa una visión sesgada de un conflicto en el que continúan ausentes las *víctimas civiles inocentes*, ya que los miembros de las organizaciones terroristas armadas, referidas como víctimas por dicho ministro, previamente victimizaron a la población civil inocente ajena a las hostilidades.

²⁶⁹ Recuérdese que no sólo el Estado puede cometer violaciones a los DDHH, también pueden atribuirse a terceros ajenos a éste. Sentencia de la Corte IDH en el caso Velázquez Rodríguez vs Honduras.

Las públicas y reiteradas referencias a los hechos de los '70 desde una perspectiva parcial, la recurrente afirmación de la existencia de un exagerado número de víctimas²⁷⁰ y el supuesto reclamo masivo de la sociedad –materializado por militantes pagos²⁷¹ y clientes del asistencialismo estatal que reciben dinero en forma de planes sociales a cambio de la asistencia a los actos políticos–, coadyuva a imponer el discurso "políticamente correcto", al que el Poder Judicial es permeable, e induce el colapso de los derechos de los acusados.

Así se justifica el afán punitivo de algunos jueces federales, fiscales y abogados querellantes, dispuestos a tolerar la claudicación de esos derechos.

La vigencia del principio de legalidad es una cuestión carente de relevancia, que habrá de atropellarse sin el menor "remordimiento jurídico".

Es evidente que los ministros de la Corte muestran una particular sensibilidad por el respeto de los derechos del etarra procesado, los mismos derechos que desconocen a la hora de atender situaciones de los uniformados y civiles acusados por DLH.

El criterio sesgado y parcial de la CSJN nos lleva a preguntarnos ¿en qué radica la diferencia de la conducta imputada en el caso "Arancibia Clavel" de la enrostrada a Lariz Iriondo, para que el primero haya sido juzgado y condenado violándose el principio NCSL y el segundo ni siquiera haya sido juzgado tras negarse su extradición? ¿Dónde quedó la doctrina de los derechos absolutos de las víctimas adoptada en los casos "Arancibia" y "Simón"? ¿Por qué el homicidio imputado a

²⁷⁰ El periodista Jorge Lanata, citando un artículo de Tzvetan Todorov publicado en *El País* de Madrid días después a su pasaje por Buenos Aires en 2010, enmarcó por comparación la dimensión del conflicto de los '70 *...a título de comparación podemos recordar que, más o menos, entre 1973 y 1976 una guerrilla de extrema izquierda se hizo con el poder de Camboya. El genocidio que desencadenó causó la muerte de alrededor de un millón y medio de personas, el 25% de la población. Las víctimas de la represión del terrorismo de Estado en Argentina, demasiado numerosas, representan el 0,01% de la población.* Lanata, Jorge, "Usar la historia para tapar el propio fracaso" *Clarín* 19-10-2013.

²⁷¹ Sergio Schoklender, asesor de la Fundación Madres de Plaza de Mayo en su libro *Sueños postergados, coimas y corrupción en la patria de los desvíos*, Planeta, Buenos Aires 2011, pág. 16 y 17, expresó: *Oscar Parrilli tenía como caja principal todas las remodelaciones de la Casa de Gobierno. También recurría a obras como las que se hicieron para los festejos del Bicentenario [...] de ahí también salían los fondos para que las organizaciones pudieran movilizarse a un acto, por ejemplo. Los micros, los escenarios, los actos y todo lo que involucra una movilización cuesta un dinero y era Parrilli el que lo proveía.*

Arancibia ofende la conciencia de la humanidad y los de Lariz Iriondo no? Interrogantes que tienen respuesta si se asume que únicamente los agentes del Estado violan los DDHH²⁷², en contra de lo establecido por los instrumentos internacionales en la materia.

16 | LA ESTIGMATIZACIÓN

Resulta innegable entonces, que el sistema estigmatiza a quien es acusado por DLH mientras que el acusado por terrorismo es protegido, excepto que se trate de la inexistente categoría de "terrorismo de Estado", creada expresamente para calificar como terroristas a los agentes estatales.

En ese sentido el Ministro Zaffaroni ha rescatado muy bien el significado de la estigmatización de los procesados en su libro *La Cuestión Criminal*²⁷³: *...La criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos que configuran un ellos separado del resto de la sociedad por ser un conjunto de diferentes y malos*²⁷⁴...

²⁷² Ya hace más de veinte años que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en un fallo emblemático: *Es, pues, claro que, en principio, es imputable al estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un estado, por ejemplo por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, que puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requerido por la Convención.*

Corte IDH, Sentencia del 29/7/1988 Caso Velázquez Rodríguez, Ángel Manfredo vs. Honduras.

²⁷³ Zaffaroni, Eugenio, *La Cuestión Criminal*, Planeta, Buenos Aires, 2011.

²⁷⁴ *Ibidem.* pág. 212.

...se construye sobre bases bien simplistas, que se internalizan a fuerza de reiteración y bombardeo de mensajes emocionales mediante imágenes: indignación frente a algunos hechos aberrantes, pero no todos, sino sólo por aquellos cometidos por los estereotipados, impulso vindicativo por identificación con la víctima de esos hechos, pero no con todas las víctimas, sino sólo con las del estereotipado y si es posible cuando no pertenecen ellas mismas a ese grupo, pues en tal caso se considera una violencia intragupal²⁷⁵.

...Las garantías penales y procesales son para nosotros, pero no para ellos, pues ellos no respetan los derechos de nadie. Ellos –los estereotipados– no tienen derechos²⁷⁶...

Agrega más adelante: ...el chivo expiatorio se construye siempre sobre un perjuicio previo, que es una discriminación que jerarquiza a seres humanos... sub-humanos o menos humanos y atribuirles los peores crímenes construyendo un ellos de malvados y dañinos que deben ser eliminados para poder sobrevivir... El soviético Ilja Ehrenburg lo definió muy claramente. Ninguno de ellos era culpable de nada, pero pertenecían a una clase culpable de todo²⁷⁷...

...Desde la segunda mitad del siglo pasado queda claro para la criminología que el poder punitivo –con su estructural selectividad– criminaliza a unas pocas personas y las usa para proyectarse como neutralizador de la maldad social. Se presenta como el poder racional que enfrenta la irracionalidad en prisiones y manicomios. Ataviado de este modo, canaliza las puniciones de venganza, lo que le proporciona una formidable eficacia política, que no se explica por circunstancias coyunturales, pues se mantiene inalterada a lo largo de la historia del poder punitivo estatal e incluso pre-estatal²⁷⁸...

²⁷⁵ *Ibídem.* pág. 214.

²⁷⁶ *Ibídem.* pág. 220.

²⁷⁷ *Ibídem.* pág. 266.

²⁷⁸ *Ibídem.* pág. 283.

No obstante su clara doctrina, en el ejercicio de la magistratura el ministro fue signatario de la acordada 29//08 S/ Permiso de Difusión Radial y Televisiva en Juicios Orales BO 04/11/08.

Dicha acordada en definitiva contribuye a generar la estigmatización que critica, entre sus considerandos refiere: *teniendo en cuenta que el principio de publicidad del proceso constituye una de las condiciones fundamentales de legitimidad de la administración de justicia.*

En este sentido, el Art. 45.1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos –RMTR– de la ONU, concordante con el Art. 71 de la ley 24.660 establece:

45. 1] Cuando los reclusos son conducidos a un establecimiento o trasladados a otro, se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad.

El PIDCP establece en su Art. 14. *...La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública.*

También el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, establece: Art. 6 inc. 1: *...La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*

Mientras las protecciones internacionales van dirigidas en favor del reo, la CSJN entiende que debe favorecer la publicidad. En consecuencia es la publicidad y no la ley, la que legitima las conductas de estos jueces [*el principio de publicidad del proceso constituye una de las condiciones fundamentales de legitimidad de la administración de justicia.*], pues para satisfacer el deber de informar a la prensa no es necesario montar en los tribunales multitudinarias sesiones fotográficas como ocurre en los juicios de venganza, realizadas con la anuencia de los jueces aún cuando el imputado tiene plena presunción de inocencia por ausencia de sentencia firme; en consecuencia lo estigmatizan, lo que evidencia que la condena ha sido prevista antes de comenzar el debate.

En octubre de 2014 el Papa Francisco ante la Asociación Internacional de Derecho Penal al criticar el *populismo penal* expresó. *No es sólo la búsqueda de un chivo expiatorio que pague con su libertad o su vida todos los males de la sociedad, como era típico en las sociedades primitivas, sino que a veces hay una tendencia a construir deliberadamente enemigos a partir de estereotipos que concentran en sí mismos todas las características que la sociedad percibe o interpreta como amenazantes. Los mecanismos usados en la formación de estas imágenes son los mismos que en su tiempo, permitieron la expresión de las ideas racistas.*

17 | LA VIOLACION AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD OBRADO EN LOS JUICIOS DE VENGANZA

17.1 | LA CONVENCIÓN RETROACTIVA

- La violación al principio de legalidad no es fácilmente tolerada por la comunidad internacional, la organización Amnesty International reveló los conflictos existentes en el seno de la ONU, por la violación al principio de legalidad al momento de la votación de la Convención sobre la imprescriptibilidad:

La cuestión sobre la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad fue sin duda la disposición objeto de la discusión más encendida. Se mezclaban en ella aspectos políticos y legales de variada naturaleza.

Por un lado un grupo de países, entre los que se destacaban varios de Europa oriental, sostenían que la imprescriptibilidad era ya un principio de derecho internacional consuetudinario que la Convención no haría más que “declarar”, pero sin crear por ello un nuevo derecho.

Quienes sostenían este parecer afirmaban que la Carta del Tribunal de Nuremberg y la Carta del Tribunal para el Lejano Oriente, entre otros instrumentos, no reconocían prescripción alguna y, por ende, mal podrían invocar las personas objeto de un proceso judicial tal derecho.

Otro grupo de países sostenía, por el contrario, que dicho principio no se hallaba consolidado aún en el derecho internacional y que el silencio en los estatutos de los Tribunales antes aludidos no podía ser interpretado como una prohibición general de la prescripción.

En otras palabras, la cuestión de la prescripción de los crímenes de guerra –en ellos se centraba el debate en ese entonces– quedaba librada a la legislación interna de los estados, con fundamento en el artículo 2 de la Carta de la ONU.

Algunos delegados insistieron en que no podía atribuirse a la Convención un efecto retroactivo, pues ello iba en mengua del principio establecido en numerosas legislaciones nacionales sobre la prohibición de normas penales más gravosas a conductas ya acaecida²⁷⁹.

- La Audiencia Nacional de España, en la sentencia 16/2005 del 19 de abril de 2005 en el caso Scilingo²⁸⁰, con relación a la violación del principio de legalidad en el juicio de Nuremberg, sostuvo: *El argumento utilizado fue que debía ceder el principio de nullum crimen sine lege cuando representara una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces.*

²⁷⁹ Amnesty International: Uruguay, los crímenes de derecho internacional no están sujetos a prescripción, 2011, pág. 18.

²⁸⁰ [Sumario 19/1997 R: 139/1997].

Luego agrega: *El Art. 6. c. relativo a los crímenes contra la Humanidad actuaba como “norma de cierre”, que se proponía cerrar la salida a las posibles escapatorias destinadas a obstaculizar el castigo de los autores de graves atropellos.*

Esta norma que vulneraba desde el punto de vista penal clásico el principio de legalidad y el principio de no retroactividad de las normas penales, fue sin embargo calificada como “monumento de la civilización jurídica moderna”, “punto de referencia en la lucha contra la barbarie”.

Detrás del Art.6 están Auschwitz, Mathausen, Ravensbrück, Treblinka, etc. [A. Cassese].

- A ello debe agregarse las afirmaciones de los miembros de la Corte afirmando el criterio retroactivo de la Convención que se verán seguidamente.

La Convención sobre la imprescriptibilidad en tanto propone la aplicación retroactiva del derecho penal, viola el principio de legalidad previamente consagrado como uno de los derechos humanos expresamente reconocido por la ONU²⁸¹ en la resolución 217 A [iii] del 10 de diciembre de 1948 por la que se adoptó la DUDH.

No obstante ello, la insistencia de la Comisión de Derechos Humanos –CDH– de la ONU en 1966, expresada en los considerandos 125 y 126 del documento E/CN.4/906, revela el lobby en contra del principio de legalidad.

En efecto, en el inc. 126 se expresa:

*126....Aún en la legislación criminal local, el principio de nulla poena sine lege se encuentra “bajo ataque”; se evidencia a sí mismo como “que ya no es aplicable a los requerimientos sociales y políticos de la vida de los Estados modernos”; está formulado y aplicado de un modo tal que su misma existencia puede ser cuestionada; es suspendido o dejado de lado cuando la vida de los Estados es “perturbada profundamente por revoluciones”*²⁸².

²⁸¹ El principio de legalidad no se agota en la "irretroactividad de la ley penal" [Art. 11 inc. 2] sino que incluye otros, "igualdad ante la ley" [Art. 10], "inocencia" [Art. 11 inc. 1], etc. de la DUDH.

²⁸² 126]...Even in municipal criminal law the principle nulla poena sine lege is "under attack"; it is showing it self to be "no longer appropriate to the political and social requirement of the life of modern

A ello debe agregarse lo enunciado en el inciso 160 de dicho documento:

En vista de todas las razones expuestas, se ha iniciado un movimiento a resultas de los graves delitos cometidos, en particular durante la Segunda Guerra Mundial –aquellos que han sido conocidos como “crímenes nazis”– para abolir, tanto en el nivel internacional como nacional, la aplicación de leyes nacionales de imprescriptibilidad para aquellos delitos que son considerados graves por el derecho internacional²⁸³.

Obsérvese que la Convención internacional sobre la imprescriptibilidad debía necesariamente habilitar la retroactividad de la ley penal en contra del principio de legalidad, porque era la única manera de que se intentase continuar con los juicios nacionales del nazismo, celebrados con arreglo al derecho interno de los estados juzgadores que para 1968, al cumplirse 20 años de la finalización de la guerra, estaban prescribiendo.

En el fondo, en la Convención del '68 no se hacía otra cosa que reiterar los procedimientos empleados en el juicio de Nuremberg cuando las defensas, para proteger los derechos de los procesados, invocaron el principio *nullum crimen sine lege* –NCSL– y este fue denegado por el tribunal²⁸⁴.

Esto explica el escaso éxito logrado con el texto de la Convención y en contraposición, la notable reafirmación internacional del principio de legalidad, que entre 1948 y 2014 fue expresamente reconocido en 16 instrumentos internacionales, y es de aplicación en el derecho penal internacional a partir de su expresa inclusión, sin restricciones ni excepciones, en el Estatuto de Roma.

States”; it is formulated and applied in such a way that its very existence may be called into question; it is suspended or set aside when life of States is “deeply disturbed by revolutions”.

²⁸³ 160]...a movement is now on foot as a result of the most serious of the offences committed, in particular, during the Second World War –those which have come to be known as “Nazi regimen”– to abolish, both internationally and nationally, the application of municipal statutes of limitations to serious crimes under international.

²⁸⁴ Unites States vs. Josef Altstötter, *Trials Of War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunal Under Control Council Law N°. 10*, Vol. III, [1951], caso N°3, pág. 461-465.

En este sentido el 29 de enero de 2007, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió la primera decisión de confirmación de cargos en la historia de la CPI en el caso seguido contra Lubanga Dyilo.

Acerca del principio de legalidad, *La Sala determinó que el principio de legalidad no se infringe si el Tribunal ejercita su poder de juzgar sobre la base de una ley escrita [lex scripta], vigente con anterioridad al hecho [lex praevia], que define la conducta prohibida [ex certa] y que no es aplicada analógicamente in malam partem [lex stricta] [párr. 303], adoptando, de este modo, un concepto de legalidad análogo al acuñado en los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica*²⁸⁵.

El impulso en contra de la prescripción de los delitos del nazismo en el seno de la ONU, capaz de destruir el viejo y consolidado principio de legalidad que protege a los ciudadanos del abuso del poder, desnaturalizó las pretensiones de la Convención sobre la imprescriptibilidad y dio lugar al impreciso Art. 1 de su texto, que permite afirmar su carácter retroactivo, así lo destacó el ministro Fayt en el considerando 11 de su voto en disidencia en el caso "Mazzeo": *...aun cuando pudiera entenderse que en el caso de la Convención sobre Imprescriptibilidad, es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional, el que prevé su aplicación retroactiva [así lo ha inferido en base a sus Arts. I y IV un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores entre otros, los jueces Zaffaroni, Highton de Nolasco y Petracchi tal como puede observarse en el fallo "Arancibia Clavel"]*, lo cierto es que esta previsión contraria al Art. 18 de la Constitución Nacional resultaría inaplicable para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el Art. 27 de la Ley Fundamental.

Es obvio entonces, que al aplicar la Convención de manera retroactiva, como se hace en la Argentina²⁸⁶, se viola el principio de legalidad aunque existan argumentos que intenten justificar tal conducta.

²⁸⁵ Informe de la fiscalía de la CPI, a raíz de una consulta acerca de su jurisprudencia realizada en abril de 2014, en poder de los autores.

²⁸⁶ Sobre el particular, volveremos en el capítulo siguiente al tratar el "Reconocimiento estatal de la aplicación retroactiva de la ley penal".

17.2 | A PESAR DE VIOLARLO, LA CORTE RECONOCE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En la actualidad no puede ignorarse que este principio se encuentra sólidamente afirmado en el derecho internacional y menos aún en el ámbito interno de las naciones, que es de donde provino.

No obstante, como vimos, la CDI de la ONU proponía en 1966 la violación al principio de legalidad en el derecho internacional. Pero este como ningún otro disfruta de una presencia positiva omnímoda.

En consecuencia su violación implica pingües justificaciones jurídicas por parte de quienes honran su vigencia pero deciden quebrantarlo, pues la CSJN se debe a la CN y no dispone de las licencias de los tribunales internacionales, que rigen sus conductas por un estatuto en cuya génesis no existe un poder legislativo ni una constitución.

Aún perdura el recuerdo de que la violación de este principio en el derecho interno fue una lamentable práctica del Nacional Socialismo alemán instaurada el 28 de junio de 1935²⁸⁷.

²⁸⁷ Kelsen expresó: *The rule against retroactive criminal legislation has been incorporated in the German Criminal Code of May 15, 1871, as paragraph 2, which ran as follows: "For no act may punishment be imposed unless such punishment is prescribed by statute before the act has been committed." An almost identical provision has been inserted as Article 116 into that part of the Weimar Constitution which was titled "Fundamental Rights and Duties of Germans." This part of the Weimar Constitution and with it the rule against retroactive criminal legislation as a constitutional principle has been abolished by the Nazi regime. Paragraph 2 of the Criminal Code has been amended on June 28, 1935 [RGI 1, 839], as follows:*

Anyone shall be punished who commits an act which is declared punishable by statute or which deserves a penalty according to the basic principles of a criminal statute and of the people's sound sense of justice.

*The repeal of the rule against retroactive criminal legislation was highly praised by Nazi literature. As a matter of fact, some retroactive criminal statutes were enacted. Thus, for instance, the statute concerning the infliction and execution of capital punishment [the so-called lex Van der Lubbe] of March 29, 1933 [RGI 1, 151], and the statute concerning kidnapping of June 22, 1936 [RGI 1,493]. Kelsen, Hans, "The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals". *The Judge Advocate Journal*, Vol. II N°3 1945.*

La regla en contra de la legislación penal retroactiva ha sido incorporada en el Código Penal alemán de 15 de mayo de 1871, según el párrafo 2, que decía lo siguiente: Por ningún acto puede imponerse la pena

En el caso argentino es evidente la notable preocupación que dispensa la CSJN por formular argumentaciones, en el fallo "Arancibia Clavel", para justificar su violación:

33°] Que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a "Arancibia Clavel", ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino.

En ese mismo sentido se expresó el ministro Maqueda en el caso Simón:

84) Que, por lo expuesto, las conductas investigadas no sólo eran crímenes para la ley internacional y para tratados suscriptos por la República Argentina (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos) sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y su realización conlleva una pena.

Adviértase la falacia de esta última afirmación, teniéndose presente que en la reunión de la 23ª sesión [17/03/67] la Argentina no adhirió, no votó la Convención sobre la

a menos que ese castigo este prescrito por la ley antes de que el acto haya sido cometido. Una disposición casi idéntica se ha insertado como el artículo 116, en la parte de la Constitución de Weimar que fue titulado Derechos y deberes fundamentales de los alemanes.

Esta parte de la Constitución de Weimar y con ella la norma que prohíbe la legislación penal retroactiva, como principio constitucional ha sido abolida por el régimen nazi.

El párrafo 2 del Código Penal ha sido modificado el 28 de junio de 1935 [RGBI I, 839], de la siguiente manera: Toda persona, que cometa un acto que es declarado punible por la ley o que merece una sanción en función de los principios básicos de una ley penal y del sentido de justicia de la gente, será castigada.

*El rechazo de la regla contra la legislación criminal retroactiva fue muy ponderada por la literatura Nazi. De hecho, algunos estatutos retroactivos sobre lo criminal se realizaron así, por ejemplo, el estatuto concerniente a la inflicción y ejecución del castigo capital [llamado ley Van der Lubbe] del 29 de marzo de 1933 [RGBI 1,151] y el estatuto concerniente al secuestro de junio 22, 1936 [RGBI 1,493]. En Hans Kelsen, "La regla contra las leyes Ex Post Facto y la acusación a los criminales del Eje en la Guerra". *The Judge Advocate Journal*, New York, 1945, Vol. II N° 3 pág. 11.*

imprescriptibilidad, y la representante del Estado, Sra. Zaefferer de Goyeneche, se expresó oponiéndose a la aplicación retroactiva.

No obstante, si el ministro estuviese en lo correcto cabe preguntarse para qué se promulgó con posterioridad a este fallo la ley 26.200, estableciendo el tipo penal de los DLH y su correspondiente pena.

No obstante, la misma Corte que dictó sentencia en el caso "Simón" no tuvo reparos en afirmar en 2008 en el caso "Acosta, Alejandro" la plena vigencia del principio NCSL: *El principio de legalidad [Art. 18 de la Constitución Nacional] exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal*²⁸⁸.

Posición que había sido mantenida por el Dr. Fayt en el caso "Arancibia Clavel" en su voto disidente, en el considerando 20: *la República Argentina ha mantenido un comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal.*

17.3 | RECONOCIMIENTO ESTATAL DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL

Pese a que las sentencias tienden a remarcar el estricto respeto al principio de legalidad ante lo evidente, algunos juzgadores optaron por reconocer expresamente su violación.

²⁸⁸ CSJN, 23/04/2008, A. 2186. XLI; REX, "Acosta, Alejandro Esteban", Fallos: 331:858.

[1]– El Presidente de la CSJN Ricardo Lorenzetti²⁸⁹, en los *fundamentos de la excepcionalidad*²⁹⁰ de la figura [de los delitos de lesa humanidad] expresados en su libro refiere que...*la categoría de crímenes de lesa humanidad es excepcional, lo cual se evidencia también por algunas de sus consecuencias: imprescriptibilidad, imposibilidad de amnistía y su aplicación retroactiva.*

[2]– Por su parte la ministra Argibay en el considerando 16 del caso "Simón" expresó: La modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ninguna de estas lecturas. No se viola el principio de culpabilidad [sic], en la medida que las normas legales sobre prescripción no forman parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal, es decir, su modificación no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan. En otros términos, no se condena por acciones lícitas al momento de la comisión, ni se aplican penas más graves.

Agregando en el considerando 17 previamente mencionado: *Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo, y más adelante expresó: el Estado argentino no podría excusarse de aplicar retroactivamente la convención de 1968.*

Más allá de enunciar un expreso reconocimiento a la violación del principio de legalidad que afirma respetar, es evidente que este principio se activa ante la

²⁸⁹ Lorenzetti, *Derechos Humanos...* op. cit. pág.30.

²⁹⁰ Los Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptadas por la CIDH durante el 131º período ordinario de sesiones establecen en el Principio I: *Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.[...]*
No se podrá invocar circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna, u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad.

aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad y no por el ignoto principio de culpabilidad, que no está cuestionado. Excepto, que tal expresión se trate de un fallo que revela el criterio fuertemente punitivo de la "Política de Estado" implementada por la CSJN, pues la expresión correcta en lugar de "principio de culpabilidad" debería ser "principio de inocencia".

[3]– De igual manera lo reconoció el TOF N°1 de Mendoza, integrado por los jueces Juan Antonio González Macías, Alejandro Waldo Piña y Raúl A. Rodríguez en la sentencia del 28 de octubre de 2011, en el caso "Méndez Sánchez" al afirmar: *Si bien la convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad no estaba vigente al momento de los hechos cabe su aplicación retroactiva en función del derecho internación [sic] público de origen consuetudinario, razón por la que no se estaría forzando el presupuesto de la prohibición de la retroactividad de la ley penal.*

Nótese la conjugación en tiempo verbal "potencial" [estaría forzando], lo cual incluso evidencia la duda de los magistrados.

[4]– El TOF N°1 de La Plata²⁹¹, en la sentencia de la causa 2955/09, interpretando el fallo "Simón" de la CSJN, expresó: ... *el principio de legalidad debe ceder frente al caso de la persecución de crímenes internacionales, entendiendo que, a partir del reconocimiento del rango constitucional de la Convención sobre Imprescriptibilidad, ambos principios [imprescriptibilidad y legalidad] gozan de idéntica jerarquía. [V. considerandos 40 y sgts. de los votos de los Dres. Boggiano y Maqueda].*

En este caso, el tribunal incurre en una dolosa tergiversación de la jerarquía de las normas [Art. 31 CN] atento que si bien el principio de legalidad tiene rango constitucional, tal calidad no la posee la institución de la prescripción, pues es un instituto del derecho común penal legislado en el código sustantivo. Pero aún así admitiendo, sólo en el plano hipotético, que la expresión "idéntica jerarquización" debió resolverse a favor del justiciable y no como se hizo a favor del poder del Estado violando el principio de legalidad y de interpretación "bona partem". En este sentido debe tenerse en cuenta que: *En la interpretación de los preceptos legales debe*

²⁹¹Integrado por los Dres. Carlos Rozanski, Roberto Falcone y Mario Portela.

preferirse la que mejor concuerde con los derechos y garantías constitucionales [FALLOS: 285:60; 312:185 CSJN].

[5]– El TOF N°6 de la CABA al dictar sentencia en la causa 1351, "Franco y otros sobre sustracción de menores" del 17 de septiembre de 2012, encontró fundamento en el tipo penal de los DLH en el ER inaplicable a hechos anteriores al 2002, expresando: corresponde rechazar la pretendida invalidez de la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, fundada en las previsiones del artículo 13 de la ley 26.200, en cuanto estableció la vigencia del principio de legalidad para su implementación.

Al respecto habremos de destacar que si bien la ley 26.200 [BO 9/1/07], efectivamente dispone –bajo el título “Principio de legalidad”– que “ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente”, ello no obsta a que pueda aplicarse en forma retroactiva el principio de imprescriptibilidad que emerge de los delitos de lesa humanidad definidos por el Estatuto de Roma, que no es lo mismo que aplicar retroactivamente las normas del Estatuto de Roma.

No obstante lo que elusivamente intentan los magistrados explicar, es evidente que aplicar retroactivamente la norma que define los DLH a una conducta anterior a su entrada en vigor, viola la letra expresa del propio tratado, pues pareciera que la imprescriptibilidad no es una norma de dicho tratado, pese a que el Art. 29 del Estatuto taxativamente establece: *Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán* y el Art. 24.1 : *Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.*

[6]– Por su parte el TOF N°1 de San Martín al dictar sentencia en la causa N° 2005 y su acumulada 2044, en el caso "Riveros" con cita de Bacigalupo [*“Jurisdicción Penal Nacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos Cometidas en el Extranjero”*], relativiza la irretroactividad de la ley penal: *en la obra ya citada, [Bacigalupo] enseña*

que “el problema de la ley previa y de la irretroactividad de la ley penal ha sido objeto de importantes contribuciones jurídicas tendientes a justificar una cierta relativización de estos principios”.

[7]– Tal vez el razonamiento jurídico acerca de la aplicación del derecho penal retroactivo más evidente, sea patrimonio del juez Norberto Oyarbide, con relación al llamado "genocidio armenio".

En 2002 este juez tomó la denuncia de un descendiente de las víctimas de los hechos, desestimó la denuncia penal y dio curso a una investigación de carácter no criminal procurando la verdad.

Al momento de dar por concluidas las actuaciones el 1° de abril de 2011, en una resolución declarativa con sustento en la Convención para la sanción del delito de genocidio, el ER y los estatutos para los tribunales *ad hoc*, concluyó: *...el estado turco ha cometido el delito de genocidio en perjuicio del pueblo armenio, en el período comprendido entre los años 1915 y 1923, reconociendo el carácter de víctimas de los familiares de Gregorio Hairabedian.*

Lo sorprendente de esta resolución es que tanto la palabra genocidio creada especialmente por Rafael Lemkin [cfr. *infra* nota 586] como la Convención que tipificó este delito por primera vez, se dieron a fines de la década del '40, es decir veinte años después de los hechos denunciados, además de declarar la responsabilidad del Estado turco, conducta esperable en organismos supranacionales y no en jueces de primera instancia con competencia penal que juzgan las conductas de la personas.

En definitiva se trata de un trabajo histórico realizado con método jurídico, financiado por el erario público.

[8]– A lo examinado debe agregarse lo expresado por el ministro Boggiano en el considerando 46 del caso "Simón": *Que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes “...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido” [Art. I].*

Por su parte en el considerando 30 del caso "Arancibia", el ministro sostuvo:

30] Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna.

Así, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad [Art. I].

Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de ius cogens, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad [Regina v. Finta, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994]²⁹². Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente pues las normas de ius cogens que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial²⁹³.

²⁹² La sentencia de la Corte Suprema canadiense [R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701]. Refiere su vinculación con los hechos del nazismo: [Imre Finta], fue capitán de la Gendarmería Real de Hungría, fue comandante de una unidad de investigación en Szeged, cuando 8.617 personas judías fueron detenidas en una fábrica de ladrillos, por la fuerza despojadas de sus objetos de valor y deportadas en condiciones terribles a campos de concentración como parte de la "solución final" del régimen nazi. [...]

En 1947-48, el Sr. Finta fue juzgado y condenado in absentia por un tribunal de Szeged por "crímenes contra el pueblo" en relación con su papel de capitán de gendarmería durante la primavera de 1944 en la purga de la población judía de Szeged. En 1951, Finta emigró a Canadá. En 1956 se convirtió en un ciudadano canadiense, y ha vivido en este país desde entonces.

Más adelante agrega: La esencia misma de la acusación es que las leyes, los decretos de Hitler y el dracónico, corrupto y perverso sistema judicial nazi, se constituyeron en la sustancia de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y que la participación en la promulgación y aplicación de ellos equivale a la complicidad en el crimen.

Canadá no recurrió a la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU –que no ha ratificado– para reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes del nazismo.

²⁹³ Pese a esta afirmación es evidente que si los DLH fueron creados en el Estatuto de Nuremberg mal puede aceptarse que su imprescriptibilidad estuviese vigente desde tiempo inmemorial. El informe suplementario a la Asamblea General de la ONU, del Secretario General, del 24 de octubre de 1946 puntualizó que los principios de Nuremberg entre los cuales se encuentra la definición de los DLH no estaban integrados al derecho internacional:

The Nürnberg trials had furnished a new lead in the field of the progressive development of international law and its codification [...] it will be of decisive significance to have the principles which were employed

El razonamiento del ministro Boggiano es cuestionable. Coincidimos en que la protección del principio de legalidad se activa cuando la nueva ley es más gravosa, pues ningún defensor cuestionaría si por efecto de una norma reciente en materia penal, se acortan las penas impuestas por ley anterior. [Ultraactividad de la ley penal más beneficiosa para la parte, Art. 22 C.P]

Sin embargo, tal como fue analizado, de lo que se trata es que la nueva ley, en este caso la Convención de “imprescriptibilidad:

a]- Es más gravosa y en este sentido el ministro no acredita lo contrario, además de ser posterior a los hechos para el derecho interno;

b]- No hay motivo jurídico para que el texto de dicha Convención deba prevalecer por sobre el principio de legalidad, fundamentalmente porque la frase del texto convencional: *cualquiera sea la fecha en que se hayan producido* no es norma de ius cogens, mientras que por el contrario el principio de legalidad sí alcanza naturaleza imperativa, entre otras razones, por ser un derecho humano positivizado;

c]- El tramo hacia el pasado contenido en el Art. 1 de la Convención era de aplicación para el nazismo, pero no para los militares argentinos que lucharían contra las organizaciones armadas terroristas de los años '70.

Por otra parte, para jerarquizar la imprescriptibilidad de la Convención por sobre el principio de legalidad, el ministro se apoya en el fallo de la Corte canadiense sobre el ex nazi Finta, país que no firmó ni ratificó la Convención sobre la imprescriptibilidad, ni el Estatuto de Nuremberg, por lo que ese fallo es un caso aislado sin valor de jurisprudencia internacional y por ello en nada obliga a la justicia argentina.

Como vemos, las justificaciones en las que los magistrados fundan la violación de una norma constitucional, imperativa, consuetudinaria y convencional como el principio

in the Nürnberg trials, and according to which the war criminals were sentenced, made a permanent part of the body of international law as quickly as possible. Res. E/CN.4/906 del 15 de febrero de 1966.

Los juicios de Nuremberg han suministrado una nueva orientación en el campo del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Será de una significación decisiva tener [disponer de] los principios que fueron empleados en los juicios de Nuremberg, y conforme a los cuales los criminales de guerra fueron sentenciados, y que además ello forme parte del cuerpo del derecho internacional lo antes posible. Lo que deja muy claro que los referidos principios no formaban parte de la costumbre internacional entre ellos el VI principio.

de legalidad, no puede dejar de asombrar. En particular ante el reconocimiento explícito de la conducta obrada por los magistrados como veremos seguidamente.

17.3.1 | LA VIOLACIÓN ENCUBIERTA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Pese al expreso reconocimiento de la aplicación retroactiva de la ley penal, la mayoría de las sentencias oculta tal violación, recurriendo al fundamento expresado en el considerando 28 del voto de la mayoría en el caso "Arancibia Clavel" que Seguidamente veremos al comentar las expresiones del ministro Lorenzetti.

Sebastián Soler advirtió acerca de la violación encubierta: *El principio nullum crimen sine lege, resultado de una laboriosa conquista de la cultura humana, no puede ser considerado como la culminación de un proceso cerrado y concluido definitivamente. Antes al contrario, la experiencia jurídica y política posterior a la vigencia de aquel nos ha revelado aspectos nuevos del problema, que muestran la necesidad de reforzarlo, ya que puede ser violado en su sustancia, sin necesidad de recurrir a una derogación expresa como la sancionada por el nacional socialismo en 1935...*²⁹⁴.

Es evidente que ante la ausencia de normas para judicializar los hechos de los '70, la Corte Suprema estaba creando derecho penal consuetudinario²⁹⁵ *ex post facto*. En ese sentido tiene dicho Luigi Ferrajoli “*El Estado totalitario... ordenará a sus jueces que castiguen, creando ellos la norma que falta*”²⁹⁶.

No obstante ello, la Corte kirchnerista por mayoría ajustada en sus sentencias votó en violación de dicho principio.

²⁹⁴ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Reimpresión 1992, pág. 137/38.

²⁹⁵ El derecho consuetudinario no es fuente de derecho penal en la Argentina. No reemplaza a la legislación del Congreso, Art. 18,75:12,126, 27 y 31 de la CN.

²⁹⁶ Luigi Ferrajoli, ‘*Derecho y Razón*’, Ed. Trotta, 2001.

- El presidente de la CSJN, Dr. R. Lorenzetti, en el referido libro *Derechos Humanos Justicia y Reparación*²⁹⁷, evidencia la violación encubierta del principio de legalidad, dice el autor: *La cuestión es controvertida porque existen dos posiciones al respecto.*

*La primera considera que hay una aplicación retroactiva, porque, cuando los hechos ocurrieron, no había una ley que los tipificara como delito y, por lo tanto, se afectan garantías constitucionales del derecho penal*²⁹⁸. *La otra opinión entiende que no hay una aplicación hacia atrás porque estos hechos eran considerados delitos en el momento que fueron cometidos, pues violaban el derecho de gentes y el derecho humanitario constitucionalizado* [considerando 28 del caso "Arancibia Clavel"].

El problema es entonces de fuentes del derecho. Si se considera que la única fuente es la ley, hay una aplicación retroactiva, mientras que, si se admite el pluralismo de fuentes, es posible sostener la segunda posición.

Esta interpretación “masiva” y “no jerárquica de las fuentes del derecho” resulta una mera suposición sin anclaje en el orden normativo y constitucional vigente. El debido proceso que legisla el Art. 18 de la CN tiene como premisas la aplicación prioritaria de la ley, mientras que el resto de las fuentes del derecho sólo pueden sustentar una derivación del derecho frente a la existencia de un vacío legal, principio limitado únicamente a las otras ramas del derecho.

Recuérdese que el derecho Penal no tiene vacíos ya que lo que no está prohibido por la ley está permitido e integra la esfera de reserva que en definitiva constituye el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica [Arts. 16, 19 y concordantes del CP]. En definitiva esta extensión interpretativa del derecho penal sometido a otra fuente del derecho que no sea la ley es arbitraria y anticonstitucional.

La CSJN ha reafirmado que, la arbitrariedad se configura cuando no hay derivación razonada del derecho vigente, esta peculiar interpretación ensayada por el ministro Lorenzetti carece de fundamento por la incongruencia que implica contradecir las pruebas que hacen al tipo penal denunciado con suposiciones antijurídicas.

²⁹⁷ Pág. 68.

²⁹⁸ Esta nota pertenece al texto original transcrito: Simón, Fallos: 328:2056.

En cuanto a la discusión, sigue diciendo el autor, sobre seguridad jurídica, la primera posición hace prevalecer las garantías del derecho penal para proteger la libertad del individuo, mientras que la segunda considera que, al ser una actuación del Estado que ejecuta un plan sistemático para aniquilar a la población civil, no puede invocarse una razón de este tipo, ya que existen principios superiores que exceden al derecho formal interno.

Luego agrega: Hemos manifestado nuestra opinión en los puntos anteriores, cuando señalamos que existe un derecho humanitario constitucionalizado con el cual se pretende afirmar que hay un pluralismo de fuentes²⁹⁹, pero con mayor determinación que el derecho natural o el ius gentium, a fin de preservar la seguridad jurídica.

Por último, no se debe perder de vista que estamos en presencia de un delito excepcionalísimo, y que –como se dijo– no caben analogías, con lo cual se avienta [sic] el riesgo de poner en peligro las garantías del derecho penal relacionadas con la libertad³⁰⁰.

En el desarrollo de este punto existen por parte de los autores, [presidente y secretario técnico de la Corte Suprema] aseveraciones cuestionables con las que se construye una “verdad jurídica oficial” *ad hoc*. Aunque su refutación requiere mayor extensión habremos de exponer brevemente algunos aspectos.

En principio, refieren la existencia de dos posiciones frente a la retroactividad de la que parecieran no tomar parte. Sin embargo, es evidente que se apoyan la segunda en contra de la primera sostenida por el Dr. D’Alessio, y sustentan la vigencia de los derechos humanos constitucionalizados.

- El ministro Maqueda al referirse al Art. 15 del PIDCP, en el caso "Arancibia Clavel", además reinterpretar el Art. 118 de la CN parcializándolo, por cuanto pretende ignorar que este se refiere expresamente a delitos cometidos *fuera de los límites de la Nación*, optó por elaborar un complejo razonamiento para afirmar

²⁹⁹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Posición que hemos sostenido ampliamente en *Teoría de la Decisión Judicial*.

³⁰⁰ Lorenzetti, *Derechos humanos...* op. cit. Pág. 68.

falsamente que el principio de legalidad no se viola, y afirmó la vigencia en el CP de los DLH:

57°] Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio nullum crimen sine lege por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional [incorporada mediante el Art. 118 de la Constitución Nacional], sino que también constituía un delito para el código penal argentino.

Como se observa el ministro omite exponer que el principio es *previa legem* y no exclusivamente *sine legem*.

- A mayor abundamiento puede mencionarse lo expresado por el TOF de Santa Fe en la sentencia 22/10 del 23 de agosto de 2010, en el caso "Facino, Mario": *Por ello, más allá de que la Argentina haya aprobado la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad con posterioridad a los hechos de la causa, ninguna duda cabe de que tales normas formaban parte del derecho de gentes, y como sabemos, ya desde los comienzos de nuestra organización como Estado, en 1853, la propia Constitución reconocía en su Art. 102 [actual 118], su jurisdicción en relación a los delitos cometidos contra el derecho de gentes. Asimismo debemos recordar que el propio art. 1º de la referida Convención establece que los crímenes de lesa humanidad "...son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...". De este modo no vemos que se haya afectado—como sostuvo el defensor en su alegato— el principio de legalidad.*

Nótese que ningún derecho ni beneficio previsto por la ley es reconocido a los justiciables, en razón la "excepcionalidad" de los delitos "de esa laya", pero cuando se trata de identificar la conducta típica de los delitos perseguidos, éstos pierden el carácter excepcional y las sentencias afirman que no se viola el principio de legalidad porque los DLH en la época de los hechos ya constituía[n] un delito para el código penal argentino.

17.3.2 | DERECHOS CONSTITUCIONALIZADOS

En otro pasaje del libro que venimos comentando, Lorenzetti adhiere al concepto de constitucionalización de los derechos: *...no hay una violación del principio de legalidad en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento como una violación de los “derechos humanos constitucionalizados” y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del estado de derecho.*

Acerca de los derechos constitucionalizados nos dice el jurista e investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM– Miguel Carbonell ³⁰¹ : *Podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados. [...] se refiere a derechos humanos pero que figuren en la Constitución, es decir, derechos humanos constitucionalizados: o sea, derechos fundamentales.*

Para luego agregar acerca de los derechos fundamentales: *Una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental*³⁰².

Si bien la Constitución Nacional incluyó desde siempre las garantías individuales, entre ellas el principio de legalidad [Art.18 de la CN], la expresa condición de derechos humanos constitucionalizados fue adquirida *ex post facto* en 1994, con la reforma de la Constitución, al incluir los pactos de DDHH en el Art. 75 inc. 22, no vigentes durante los '70³⁰³ en el derecho interno. Consecuentemente las normas que protegen la comisión de DLH aún hoy no han adquirido ese status porque el Congreso no le dio jerarquía constitucional al ER, y el estatuto de Nuremberg no ingresó al derecho interno. La única norma vinculada a esta cuestión que tiene esa jerarquía es la

³⁰¹ CARBONELL, Miguel, "Los Derechos Fundamentales y la Acción de la Inconstitucionalidad", *Biblioteca jurídica virtual*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Pág. 4.

³⁰² Esta nota pertenece al texto original transcripto: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid 2012, [3ra. impresión], pág. 63.

³⁰³ Recuérdese la reserva que interpuso la Argentina en el momento de la firma de la CADH en 1984, asegurando su aplicabilidad sólo hacia el futuro, así como la que, en el mismo sentido, prevé la aplicación del Art. 15.2. del PIDCP [1986].

imprescriptibilidad de los DLH, vigente a partir de la promulgación de la ley 25.778 el 2 de septiembre de 2003, oportunidad en que se habría convertido en un derecho constitucionalizado. Obsérvese que el Art. 75 inc. 22 de la CN habilita la constitucionalización de normas de derechos humanos, al establecer que los *...tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.*

En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad no expresa taxativamente una protección ni reconoce derecho alguno, sólo otorga una característica particular a determinado tipo de delitos, por lo que únicamente una interpretación expansiva puede asegurar que dicha Convención establece “derechos humanos” cuando en realidad sólo concreta formas de aplicación del Derecho.

Por esa razón esta Convención debe respetar otros principios e imposiciones del derecho, como las establecidas en la CVDT y en el ER [irretroactividad de las convenciones, ley posterior deroga ley anterior en la misma materia, etc.]

No obstante el Art. 18 de la CN establece: *Queda abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas*, ello da pie a la afirmación de algunos ministros que los hechos de los '70 considerados ilícitos, ya estaban constitucionalizados en la época de su comisión, sin considerar, entre otros aspectos, que los ilícitos que se persiguen son DLH.

Las garantías de los derechos fundamentales de la Constitución de 1853, no contemplaban delitos “excepcionalísimos”, como afirma el Ministro Lorenzetti, definidos más de un siglo después.

Por otra parte no puede existir “pena” alguna sin juicio previo fundado en ley anterior a los hechos. Lo contrario sería admitir, irresponsablemente, que el monopolio de imponer penas por parte del Estado es relativo, lo que constituye un despropósito del principio republicano de gobierno que otorga con exclusividad al Poder Judicial la función de imponer penas previo juicio conforme las garantías constitucionales.

Esta posición que extravía la pena del juicio previo conforme lo exige nuestra Constitución, puede llegar en alguna oportunidad a convalidar las “penas” que se imponían en los “juicios revolucionarios” de las organizaciones terroristas. Ello

importaría convalidar desde una doctrina errática las atrocidades cometidas no sólo por el terrorismo pasado sino en el que se está operando en el mundo en la actualidad.

Tanto el derecho argentino como el internacional reservan la imposición de penas a los respectivos órganos judiciales de las repúblicas o reinos donde se cometen los hechos, por ello el Art. 18 de la C.N. sólo veda al Poder Judicial competente imponer penas de muerte por “causas políticas”, no impidiendo que dicha pena capital pueda ser impuesta en otros casos.

El derecho a la vida, por ejemplo, susceptible de ser reconocido en las garantías constitucionales [Art. 18] de la primera parte de la Constitución, estaba limitado por la vigencia de la pena de muerte hasta la derogación de la ley 14.029³⁰⁴ y la sanción de la ley 23.077 en reemplazo de la ley 21.338³⁰⁵ de 1976, que en su Art 5° imponía la pena capital.

En cambio, con la incorporación de la CADH con jerarquía constitucional y la

³⁰⁴ Derogada el 26 de febrero de 2009 por Art. 7 ley 26.394.

³⁰⁵ Los Arts. 5, 5 bis y 80 bis de la ley 21.338 del 25/06/76 establecían:

- *Art. 5: Las penas que este Código establece son las siguientes: muerte, reclusión, prisión, multa e inhabilitación.*
- *Incorporase como Art. 5° bis el siguiente: Art. 5° bis. La pena de muerte será cumplida por fusilamiento y se ejecutará en el lugar y por las fuerzas que el Poder Ejecutivo designe, dentro de las cuarenta y ocho horas de encontrarse firme la sentencia, salvo aplazamiento que éste podrá disponer, por un plazo que no exceda de diez [10] días.*
- *Art. 80 bis. -Se impondrá pena de muerte o reclusión perpetua, al que matare:*
 - 1° A un miembro de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial de la Nación, o de las provincias o de los municipios, sus ministros o secretarios, o a un fiscal o secretario judicial, con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones, o que fuere víctima de la agresión por su condición de tal, aunque no se encontrare cumpliendo actos relativos al desempeño de su cargo;*
 - 2° A quien, en el momento del hecho, desempeñare un acto del servicio propio de las fuerzas armadas o de seguridad o policiales o penitenciarias, o quien fuere víctima de la agresión por su condición de integrante de dichas fuerzas, aunque no se encontrare cumpliendo actos relativos a sus funciones o del servicio.*
 - 3° Simulando un estado, oficio, empleo, profesión o cualquier circunstancia tendiente a desfigurar o alterar su personalidad de manera que pueda inducir a engaño a la víctima, privándola de la oportunidad de la defensa que naturalmente hubiera empleado en caso de no haber mediado aquella simulación.*

vigencia del Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990³⁰⁶, el derecho a la vida quedó plenamente consagrado y abolida para cualquier caso la pena de muerte, ampliando la garantía constitucional del Art. 18 que estaba restringida a aquellos procesos que reconocían “causa política”.

En consecuencia los DLH, no estaban constitucionalizados en la época de los hechos, y por lo tanto es difícil coincidir con los argumentos del presidente y del secretario de la CSJN, en particular cuando afirman³⁰⁷ que *los juicios de lesa humanidad forman parte del contrato social de los argentinos y se desarrollaron dentro del derecho vigente en la época*. Debe tenerse presente que en el libro: *Derechos Humanos Justicia y Reparación* –al que ya nos hemos referido– adelanta públicamente su opinión acerca de los delitos que, en su condición de presidente de la CSJN, aún debe juzgar, al sostener que: *El elemento jurídico en la apertura de este proceso es la noción de “delitos de lesa humanidad”, figura excepcionalísima en el derecho penal que permite declarar que estos crímenes no prescriben y no pueden ser amnistiados ni indultados*³⁰⁸.

Afirmaciones dogmáticas falsas como habremos de ver seguidamente, que asignan a la justicia un rol fundacional para la que no ha sido concebida, al afirmar: *Es relevante recordar que no se trata de juzgar el pasado sino de fundar las bases del futuro y finalmente reconoce el carácter político de los juicios de venganza: Es cierto que el contexto político de la época facilitó el camino*³⁰⁹.

En consecuencia, el Dr. Lorenzetti debería excusarse de entender en los recursos que llegan a la CSJN por aplicación del Art. 55 inc. 10 del CPPN.



³⁰⁶ Ratificado por la Argentina el 18/ 6/2008.

³⁰⁷ Lorenzetti, *Derechos Humanos...*op. cit. pág.10.

³⁰⁸ Ibídem pág. 9.

³⁰⁹ Ibídem pág. 131.

...se está juzgando por aplicación retroactiva de la Convención sobre imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad.

Jorge Torlasco

Miembro del tribunal que juzgó a las Juntas Militares³¹⁰.

La discrecionalidad absoluta, como la corrupción, marcan el comienzo del final de la libertad.

New York vs. United States,
342 U.S. 882.884 [1951]

CAPÍTULO IV

La imprescriptibilidad de los DLH Sustento jurídico del castigo a civiles y militares

1 | EL COMPONENTE TEMPORAL DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE 1968

1.1 | LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS:

La mayoría de las sentencias califican los hechos como DLH sin dar fundamentos de ello, algunas se basan en el ER y otras son más elusivas.

No obstante, dos fundamentos que devienen de la jurisprudencia de la CSJN, fueron expresados, el 26 de octubre de 2011, en el considerando XX de la sentencia de la

³¹⁰ Enfoques, *La Nación* 15/08/2010.

causa "ESMA 1270" del Tribunal Oral Federal N° 5 [TOF 5] de la CABA³¹¹:

... que los hechos objeto de este proceso resultan constitutivos de crímenes de lesa humanidad, y así deben ser calificados [Art.118 de la Constitución Nacional y Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por ley 24.584].

Otros tribunales optaron por no ser tan precisos a la hora de encuadrar los delitos tal es el caso del TOF N° 1 de La Plata:

...no se le imputa la comisión de delitos comunes graves sino delitos graves que se encuadran en la categoría de crímenes de lesa humanidad sancionados por las normas internacionales en materia de derechos humanos que en nuestro país goza de jerarquía constitucional [Art. 75 inc. 22 CN]³¹².

El TOF N°1 de San Martín expresó:

...consideramos que se trata de delitos de lesa humanidad, por ser delitos tipificados en nuestro régimen penal y ser calificados así por el derecho internacional de los Derechos Humanos³¹³.

Por su parte el TOF de Tucumán dijo:

Los ilícitos cometidos configuran delitos de lesa humanidad para el ordenamiento penal internacional consuetudinario y convencional pero además se inscriben en el derecho interno resultan [sic] alcanzados por los Arts. 29 y 36 de la Constitución Nacional³¹⁴.

³¹¹ Segundo juicio "ESMA" o causa "ESMA 1270" del TOF N°5 de la CABA.

³¹² Sentencia en la causa 2901/09 Abel David Dupuy y otros de noviembre de 2010.

³¹³ TOF N° 1 de San Martín, integrado por los Dres: Héctor Omar Sagretti, Daniel Cisneros, y Víctor Bianco, causa N° 2203, seguida a Juan Demetrio Luna.

³¹⁴ TOF de Tucumán, integrado por los doctores Carlos Enrique Ignacio Jiménez Montilla - Gabriel Eduardo Casas y Josefina Curi, Causa: "Vargas Aignasse Guillermo S/Secuestro y Desaparición". Expte.V - 03/08.

TOF de Posadas apuntó:

Baste por ahora declarar que, con las pruebas directas enumeradas, [...] los delitos que públicamente fueron ventilados en el plenario, [...] han tenido real existencia y entidad suficiente para ser considerados aberrantes e imprescriptibles, alcanzando la categoría de “delitos de lesa humanidad”, y ASÍ VOTAMOS³¹⁵.

Como se observa, existe una sorprendente disparidad en los fundamentos al momento de calificar los hechos sometidos a juzgamiento, e incluso hay disidencias como la del juez José María Pérez Villalobo, del TOF de Tucumán, quien expresó: *Se condena a los procesados por crímenes de lesa humanidad imponiéndose la pena correspondiente a cada uno de los delitos cometidos en el marco de aquellos, aun cuando el crimen de lesa humanidad no estaba tipificado en nuestra legislación nacional*³¹⁶.

Ante tanta imprecisión, veamos la lógica de los argumentos y las evidencias, para comprobar si las aseveraciones del TOF N° 5 de la CABA en la sentencia de la causa "ESMA 1270", previamente referida, están ajustadas a derecho.

El Art. 1 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU, contiene una frase que resulta confusa si no va acompañada de una adecuada interpretación de "buena fe" y con arreglo al contexto en el que se dio la Convención, pues a todas luces viola el principio de legalidad.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, [CVDT] ratificada por la Argentina en 1972, y en vigor desde el 27 de enero de 1980³¹⁷, celebrada para regular

³¹⁵ TOF de Posadas, integrado por los Doctores Norma Lampugnani de Arce Mielnik, Manuel Alberto Jesús Moreira y Carlos Adolfo Sodá, causa N° 30 - AÑO 2.009, caratulada “Cuenca, José María S/ Tormentos Agravados y Gomez, Rubén Alberto s/ Tormentos Agravados.

³¹⁶ Causa: “Romero Niklison María Alejandra s/Su pedido. Nro. 401.118/04 y sus acumulados: Romano Miguel Armando y otros s/Inf. a los arts 213 bis y 189 bis del C.P. Expte Nro 358/76 y “Meneses Adolfo Francisco s/Su pedido” Expte 1119/00.

³¹⁷ Aprobada por ley 19.865 del 11/01/73.

las relaciones convencionales entre estados, en su Art. 26 establece la forma en que se deben interpretar los tratados y refiere el principio: "*Pacta Sunt Servanda*"³¹⁸. *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*³¹⁹. La Argentina tiene, entonces, responsabilidad internacional si como consecuencia de una "particular" interpretación de los tratados, se producen graves violaciones a los derechos humanos³²⁰ como veremos más adelante.

³¹⁸ Este postulado ...no requiere demostración; todo intento en ese sentido llevaría a la casuística. Significa fidelidad a las promesas y cumplimiento escrupuloso de estas mediante actos, o por la abstención de actos que pudieran malograr el propósito del contrato. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966, Vol. I, parte II, pág. 33, párrafo 17.

³¹⁹ El Art. 31 de la Convención de Viena establece la regla general de interpretación de los tratados:

1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*
2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*
 - a) *todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*
 - b) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;*
3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:*
 - a) *todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*
 - b) *toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
 - c) *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

El Art. 32. establece los medios de interpretación complementarios. *Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

- a) *deje ambiguo u oscuro el sentido; o*
- b) *conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

³²⁰ La persecución política actual a militares y civiles que actuaron en la década del '70 contra el terrorismo, sería susceptible de ser encuadrada en los términos del Artículo 7 inc. e) del Estatuto de Roma incorporado al derecho doméstico, en plena vigencia y vinculante para la Argentina:

Art. 7- *A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualesquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: ... e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho*

Tal como se puede comprobar en la nota 319 de pie de página, los Art. 31 y 32, tanto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –CVDT–, como de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales –CVDOI³²¹–, establecen la *Regla general de interpretación de los tratados*, y los *Medios de interpretación complementarios*, asignando el siguiente orden de precedencia:

1º-El contexto³²² [Art. 31.2] incluye:

- [a]-El texto [incluidos el preámbulo y los anexos].
- [b]-Todo acuerdo o instrumento vinculado a la celebración del tratado.

2º-Junto con el contexto se tiene en cuenta todo acuerdo o práctica ulterior vinculada al tratado, y prácticas del derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes.

3º-Luego se recurre a los medios de interpretación complementarios: trabajos preparatorios del tratado y circunstancias de su celebración [Art. 32].

En función de lo expresado, es entonces el texto del tratado por donde debemos comenzar con nuestro estudio.

internacional. Subsidiariamente agrega el inc. h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3 u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

En marzo de 2012 el Ministerio Público Fiscal registraba en su pág. web: 841 militares procesados y 281 condenados, a 2014 fuentes propias registran 1882 procesados.

³²¹ Esta Convención aún no entró en vigor, pero fue ratificada por la Argentina el 17 de agosto de 1990.

³²² En las discusiones previas a la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, la CDI expresó acerca del contexto, *...designa el texto total del tratado en relación a una disposición determinada del mismo [...] cabe interpretar ese término en el sentido del ambiente general político, económico y social en que se ha celebrado el tratado*. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966, Vol. I, parte II, página 191, párrafo 39.

1.2 | EL TEXTO DE LA CONVENCIÓN:

1.2.1 | EL TIEMPO DEL VERBO

El Art. 1 de la Convención sobre la imprescriptibilidad, al que ya nos hemos referido, está redactado en tiempo verbal presente y en futuro, pero nunca emplea el pretérito para lo que dispone. Véase que en el mencionado artículo establece:

Art.1-Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 [I] de 13 de febrero de 1946 y 95 [I] de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 [I] de 13 de febrero de 1946 y 95 [I] de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Como se observa, el tiempo verbal empleado en la redacción del primer párrafo es el presente y refiere que los delitos ...*son imprescriptibles*.

El Art. 2 en cambio, está redactado en tiempo de verbo futuro; comienza diciendo:

-Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que

conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

Si la intención hubiera sido que la Convención se aplicara a otros hechos anteriores a ella, debería haberse redactado en pasado diciendo: Si se hubieren cometido..., u otra expresión similar, y también...*que participaron...*,...*que incitaron...*; con la forma de redacción adoptada se ha excluido toda intención de retroactividad para hechos no aludidos en los apartados a] y b] del artículo anterior.

Pero el texto en sí no habilita claramente toda retroactividad, en consecuencia hoy, ajustándose al texto y teniendo en cuenta el principio de legalidad, una interpretación de buena fe no debiera permitir la aplicación retroactiva del derecho penal.

1.2.2 | EL ALCANCE DE LA CONVENCIÓN

Pese a lo dicho, el conflictivo Art. 1, incluye también la expresión “que se hayan cometido”, que refiere a un tiempo pasado y anterior a 1968, precedida por la frase “cualquiera sea la fecha”, que implica tres segmentos diferentes de tiempo y pretende cubrir diferentes momentos, esto es: pasado, presente y futuro:

- En efecto, el primer segmento refiere a un tiempo pasado anterior a 1968 y vinculado indudablemente a los crímenes nazis, pues estos eran los crímenes que estaban por prescribir e *inquietaban a la opinión pública mundial*, tal como lo expresa el preámbulo de la Convención y lo confirman varias opiniones de los estados, como se verá más adelante.
- Un tiempo presente vinculado a los problemas de la ONU en la década del '60 susceptibles de ser encuadrados como DLH, en especial las conductas colonialistas e intransigentes de Portugal y de Sudáfrica, que dieron lugar a las resoluciones de la Asamblea General 1514 [XV] de 1960³²³, 2105 [XX] de 1965³²⁴, 2107 [XX] de

³²³ Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.

³²⁴ Aplicación de la Declaración sobre la independencia a los países y pueblos coloniales.

1965³²⁵ y 2184 [XXI] de 1966³²⁶ referidas en el preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad con relación a Portugal, y 2202 [XXI] de 1966³²⁷, 2439 [XXIII] de 1968³²⁸, entre otras, vinculadas al colonialismo sudafricano y la política de *apartheid*.

- Finalmente incluye un tiempo futuro, posterior a 1968, abierto a crímenes que pudiesen producirse durante futuros conflictos, sin obviar que para que se vuelva operativo el Art. 4 de la Convención, compromete a los Estados Partes a incorporar este tratado internacional al derecho interno *con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales* [principio de legalidad].

A su vez el Art. 8, incisos 1 y 2, establece la oportunidad en que... *entrarán en vigor*... [principio de irretroactividad], cuestiones a las que se hará referencia más detallada en apartados posteriores.

Por otra parte, es evidente que la expresión *cualquiera sea la fecha* de la primera parte del artículo 1, no establece la retroactividad en forma taxativa, porque los tratados obligan a los estados hacia el futuro, es decir *cualquiera sea la fecha* a partir de la entrada en vigor del tratado excepto que el texto del mismo lo consigne de manera expresa [Art. 24, y 28 de la CVDT].

En ese sentido el Dr. Andrés D'Alessio plantea la duda cuando expresa³²⁹ *...aunque se aceptase que esa cláusula dispone inequívocamente la retroactividad, lo que no resulta indudable...* para luego desarrollar las formas en que podría interpretarse.

³²⁵ Cuestión de los territorios bajo administración portuguesa.

³²⁶ Cuestión de los territorios bajo administración portuguesa. [Nótese que la Res. 2184 lleva el mismo título que la Res. 2107].

³²⁷ La política de *apartheid* del Gobierno de la República de Sudáfrica.

³²⁸ Medidas para combatir eficazmente la discriminación racial y la política de *apartheid* y segregación en el África meridional.

³²⁹ D'Alessio, Andrés, *Los delitos de lesa humanidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 80 y 81.

Como hemos visto, para interpretar adecuadamente un tratado de "buena fe", es necesario estudiar el contexto jurídico, aunque también ayuda a comprender los hechos el contexto histórico.

Veamos ahora las características más importantes que particularizan la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU.

1.2.3 | LA DEFINICIÓN DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

En cuanto al tipo del delito la Convención establece la imprescriptibilidad de *Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945...*

La Convención entonces, no tipifica el delito al que le otorga la imprescriptibilidad.

La Real Academia Española entiende que una definición es una *proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial*, mientras que la tipificación de una conducta para constituir delito exige *definir una acción u omisión concretas, a las que se asigna una pena o sanción* en caso de incurrirse en ella.

En una definición no se establece pena alguna, en consecuencia prima el principio *Nullo crimen sine poena*. No obstante, la definición puede servir de fundamento al legislador para que mediante una ley, tipifique un delito.

Por lo tanto la definición opera sobre el campo legislativo, mientras que el tipo penal lo hace sobre el judicial.

En definitiva el tipo penal precisa la conducta punible y su correspondiente pena, supuestos que no tiene la Convención sobre la imprescriptibilidad.

2 | NEXO ENTRE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y LA CUESTIÓN DEL NAZISMO

La manifiesta preocupación de la ONU por el nazismo remanente y la intolerancia racial, dio lugar entre otras, a las resoluciones 2331 [XXII]³³⁰ de 1967, 2438 [XXIII] de 1968 y 2545 [XIV] de 1969³³¹ en las que también se condena el *apartheid*.

Ello revela que la problemática anti nazi estaba presente en el ámbito de la ONU en 1968 cuando se trató la Convención sobre la imprescriptibilidad.

No obstante por su conflictividad, interesa el estudio del segmento hacia el pasado del texto de dicha Convención contenido en el Art. 1, porque en éste se basa la CSJN para legitimar la conducta punitiva retroactiva del Estado.

En relación con ello, el primer aspecto que surge con claridad es la vinculación de la retroactividad con la necesidad de punir únicamente los crímenes de los nazis anteriores a 1968.

Esto no sólo viene dado por las referencias mencionadas en el preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad³³², sino también por la presentación de Polonia en 1965³³³ ante la Comisión de Derechos Humanos –CDH– de la ONU, preocupada por la propaganda que se estaba efectuando en su territorio en favor del

³³⁰ En el preámbulo de dicha resolución va dicho: *Reconociendo que deben tomarse medidas para hacer cesar las actividades nazis dondequiera que se produzcan.*

Condena firmemente toda ideología, incluido el nazismo, que esté basada en la intolerancia racial y en el terror, por cuanto supone una violación notoria de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. [1967].

³³¹ Todas las resoluciones llevan por título: Medidas que se han de adoptar contra el nazismo y la intolerancia racial.

³³² El texto de la Convención refiere: 1] que los crímenes de los nazis estaban prescribiendo, 2] cita resoluciones de la ONU vinculadas a los nazis –Res. 3[I] y 95[I] – y, 3] remite a los delitos tipificados en el Estatuto de Nuremberg para los principales criminales del Eje Europeo.

³³³ E/CN.4/L 733/Rev1.

nazismo y la prescripción de los delitos de los criminales de guerra. Presentación que dio origen a lo que más tarde sería la Convención sobre la imprescriptibilidad.

Cabe destacar que dicha Convención remite a la "definición" de los DLH establecidos en el Estatuto de Nuremberg, y no hace lo propio con el Estatuto de Tokio que habilita la jurisdicción sobre los criminales de guerra japoneses, tribunal que a diferencia del de Nuremberg, fue creado por una orden ejecutiva del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en el Extremo Oriente, general Douglas Mc Arthur, el 19 de enero de 1946.

Por otra parte los DLH tampoco fueron tipificados en el texto de la Convención, de acuerdo con lo sugerido por algunas naciones en las rondas consultivas; o como ocurrió en 1948, con la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en la que se tipificó ese delito en el texto de dicho instrumento internacional [Art. 2 inc. a, b, c, d y e].

En 1950, durante la formulación de los principios de Nuremberg por parte de la Comisión de Derecho Internacional –CDI– de la ONU, al momento de analizar la tipificación de los DLH establecidos en el Estatuto de Nuremberg, a fin de darle un carácter universal, se omitió la expresión “*antes o durante la guerra*”, *contenida en el Art. 6 c] del Estatuto del Tribunal de Nuremberg porque esta frase refería a una guerra particular, la guerra de 1939*³³⁴.

Era claro entonces que los DLH, aplicables a los responsables del nazismo del Eje Europeo y dados en ese Estatuto, estaban circunscriptos a los hechos acaecidos exclusivamente *antes o durante* la Segunda Guerra Mundial –IIª GM–.

Años después, la CDI elaboró los borradores del texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad.

Cuesta aceptar que en el seno de esa comisión no se apreciase que al remitir a la definición de los delitos considerados en el Estatuto de Nuremberg, se estaba circunscribiendo su aplicación a una jurisdicción y a un grupo determinado de

³³⁴ Report of the International Law Commission 5 june-29 july 1950. General Assambly, Official Records: Fifth sesión pág. 11.

personas, ignorando expresamente a los criminales de guerra japoneses y los delitos de los aliados.

Es evidente que si la ONU hubiese querido evitar la vinculación de los delitos de lesa humanidad con la cuestión de los máximos responsables del Eje Europeo, los habría tipificado de manera más amplia extendiendo la jurisdicción en el mismo texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad, o incluso podría haber recurrido al enunciado del VI principio de Nuremberg [1950] cuyo texto los desvincula de los límites del Estatuto de Nuremberg.

La práctica de tipificar los delitos en los textos convencionales no es una excepción. Se la puede observar en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* –CIRCCA–, adoptada el 30 de noviembre de 1973, en la que se tipifican las conductas de este particular crimen.

Lo propio ocurrió, como hemos referido, con la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, la ley 10 del Consejo de Control de las Potencias Aliadas³³⁵, el Estatuto de Roma, etc., donde pese a la existencia de convenciones específicas, se tipifican nuevamente todos los delitos sobre los que la CPI tiene jurisdicción: el Art. 6 tipifica el delito de genocidio, el Art. 7 los delitos de lesa humanidad y el siguiente los crímenes de guerra.

Pero llama la atención que la propia Convención sobre la imprescriptibilidad que tipifica en su texto el delito de apartheid, no hace lo propio con los delitos de lesa humanidad a cuyo efecto remite a la "definición" dada en el Estatuto de Nuremberg.

Surge entonces claramente que en el texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad, se mantuvo expresamente la tipificación de los delitos de DLH del Estatuto de Nuremberg, y ello vincula de manera indisoluble la imprescriptibilidad retroactiva a las conductas de los principales nazis de la IIª Guerra Mundial, y a un contexto de guerra o pre guerra en una determinada jurisdicción.

³³⁵ El Consejo de Control de las Potencias Aliadas, comunmente llamado Consejo de Control –CC– fue un organismo creado por los aliados para administrar Alemania de manera unificada a pesar de encontrarse dividida en cuatro zonas de ocupación. En 1949 las zonas asignadas a los EE.UU., Francia y Reino Unido se unieron y dieron lugar a la República Federal Alemana [RFA], mientras los rusos dieron origen a la República Democrática Alemana [RDA].

Si bien la Convención sobre la imprescriptibilidad tiene por objeto dotar de esta naturaleza a los crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad y *apartheid*, la guerra de agresión –centro de la cuestión en el juicio de Nuremberg– en este punto de la evolución de los delitos internacionales, quedó fuera de las consideraciones de imprescriptibilidad.

Por otra parte, merece destacarse que mientras para los crímenes de guerra y delitos de genocidio, el texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad remite a las definiciones dadas en las Convenciones de Ginebra y en la Convención para la sanción del delito de genocidio, ambas con tendencia de aplicación universal, en los casos de DLH en cambio, se circunscribe a la definición dada en un Estatuto cuya competencia y jurisdicción quedan acotadas a los límites de éste³³⁶.

Además, como hemos previamente indicado, en el caso del *apartheid* el texto de la Convención no remite a otro instrumento sino que lo tipifica, aunque de manera poco taxativa.

El Art. II refiere: *...la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid*.

Ello revela que los DLH también pudieron haberse tipificado en el texto de esta Convención, si hubiese sido esa la intención.

Todo lo anterior nos permite afirmar que la tipificación de los delitos de lesa humanidad de la Convención sobre la imprescriptibilidad, fue remitida a la establecida en el Estatuto de Nuremberg, con el único fin de circunscribir la competencia de la imprescriptibilidad a los crímenes de los más importantes representantes del nazismo del Eje Europeo.

De hecho, la propia Convención de la ONU reafirma la jurisdicción restringida a la cuestión nazi a partir de la referencia a las resoluciones 3[I] y 95[I], pues éstas, según su texto, confirman la definición de los DLH. El Art. 1 inc. b. de la Convención establece:

³³⁶ Los Estatutos para los tribunales penales adoptados por la ONU establecen con claridad su jurisdicción y competencia.

Art. 1. b] Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3[I] de 13 de febrero de 1946 y 95[I] de 11 de diciembre de 1946...

La Res. 3[I] referida a la *Extradición y castigo de criminales de guerra* establece:

Teniendo en cuenta la declaración hecha en Moscú el 1° de noviembre de 1943 por el presidente Roosevelt, el Mariscal Stalin, y el primer Ministro Señor Churchill, con respecto a las atrocidades cometidas por el enemigo en el curso de la guerra, así como las declaraciones hechas el 13 de enero y el 18 de diciembre de 1942 por ciertos gobiernos aliados sobre el mismo asunto.

Teniendo en cuenta las leyes y usanzas de la guerra establecidas por la Cuarta Convención de La Haya de 1907; teniendo en cuenta la definición de crímenes de guerra contra la paz y contra la humanidad que figuran en la Carta del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945; creyendo que ciertos criminales de guerra siguen evadiendo la justicia en los territorios de ciertos estados; recomienda: que los Miembros de las Naciones Unidas tomen inmediatamente todas las medidas necesarias para que estos criminales de guerra que han sido responsables, o han consentido los crímenes de guerra, sean detenidos y enviados a los países donde se han cometido tan abominables actos, para que sean juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de esos países; e insta a los gobiernos de los estados que no son miembros de las Naciones Unidas, para que tomen todas las medidas necesarias para la detención de tales criminales en sus respectivos territorios, con objeto de que sean enviados a los países donde se cometieron los crímenes, para que sean juzgados y castigados de acuerdo con la leyes de esos países, 13 de febrero de 1946.

Por su parte la Res. 95 [I] referida a la confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg, expresa:

[...] Toma nota del Acuerdo para establecer un Tribunal Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres del 3 de agosto de 1945 y del Estatuto anexo al mismo, así como del hecho de que principios similares han sido adoptados en el Estatuto del Tribunal Militar

Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente, promulgados en Tokio el 19 de enero de 1946.

Por lo tanto, confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho tribunal.

Da instrucciones al Comité de Codificación de Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946, para que trate como un asunto de importancia primordial los planes para la formulación, en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal.

Las dos resoluciones de la ONU que confirman la definición de los delitos de lesa humanidad dadas en el Estatuto de Nuremberg plantean dos escenarios diferenciados; la primera vincula claramente la definición de tales delitos con la guerra y la necesidad de punir las conductas de los nazis.

Naturalmente se requiere de la imprescriptibilidad de los delitos y de la colaboración internacional para evitar que *ciertos criminales de guerra sigan evadiendo la justicia en los territorios de ciertos estados*³³⁷.

La segunda resolución reafirma su relación con la guerra y orienta la creación de un "Código Criminal Internacional" para hechos futuros, basado en los Principios de Nuremberg.

Sin embargo esto no ocurrió, sino parcialmente, hasta 1998 con el Estatuto de Roma para la CPI, y aún no se ha completado con todos los requisitos propios de un código penal internacional.

Es claro entonces que ninguna convención de la ONU le otorga a la tipificación de los delitos referidos en el Estatuto de Nuremberg jurisdicción universal.

³³⁷ El 3 de diciembre de 1973 la Asamblea adoptó 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*.

Por el contrario, los tratados expresan la decisión de punir las conductas de los nazis por parte de los países con ese mandato y con sus leyes internas, mientras el resto se comprometía a la extradición de los criminales de guerra.

En consecuencia, intentar trasladar el espíritu de las resoluciones 3[I] y 95 [I] y al texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad y pretender compatibilizar el interés de algunas naciones europeas, preocupadas por la prescripción de los delitos del nazismo sin violar el principio *nullum crimen sine lege* –NCSL–, no luce tan sencillo.

El resultado fue un confuso texto que pareciera evanescer la violación del principio de legalidad, que para ese entonces ya había sido receptado en la Declaración Universal de Derechos del Hombre –DUDH– [1948] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– [1966] de la ONU, además del Convenio Europeo para la Protección de los DDHH [1950].

En otros términos, para la época en que se dio la Convención sobre la imprescriptibilidad, el principio de legalidad ya formaba parte constitutiva de los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas y por lo tanto era derecho consuetudinario y convencional vigente categorizado como *ius cogens*.

En consecuencia colapsaba con la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, lo que habría de ser justificado con la invocada "obligación moral" de castigar los crímenes de guerra del nazismo, contradicción sobre la que desarrolla su análisis Hans Kelsen, como veremos más adelante.

En ese sentido, cabe recordar que el derecho internacional goza de "ciertas libertades" en comparación con el derecho interno, dada la ausencia de un Poder Legislativo y una constitución que obligue a los agentes internacionales.

No obstante, para una mejor comprensión del alcance del Art. 1 de la Convención sobre la imprescriptibilidad, las opiniones de los estados cuyas prácticas son fuente de la costumbre internacional, revelan que la intención pretendida por éstos se concentraba mayormente en el castigo de los criminales europeos de la IIª Guerra Mundial vencidos.

En efecto, entre las expresiones de los representantes de varios estados, que veremos más adelante, Checoslovaquia –dos años después de haberse abierto a la firma la Convención– opinaba acerca de las conductas que deseaban perseguir y punir.

En el informe del Secretario General de la ONU A 8038 del 19 de agosto de 1970, dijo el representante de dicho Estado:

Como uno de los primeros estados víctima de la agresión nazi y por experiencia personal, cuyo pueblo sufrió las crueldades de los criminales nazis durante la Segunda Guerra Mundial, Checoslovaquia muestra mucho interés en la persecución y penalización constante particularmente con los crímenes nazis y en tomar medidas para prevenir la repetición de tales crímenes y de futuros incidentes similares.

3 | NEXO ENTRE LOS DLH Y UN CONTEXTO DE GUERRA.

Otro aspecto en torno a las características de la Convención sobre la imprescriptibilidad, es la vinculación de los DLH tipificados en el Estatuto de

Nuremberg con un contexto de guerra. Veamos algunos ejemplos que así lo afirman:

- La primera referencia surge del texto de la propia Convención, pues remite a la "definición" de los DLH dada en el Estatuto de Nuremberg y su comisión depende de la existencia de una situación de guerra.

El Art. 6 de dicho Estatuto define los DLH como:

...otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.

- El sumario³³⁸ explicativo de la Convención Europea de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, publicado por la Unión Europea, refiere:

El objetivo de esta Convención es asegurar que el castigo de crímenes contra la humanidad y las violaciones más graves de las leyes y costumbres de la guerra no sea impedido por limitaciones legales, ya sea en relación con el enjuiciamiento o con la ejecución de la pena.

*El texto se refiere en particular a violaciones de la Convención de las Naciones Unidas de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y violaciones de los cuatro Convenios de Ginebra [1949] para la mejora de las condiciones de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas, de los prisioneros de guerra y de las personas civiles en tiempo de guerra*³³⁹.

Vincula la imprescriptibilidad de los DLH al Derecho Internacional Humanitario, es decir a situaciones de conflicto armado, tal como puede verse en su Art. 2º, al tiempo que respeta la irretroactividad y la prescripción ya operada.

Si bien la Convención de la ONU y la europea presentan en lo referente a la irretroactividad opiniones disímiles, los estados europeos no dudaron en relacionar los hechos de la IIª Guerra Mundial a la imprescriptibilidad pretendida.

- También la Corte Suprema de Canadá en su sentencia por el caso del ex nazi Finta³⁴⁰, vincula los crímenes de lesa humanidad acriminados con las acciones de los nazis en los preparativos y desarrollo de una guerra de agresión.

³³⁸ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Summaries/Html/082.htm> .Consultada en abril 2012.

³³⁹ *Summary of the treaty*

The aim of this Convention is to ensure that the punishment of crimes against humanity and the most serious violations of the laws and customs of war is not prevented by statutory limitations whether in relation to prosecution or to the enforcement of the punishment.

The text refers in particular to violations of the 1948 United Nations' Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and to violations of the four Geneva Conventions [1949] for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces, of Prisoners of War and of Civilian Persons in Time of War.

³⁴⁰ Sentencia del 24 de marzo de 1994, files N° 23023, 23097.

En lo que respecta a los "crímenes contra la humanidad", esto en todo caso es claro: los nazis, cuando persiguieron y asesinaron a un sinnúmero de Judíos y los opositores políticos en Alemania, [...]

Seguidamente agrega: *No puede constituir motivo de queja el que se establezca un procedimiento para su sanción, cuando estos delitos se mezclaron con la preparación para una guerra de agresión y más tarde con la comisión de crímenes de guerra en los territorios ocupados...*³⁴¹

- En la 110ª reunión preparatoria de la convención sobre el genocidio de la ONU [E/794], el representante ruso a dos años de haber finalizado el juicio de Nuremberg, reconocía el nexo de los crímenes de los nazis con la guerra.

Mr. Morozov de la URSS dijo:

*Los países que no sufrieron las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial parecían dispuestos a olvidar ese período reciente de la historia, pero, en su opinión, era esencial referirse a la teoría fascista-nazi de la superioridad racial...*³⁴²

- Con relación al alcance de la jurisdicción de Nuremberg, Amnesty International³⁴³ —en el mismo sentido que la Casación francesa en el caso Aussaresses como se verá más adelante— expresó:

Los estados que redactaron el Estatuto de Roma reafirmaron que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos ya sea en tiempo de paz o en conflictos armados omitiendo cualquier relación con los conflictos armados.

³⁴¹ With regard to "crimes against humanity", this at any rate is clear: the Nazis, when they persecuted and murdered countless Jews and political opponents in Germany, [...]

When these crimes were mixed with the preparation for aggressive war and later with the commission of war crimes in occupied territories, it cannot be a matter of complaint that a procedure is established for their punishment.

³⁴² *The countries which had not suffered from the atrocities committed during the Second World War appeared willing to forget that recent period of history, but, in his opinion, it was essential to refer to the fascist-nazi theory of racial superiority...*

³⁴³ Documento: The international Criminal Court, Fact sheet 4, Prosecuting crimes against humanity [AI index: IOR 40/05/00].

*A pesar de que los Tribunales de Nuremberg y Tokio limitaron su jurisdicción a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial...*³⁴⁴

Cabe también mencionar el estudio remitido por el Secretario General de la ONU [E/CN.4/906] del 15 feb. 1966, sobre la “Cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y DLH” [según resolución 3 [XXI] de la Comisión de Derechos Humanos], contribuyente con las discusiones de los estados para la elaboración del texto definitivo de la Convención sobre la imprescriptibilidad, que establece:

Introducción: I. Propósito y límites del estudio

1. El 9 de abril de 1965, la Comisión de Derechos Humanos, actuando sobre la base de una propuesta presentada por la delegación de Polonia [E/CN.4/L 733/Rev1] aprobó en su 844ª sesión la resolución 3 [XXI]³⁴⁵, "Cuestiones de castigo de los crímenes de guerra y de las personas que han cometido crímenes contra la humanidad "...

Profundamente preocupada porque nadie culpable de crímenes de guerra contra la humanidad del período nazi pueda escapar al estrado de la justicia donde sea que pueda estar, o cuando se le pueda detectar. [...]

*Considerando que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas planteados por los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, que constituyen violaciones serias a la ley de las naciones, y que se debe, en particular, estudiar mejores caminos y medios de establecer el principio de que no hay plazo de prescripción para tales delitos en el derecho internacional...*³⁴⁶.

³⁴⁴ The states which drafted the Rome Statute reaffirmed that crimes against humanity can be committed in either times of peace or armed conflict by omitting any link to armed conflict. Although the Nuremberg and Tokyo Tribunals limited their jurisdiction over crimes against humanity to those committed during the Second World War...

³⁴⁵ La propuesta original de Polonia: La Cuestión del Castigo de los Criminales de Guerra, se amplió luego a los delitos de lesa humanidad por pedido de Francia.

³⁴⁶ Introduction: I Porpouse and limits of the study

Obsérvese que este informe que integra las discusiones previas al texto definitivo de la Convención, deja muy claro que en 1966 aún no está vigente el "principio" de imprescriptibilidad de los DLH en el Derecho Internacional.

Luego continúa recordando los antecedentes de declaraciones conjuntas de estados que repudiaron las conductas nazis: declaración de St. James de 1942, declaración de Moscú de 1943, Acuerdos de Potsdam de 1945, declaración de Gobiernos y Estadistas de los poderes aliados, etc.

Todas manifestaciones que condenan los crímenes de guerra de los nazis y reclaman su castigo.

En otro pasaje se cuestiona el principio de irretroactividad de la ley penal [nulla poena sine lege] vigente en el derecho interno de muchos estados y sostiene, ignorando el Art. 11 inc. 2 de la DUDH de 1948, que esa limitación no existe en el derecho internacional. En efecto, dice en el considerando 125 y 126 del referido informe:

125. Algunas autoridades consideran que el principio nullum crimen, nulla poena sine lege tiene un efecto absoluto tanto en el derecho interno como en el derecho penal internacional.

Se puede señalar, sin embargo, que la aplicación de dicha tesis en determinadas circunstancias tiene consecuencias desagradables y peligrosas. No es muy difícil imaginar cómo habría reaccionado la opinión pública mundial, si después de la Segunda Guerra Mundial, y sobre la base del principio de nulla poena sine lege, los

1. On 9 April 1965, the Commission on human Rights, acting on the basis of a proposal submitted by the delegation of Poland [E/CN.4/L. 733/Rev1] adopted its 844th meeting resolution 3[XXI], "Questions of punishment of war crimes and of persons who have committed crimes against humanity"...

Deeply concerned that no one guilty of war crimes against humanity of the nazi period shall escape the bar of justice whenever he may be, whenever he may be detected. [...]

Considering that the United Nation must contribute to the solution of the problems raised by war crimes and crimes against humanity, which are serious violations of the law of nations, and that it must, in particular, study possible ways and means of establishing the principle that there is no period of limitation for such crimes in international law...

delitos graves cometidos en relación con la guerra o mientras ésta estaba en curso se hubiera permitido que aquellos quedaran impunes³⁴⁷.

126. Por lo tanto, será más fácil entender por qué desde el punto de vista de la mayoría de las autoridades el principio *nulla poena sine lege* no puede, al menos por el momento, ser transferido a la esfera del derecho penal internacional.

Para poder ser desarrollada, esta nueva ley debe echar raíces en la vida real de los pueblos, en su orden jurídico vigente.

Por supuesto que a nivel internacional pueden realizarse esfuerzos para encontrar fórmulas a través de las cuales, los diferentes sistemas jurídicos actualmente en vigor en las distintas partes del mundo pueden ser reconciliados, pero cualquier intento de imponer sistemas que ya no se correspondan con la realidad, o que se mantienen en vigor en sólo unos pocos países, debe ser rechazado³⁴⁸.

Como vemos, el punto 125 además de vincular las necesidades de incorporar la imprescriptibilidad, subordina principios del derecho a la necesidad de una sanción, para dar satisfacción a los sentimientos morales de la opinión pública.

Por su parte el punto 126 deja claro que la irretroactividad de los delitos de lesa humanidad no pertenecía a la costumbre internacional y en consecuencia era necesario crearla, y que la comisión pretendía que el principio *nullum crimen sine lege, nulla*

³⁴⁷ 125. Some authorities consider that the principle *nullum crimen, nulla poena sine lege* has absolute effect in both municipal and international penal law. It may be pointed out, however, that the application of that thesis would in certain circumstances have obnoxious and dangerous consequences. It is not very difficult to imagine how world public opinion would have reacted if after the Second World War, on the basis of the principle *nulla poena sine lege*, the serious crimes committed, in connexion with the war or while it was in progress had been allowed to go unpunished.

³⁴⁸ 126. It will thus more readily be understood why in the view of most authorities the principle *nulla poena sine lege* cannot, at least for the present, be transferred to the sphere of international penal law. To be able to develop, this new law must strike roots in the real life of peoples, in their existing legal order.

Efforts can of course be made internationally to find formulae through which the different legal systems now in force in the various parts of the world may be reconciled; but any attempt to impose systems which no longer correspond to reality, or which remain in force in only a few countries, should be shunned.

poena sine lege vigente en el derecho interno de muchas naciones y consagrado como derecho humano en instrumentos internacionales, fuera abandonado en las jurisdicciones nacionales porque “no se corresponden con la realidad” y no fuera trasladado al ámbito internacional, pues lógicamente no podría coexistir con la imprescriptibilidad retroactiva pretendida.

- También en el informe correspondiente a la 23ª sesión de marzo de 1967 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU [E/4322 – E/CN.4/940], recoge la opinión de algunos estados que puntualizaron: *que la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg había establecido que los crímenes contra la humanidad fuesen pasibles de ser castigados por el Tribunal sólo si hubiesen sido cometidos en ejecución de o en conexión con el inicio de la IIª Guerra Mundial o a crímenes de guerra cometidos durante esa guerra en particular*³⁴⁹.

Ello revela que hasta 1968³⁵⁰ y aún después, los delitos de lesa humanidad estaban vinculados a la IIª Guerra Mundial y se aplicaban a hechos de esa guerra en particular.

No obstante debe reconocerse que se observa en el texto de la Convención de la ONU un cierto interés por la punición de futuros delitos, pero al remitir a una definición específica dada para una competencia y jurisdicción estricta como la establecida en el Estatuto de Nuremberg y no una nueva, como fue sugerido por algunos estados, la Convención quedó circunscripta al nazismo y la IIª GM.

Es más, hasta el inicio del juicio TPIY mantenían dicha vinculación con la guerra.

³⁴⁹ El texto completo dice: 144. *In the opinion of certain representatives, article I of the secretary-General's draft was too narrow in scope, as, by referring to the Charter of the International Tribunal of Nürnberg of 8 August 1945 the definition of "crimes against humanity" was closely linked with the preparation or carrying out of crimes against peace or of war crimes.*

They pointed out that, indeed, the Charter of the International Tribunal of Nürnberg had made crimes against humanity punishable by the Tribunal only inasmuch as they were committed in execution of or in connexion with the launching of the Second World War or war crimes committed during that particular war. These representatives thought that the definition of crimes against humanity should now be revised to make such crimes punishable per se, whether or not they were prepared or carried out in connexion with any war.

³⁵⁰ En 1968 la Convención sobre la imprescriptibilidad establece que los DLH pueden ocurrir en tiempo de paz o de guerra.

- Sobre este tema, Alicia Gil Gil³⁵¹ refiere que: *el profesor Bassiouni especialista en el crimen contra la humanidad y padre del informe del Secretario General de Naciones Unidas que dio luego origen al Estatuto del TPIY, declaraba en un congreso en Siracusa, que había introducido en la definición del crimen contra la humanidad en el mencionado Estatuto, la necesidad de una relación con la guerra porque no estaba seguro de que existiese una norma internacional consuetudinaria en aquel momento que reconociese el crimen contra la humanidad independiente y el informe del Secretario General había recogido la intención de aplicar sólo Derecho Internacional preexistente.*

Posteriormente el TPIY en sus sentencias afirmó, sin embargo, que en la actualidad tal requisito de conexión con la guerra no pertenece ya al concepto de crimen contra la humanidad.

En qué momento de la evolución histórica del crimen contra la humanidad se puede afirmar que desaparece este requisito de la norma consuetudinaria internacional es algo prácticamente imposible de determinar.

- Esto se ve ratificado en el texto del Estatuto del TPI para la ex Yugoslavia, del 25 de mayo de 1993, que vincula los delitos de lesa humanidad a la guerra; en el Art. 5 establece:

Crímenes de lesa humanidad.

El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional.

- En cambio en el Estatuto para el TPI de Ruanda, dado el 8 de noviembre de 1994, no se observa esa exigencia ya que en el Art. 3 establece:

Crímenes de lesa humanidad.

El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación,

³⁵¹ GIL GIL, Alicia, "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, N° 7.

cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas...

Nótese que este Estatuto no vincula taxativamente los delitos de lesa humanidad a un contexto de guerra; el Art. 1 expresa: *El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda,...* No obstante, establece la competencia del Tribunal con fundamento en la violación al DIH, que se activa únicamente ante la presencia de un conflicto armado.

En consecuencia, los delitos DLH perseguidos en Ruanda también requieren un escenario de guerra como elemento de contexto, tal como ocurre con el Estatuto para Yugoslavia al referir las violaciones al DIH.

Es evidente que antes de los '90 estos delitos estaban vinculados a la guerra, lo cual resulta razonable porque la primera definición dada en el Estatuto de Nuremberg, intentaba punir las conductas de los nazis que victimizaron en particular a los judíos antes o durante la IIª Guerra Mundial, pues en esa época no se había definido el genocidio.

- Este nexo no sólo viene dado por el texto del Estatuto al que refiere la Convención sobre la imprescriptibilidad y las otras menciones ya expresadas. También lo dejó expresamente establecido el Secretario General de la ONU en un informe de 1949 [A/CN.4/5] en relación al juicio de Nuremberg, donde dijo:

d. Requisito de que crímenes contra la humanidad estén conectados con crímenes contra la paz o crímenes de guerra.

A la luz de los cambios en los textos inglés y francés en el Artículo 6 [c] efectuado por el Protocolo de Berlín, está muy claro que ambos tipos de crímenes de lesa humanidad se caracterizan por la exigencia de que se han cometido "en ejecución o en conexión con cualquier crimen de competencia del Tribunal".

Esta fue también la interpretación aceptada por la Corte, como se desprende de su declaración general citada anteriormente.

Tal como se define en el Estatuto y en la sentencia, los crímenes de lesa humanidad son, en consecuencia, una categoría de crímenes accesorios a los crímenes contra la paz y crímenes de guerra.

El concepto se destina a cubrir los actos inhumanos, en relación con la planificación o la guerra de agresión, que no están cubiertos por las leyes y costumbres de la guerra.

Los actos que se hayan cometido, como dice el Artículo 6 [c], "antes o durante la guerra", pero, obviamente, su relación con los crímenes contra la paz o con crímenes de guerra será más difícil de probar si los hechos han tenido lugar antes de la guerra.

La Corte refirió en su declaración general que todos los actos inhumanos imputados en la acusación, y cometidos después del comienzo de la guerra, eran o bien los crímenes de guerra o cometidos en la ejecución de, o en relación con, las guerras de agresión y, consecuentemente, crímenes de lesa la humanidad.

Sin embargo, se negó a hacer la declaración correspondiente en cuanto a los actos cometidos antes de la guerra. Esto no significa, sin embargo, que ningún acto inhumano perpetrado antes del estallido de la guerra pudiera ser considerado un crimen contra la humanidad³⁵².

³⁵²d. Requirement that crimes against humanity be connected with crimes against peace or war crimes

In the light of the changes in the English and French texts of Article 6 [c] effected by the Berlin Protocol, it is quite clear that both types of crimes against humanity are qualified by the requirement that they be committed "in execution of or in connexion with any crime within the jurisdiction of the Tribunal". This was also the interpretation accepted by the Court, as appears from its general statement quoted above.

As defined in the Charter and the judgment, crimes against humanity are, consequently, a category of crimes accessory to crimes against peace and war crimes.

The notion is intended to cover inhumane acts, in connexion with the planning or waging of aggressive war, which are not covered by the laws and customs of war.

- En el mismo sentido, los principios de Nuremberg vinculan los delitos de lesa humanidad a un contexto de guerra.

Su redacción fue encargada en noviembre de 1947 por la Asamblea General a la Comisión de Derecho Internacional, por Res. 177[II], en el texto se expresa:

[se] *encarga a dicha Comisión:*

a) Que formule los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg; y

b) Que prepare un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el cual se indique claramente la función que corresponde a los principios mencionados en el precedente inciso a).

La Comisión los presentó en 1950 pero no fueron aprobados por la Asamblea General³⁵³. El VI principio establecía:

Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales: [...]

c) Crímenes contra la humanidad

Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o

The acts may have been committed, as is said in Article 6 [c], "before or during the war", but, obviously, their connexion with crimes against peace or with war crimes will be more difficult to prove if the acts have taken place before the war.

The Court declared in its general statement that all the inhumane acts charged in the indictment, and committed after the beginning of the war, were either war crimes or committed in execution of, or in connexion with, the aggressive wars and, consequently, crimes against humanity.

But it refused to make a corresponding declaration as to acts committed before the war. This does not mean, however, that no inhumane act perpetrated before the outbreak of the war could be considered a crime against humanity. [A/CN.4/5 pág. 67].

³⁵³ CASSESE, Antonio, "Affirmation of the Principles of International Law Recognized by The Charter of the Nürnberg Tribunal General Assembly resolution 95 (I), New York, 11 december 1946".

*políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en [sic] cualquier crimen de guerra*³⁵⁴.

Es evidente que si los delitos de lesa humanidad hubiesen sido desvinculados del requisito de la guerra en la ley 10 del CC aliado, la CDI no habría formulado el VI principio en estos términos cinco años después, en particular porque la comisión reconoció que estos delitos se podían cometer tanto en época de paz como de guerra, es decir antes o durante la misma, tal como ocurrió con el nazismo.

- En 1986 el relator especial del Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, Sr. Thiam, analizó el móvil de los delitos de lesa humanidad en el documento A/CN.4/398, donde expresó:

6. Conviene recordar que los crímenes contra la humanidad tal como se definieron en los instrumentos señalados supra, estaban vinculados con el estado de beligerancia.

Esta circunstancia histórica ha perjudicado, durante cierto tiempo, la autonomía de la noción de crimen contra la humanidad, puesto que las jurisdicciones instituidas para reprimir los crímenes contra la humanidad sólo reprimían esas infracciones cuando tenían una relación directa o indirecta con la guerra.

Desde luego hay que reconocer, como se desprende de la naturaleza de las cosas, que la guerra es la ocasión privilegiada y la circunstancia más propicia para la comisión de crímenes contra la humanidad.

La guerra y el crimen de lesa humanidad corren parejas.

- La organización Amnistía Internacional también reconoce el nexo de los DLH con la guerra, así como el carácter convencional de la imprescriptibilidad y la vinculación de la Convención de la ONU con la cuestión nazi.

En el apartado *Origen y Propósito de la Convención* de la publicación de Amnistía Internacional elaborada para Uruguay, expresa:

³⁵⁴ En el mismo sentido que en el Estatuto de Nuremberg, los DLH deben ser considerados en conexión con los crímenes de guerra.

En 1965 la delegación de Polonia³⁵⁵ ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU planteó la urgente necesidad de discutir el tema de la represión de los crímenes del nazismo, habida cuenta entonces de la pronta prescripción de tales crímenes en Alemania³⁵⁶.

La Comisión hizo suya esta preocupación y solicitó al secretario general de la organización la redacción de un informe sobre el asunto, con miras a declarar su imprescriptibilidad. El secretario general presentó, tiempo después, un meticuloso informe³⁵⁷.

Por su parte el Consejo Económico y Social de la ONU encomendó a la Comisión de Derechos Humanos que redactara un proyecto de convención donde se consagrara la imprescriptibilidad de aquellos crímenes.

Sobre la base de dicha tarea la Asamblea General, en su vigésimo segunda sesión, determinó la creación de un Grupo de Trabajo conformado por su Tercera Comisión [Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales] y Sexta Comisión [Jurídica], las que finalmente elaboraron el texto definitivo.

El 26 de noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Como hemos dicho, la elaboración de este instrumento convencional respondió en su origen a la circunstancia de que los plazos de prescripción establecidos para la persecución de las personas responsables de haber cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad durante la era del nazismo, en Alemania y en otros países, se hallaban pronto a cumplirse³⁵⁸.

³⁵⁵ E/CN.4/885.

³⁵⁶ Nota de los autores: en 1968 entró en vigor la ley Dreher que canceló la pretensión punitiva del Estado alemán.

³⁵⁷ E/CN.4/906.

³⁵⁸ Amnistía Internacional, Uruguay, los crímenes de derecho internacional no están sujetos a prescripción, 2011 p.17. [Nota de los autores: En la actualidad está vigente la llamada "ley de caducidad"].

En consecuencia, los crímenes de lesa humanidad estaban vinculados a un estado de guerra y en esa condición estuvieron hasta la jurisprudencia del TPIY en los años '90. Por lo tanto se puede afirmar que en la década de los '70 los DLH debían ser considerados en el contexto de un conflicto armado.

Esto es así porque, como se dijo, fueron concebidos para punir las conductas de los nazis que victimizaron a la población civil antes o durante la IIª GM, al ejecutar acciones que, aunque hayan sido realizadas por militares, no eran actos de guerra contra la población civil en el sentido estricto del combate militar, tales como la deportación de judíos a un campo de concentración [caso Papón en Francia].

En esos términos lo expresó el Secretario General de la ONU en 1949 [A/CN.4/5], así se gestó el VIº principio de Nuremberg en 1950 en el seno de la CDI y también de esta misma manera fue asentado en 1993 en el Estatuto de Yugoslavia y tácitamente en el de Ruanda.

Aunque hubo intentos por desvincular el nexo entre un estado de guerra y los DLH –a partir de los proyectos del “Código Criminal Internacional” [Res. 95 [I]] de 1954 y en 1968 con la Convención sobre la imprescriptibilidad³⁵⁹–, en el derecho penal internacional, fue recién a partir de la jurisprudencia de los tribunales de Yugoslavia³⁶⁰, en la década del '90, cuando se desvincularon definitivamente.

Desde entonces dichos delitos pueden identificarse tanto en un contexto de guerra como de paz.

³⁵⁹ Al no tipificar los delitos en el texto de la Convención se remite al Estatuto de Nuremberg y al contexto de guerra.

³⁶⁰ ICTY, Tadić, *Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Appeals Chamber, 2 October 1995, para. 141.

4 | LA LEY 10 DEL CONSEJO DE CONTROL DE LAS POTENCIAS ALIADAS

El Estatuto de Nuremberg fue dado para *enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo*³⁶¹ [Art. 1], mientras que la ley 10 del Consejo de Control aliado se estableció para el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la paz y contra la humanidad diferentes a los tratados por el Tribunal Militar Internacional –TMI– de Nuremberg, es decir para el resto del nazismo.

Los tribunales militares de las zonas de ocupación, mientras no entró en vigencia la ley 10 del CC no tenían jurisdicción ni competencia para perseguir a quienes no fueran los principales criminales del nazismo, pues el Estatuto de Nuremberg no los habilitaba a perseguir a otros ciudadanos alemanes [cfr. artículo III de dicha ley³⁶²], en particular, aquellos que hubiesen cometido delitos contra ciudadanos alemanes.

³⁶¹ El 2 de mayo de 1945 el Presidente Harold Truman impartió la orden ejecutiva 9547:

Providing for representation of the United States in Preparing and Prosecuting Charges of Atrocities and War Crimes Against the Leaders of the european Axis power and Their Principal Agents and Accesories.

[Proporcionando para la representación de los Estados Unidos en la Preparación y Procesamiento de Cargos de Atrocidades y Crímenes de Guerra Contra los Dirigentes de las Potencias del Eje Europeo y sus Principales Agentes y Accesorios].

³⁶² Art. III-Cada Autoridad de Aplicación, dentro de su zona de ocupación,

a) Tendrá el derecho a disponer, dentro de dicha Zona, que personas sospechadas de haber cometido un delito sean arrestadas, incluidas aquellas acusadas de delitos por alguna de las Naciones Unidas, tomando además bajo su control la propiedad, real y personal, sean propias o controladas por dichas personas, mientras se decide su eventual disposición.

d) Tendrá el derecho a disponer que todas las personas así arrestadas y acusadas, y que no hayan sido remitidas a otra autoridad aquí prevista, o puestas en libertad, sean llevadas a juicio ante tribunal competente. Si así lo autorizan las autoridades de ocupación, dicho tribunal podrá ser una Corte Alemana para el caso de delitos cometidos por ciudadanos alemanes o con ciudadanía alemana contra otros ciudadanos alemanes o con ciudadanía alemana, o sin ésta.

Article III

1. Each occupying authority, within its Zone of occupation,

Si bien las definiciones de los delitos establecidos en dicha ley y en el Estatuto de Nuremberg guardan similitud, este último estaba circunscripto, como se dijo, a los principales criminales de guerra del Eje Europeo sin localización geográfica, nótese que fue esta definición y no la de la ley 10 del CC, la que se positivizó imprescriptible en la Convención de la ONU.

El cuadro de la FIG. -5- permite comparar las diferencias más importantes, en cuanto a la jurisdicción, la competencia y las penas, entre el Estatuto de Nuremberg y la ley 10 del CC.

5 | LA LEY 10 DEL CC Y EL NEXO CON LA GUERRA

En las rondas de consultas previas a la aprobación del Estatuto para la CPI del 15 de junio de 1998 en Roma, publicadas por la Conferencia Diplomática de la ONU el 20 de noviembre de 1998³⁶³, el representante de Canadá dejó claro que el requisito del nexo entre los delitos de lesa humanidad y la guerra, en la legislación internacional moderna ya no era necesario:

2. 2. *Mr. PIRAGOFF [Canadá] manifestó su preocupación ante la sugerencia de que deba existir un nexo entre los crímenes contra la humanidad y los conflictos armados.*

(a) shall have the right to cause persons within such Zone suspected of having committed a crime, including those charged with crime by one of the United Nations, to be arrested and shall take under control the property, real and personal, owned or controlled by the said persons, pending decisions as to its eventual disposition.

(d) shall have the right to cause all persons so arrested and charged, and not delivered to another authority as herein provided, or released, to be brought to trial before an appropriate tribunal. Such tribunal may, in the case of crimes committed by persons of German citizenship or nationality against other persons of German citizenship or nationality, or stateless persons, be a German Court, if authorized by the occupying authorities.

³⁶³ A/CONF.183/C.1/SR.4 y A/CONF.183/2/Add.1.

CUADRO COMPARATIVO ENTRE EL ESTATUTO DE NUREMBERG Y LA LEY 10 DEL CONSEJO DE CONTROL DE LAS POTENCIAS ALIADAS

Estatuto de Nuremberg	Ley 10 del C.C. aliado 1946-1949
Fue aprobado por el acuerdo firmado en Londres entre las potencias vencedoras de la IIª GM el 8 de agosto de 1945. El juicio se inició en Nuremberg el 20 de noviembre de ese año y finalizó en octubre de 1946.	El C.C. aliado funcionó entre el 5 de junio de 1945 y el 30 de marzo de 1948. El 20 de diciembre de 1945 estableció la ley 10 para los tribunales militares de las zonas de ocupación del territorio de lo que fue el Tercer Reich³⁶⁴. La ley 10 del CC establece³⁶⁵:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA Art. 1: De conformidad con el Acuerdo firmado el día 8 de agosto de 1945 [...] <u>se creará un Tribunal Militar Internacional</u> [...] para enjuiciar y condenar a los <u>principales criminales de guerra del Eje Europeo</u>.	JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA Introducción: Enjuiciamiento de <u>los criminales de guerra y otros delincuentes similares, distintos a los tratados por el Tribunal Militar Internacional</u>³⁶⁶.

³⁶⁴ Se celebraron 12 juicios conocidos como los procesos de Nuremberg.

³⁶⁵ *El resto de las personas consideradas responsables de crímenes de guerra fueron enviadas a los países en los cuales los crímenes habían sido cometidos, donde fueron juzgados según las leyes de la nación interesada.*

³⁶⁶ *Prosecution of war criminals and other similar offenders, other than those dealt with by the International Military Tribunal.*

PENAS Art. 27 En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa.	PENAS Art. 3 Toda persona declarada culpable de alguno de los delitos anteriormente mencionados puede ser castigada en caso de existir condena, según determine el tribunal sea justo. Tal castigo puede consistir en uno o más de los siguientes: [a] Pena de muerte. [b] Reclusión perpetua o a un término de años, con o sin trabajos forzados. [c] Multa y prisión con o sin trabajos forzados, en su lugar. [d] Decomiso de los bienes. [e] La restitución de los bienes ilícitamente adquiridos. [f] La privación de algunos o de todos los derechos civiles³⁶⁷.

Fig. -5-

*La posición de Canadá fue que el derecho internacional moderno no requiere la existencia de esa conexión*³⁶⁸.

Seguidamente refiere que esta tendencia es sostenida, entre otros instrumentos internacionales, por la ley 10 del CC.

No obstante, vale mencionar como antecedente que la definición de crímenes contra la humanidad del Art. II inc. c] de dicha ley³⁶⁹, dada en diciembre de 1945 por el Consejo

³⁶⁷ Any persons found guilty of any of the crimes above mentioned may upon conviction be punished as shall be determined by the tribunal to be just. Such punishment may consist of one or more of the following: [a] Death. [b] Imprisonment for life or a term of years, with or without hard labor. [c] Fine, and imprisonment with or without hard labour, in lieu thereof. [d] Forfeiture of property. [e] Restitution of property wrongfully acquired. [f] Deprivation of some or all civil rights.

³⁶⁸ Mr. PIRAGOFF [Canada] expressed concern at the suggestion that there needed to be a nexus between crimes against humanity and armed conflict. Canada's position was that no such nexus was required under modern international law.

de Control de las Potencias Aliadas para perseguir los crímenes de los nazis en las cuatro zonas de ocupación de Alemania, no contenía de manera expresa el nexo de dichos crímenes con la guerra, lo que resultaba innecesario: en primer lugar no había duda que Alemania estaba en guerra, por lo que resultaba imposible que en los juicios de post guerra se llegase a especular con la ausencia de dichas circunstancias; y en segundo lugar, el Estatuto de Nuremberg donde estaba consignado tal requisito, formaba parte de la ley 10.

En efecto, el Art. I de esa ley establece:

*La Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943 "relativa a la responsabilidad de los Hitlerianos por las Atrocidades Cometidas" y el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. "En materia de enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo" son parte integral de la presente Ley*³⁷⁰.

En consecuencia, la ley 10 del CC también contemplaba el nexo con la guerra, pues era evidente que tanto los “principales criminales de guerra del Eje” como el resto de los “criminales de guerra y otros delincuentes similares” habían actuado antes y durante la IIª GM.

No puede entonces tomarse esta ley como un antecedente válido de la tendencia observada en la jurisprudencia del TPIY en los '90, en el sentido de desvincular los delitos de lesa humanidad del requisito de la guerra, porque este fue un proceso muy posterior a 1945.

Por lo tanto se puede afirmar que en los '70, para la costumbre internacional, los DLH estaban necesariamente vinculados a un contexto de guerra.

Pese a ello el presidente de la CSJN Ricardo Lorenzetti³⁷¹, al comparar la ley 10 del CC con el Estatuto de Nuremberg afirmó: *Como se puede observar, la ley 10 agregó*

³⁶⁹ Taylor, Telford, "Final report to the Secretary of the Army on the Nürnberg War Crimes Trials under Control Council law No. 10", Washington, DC: Government Printing Office, 1949.

³⁷⁰ *The Moscow Declaration of 30 October 1943 "Concerning Responsibility of Hitlerites for Committed Atrocities" and the London Agreement of 8 August 1945 "Concerning Prosecution and Punishment of Major War Criminals of European Axis" are made integral parts of this Law.*

³⁷¹ Lorenzetti, *Derechos Humanos...* op. cit. pág. 25.

el encarcelamiento, la tortura y la violación a la lista de delitos y se apartó del requerimiento del Estatuto de Nuremberg, con relación a la conexión con otros delitos de competencia del tribunal, tales como los delitos contra la paz y los crímenes de guerra.

Este mismo argumento fue empleado, curiosamente, por los fiscales Jorge Auat y Pablo Parenti integrantes de la Unidad Fiscal³⁷² y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos Cometidas Durante el Terrorismo de Estado, en el *Informe Sobre la Causa Larrabure*³⁷³ Argentino del Valle sobre su muerte, del 30 de noviembre de 2007, que dio lugar a la resolución de la Procuración General de la Nación con la firma de Esteban Righi, PGN 158/07 del 29 de noviembre de 2007, en

³⁷² En el Art. 2 de la Res. del PGN 14/07 del 7 de marzo de 2007 se establecieron las funciones de dicha Unidad Fiscal:

Artículo2: Disponer que la Unidad recién creada tendrá como objetivo:

[i] efectuar un relevamiento y seguimiento constante de las causas, cualquiera sea su estado procesal, en las que sean investigados hechos vinculados con la violación de los derechos humanos durante el último período de facto;

[ii] mantener actualizada una base de datos pertinentes, para lo cual podrá solicitar la colaboración de los fiscales intervinientes en las distintas causas, en los términos dispuestos en las Res. PGN 61/06 y 68/06.

[iii] coordinar con los fiscales de todas las jurisdicciones las estrategias de investigación y persecución para posibilitar la apertura y sustanciación de los juicios en los plazos más breves posibles, a cuyo fin deberá realizar reuniones periódicas con los fiscales intervinientes;

[iv] colaborar con los poderes del Estado competentes para la protección de los actores y testigos, en los términos dispuestos en la Res. PGN 143/06,

[v] realizar todas las demás acciones interinstitucionales necesarias para facilitar el avance procesal de estos procesos, lograr una respuesta institucional en un plazo razonable y obtener la provisión de los recursos materiales y humanos que pudieren surgir en cada jurisdicción.

Es evidente que el caso Larrabure ocurrido durante la democracia estaba fuera de su competencia.

³⁷³ El Cnel. A. Larrabure fue secuestrado el 21 de julio de 1974 durante el ataque del PRT-ERP a la Fábrica Militar de Villa María y mantenido en condiciones inhumanas de vida en una "cárcel del pueblo" durante 372 días hasta su muerte.

la que se ordena a los fiscales del país ajustarse al informe³⁷⁴ de los fiscales Jorge Auat y Pablo Parenti, impidiendo el acceso a la justicia de las víctimas inocentes de las organizaciones terroristas.

En ese informe, con relación a la ley 10 CC los fiscales dijeron: *El nexo de los crímenes contra la humanidad con la guerra no fue mantenido en la ley 10 del Consejo de Control Aliado, norma que sentó las bases para los juicios en cada una de las zonas de ocupación del territorio alemán.*

En general, se explica que el nexo con la guerra no fue incluido puesto que los tribunales de cada zona no eran tribunales internacionales, sino tribunales que actuaban conforme al derecho de ocupación. Por lo tanto, no necesitaban justificar un “elemento internacional” que legitimara su intervención.

Más adelante agregan: *Este antecedente de la ley 10 del Consejo de Control Aliado inaugura una tendencia a desvincular los crímenes contra la humanidad de la guerra, que se consolidó en los años siguientes.*

El derecho de ocupación deviene de un conflicto armado, en consecuencia en este contexto el estado de guerra se da por sobreentendido.

Los DLH se definieron para punir conductas que no eran específicamente crímenes de guerra, pero que se habían producido en el contexto de un estado de guerra de agresión o durante una preguerra con expectativas de convertirse en guerra.

En ese sentido difiere con el tipo de los DLH definidos en el Estatuto de Roma, cuyo contexto puede ser de paz o de guerra, en el que el estado de paz no tiene que ser necesariamente el prolegómeno de un conflicto armado.

Por lo dicho parten de un error, tanto el presidente de la Corte como su secretario técnico y los fiscales mencionados, quienes con su informe impiden el avance de las causas de las víctimas inocentes de las organizaciones armadas terroristas, cuando puntualizan la separación de los delitos de lesa humanidad del contexto de guerra a partir de 1945, basándose en la ley 10 del CC aliado.

³⁷⁴ Informe sobre la causa "Larrabure, Argentino del Valle s/su muerte, protocolizado el 30/11/07, elaborado por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado.

En rigor los DLH nunca fueron desvinculados del nexo con la guerra, pues esta es una opción aún vigente en el Estatuto de Roma, no obstante a partir de la jurisprudencia del TPIY, el contexto de estos delitos se amplió a un estado de paz, sin vinculación necesaria con el marco de una guerra y así se tipificaron en el Estatuto de Roma.

En el Estatuto de Nuremberg, el período de preguerra era una paz cuyos acontecimientos evolucionaban hacia una guerra, en consecuencia la tipificación de los DLH en ese instrumento cubrió ambas situaciones [guerra y pre guerra] al considerar como delitos contra la humanidad: *el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma*; en el mismo sentido, las persecuciones estaban vinculadas a los crímenes cometidos durante un estado de guerra o preguerra, es decir no cualquier persecución era delito de lesa humanidad sino aquellas: *por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal*³⁷⁵ o en relación con los mismos.

En cambio en el tipo actual de los DLH en el Estatuto de Roma, como ya hemos visto, se considera que éstos también pueden cometerse sin que exista necesariamente un horizonte de guerra futuro; en otras palabras, a partir de la vigencia de este instrumento desaparece el requisito del nexo con la guerra o preguerra que existía en el Estatuto de Nuremberg.

Por otra parte, las persecuciones, también fueron tipificadas en el Estatuto de Roma en el mismo sentido que en el de Nuremberg [Art. 7 h]³⁷⁶.

Por eso el Estatuto de Roma puntualiza una serie de delitos que van desde el asesinato hasta las persecuciones susceptibles de ser comparados con los delitos comunes, pero perpetrados en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población

³⁷⁵ Recuérdese que los crímenes de competencia del Tribunal de Nuremberg eran: los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión.

³⁷⁶ En la Argentina este es el encuadre sostenido por las querellas y convalidado por los tribunales, quienes refieren como parte de un plan de represión ejecutado mediante un ataque sistemático contra la población civil, en razón de la condición de “disidentes políticos” de los terroristas.

civil por parte de un Estado u organización³⁷⁷, prescindiendo como hemos visto, del estado paz o de guerra en que ello ocurra [ER Art.7].

No obstante ello, los diferentes estatutos aprobados para los TPI [Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, etc.] que constituyen antecedentes en la evolución de los DLH, se dieron en el marco de conflictos armados internos o internacionales, o en una combinación de ambos.

Para finalizar, el Tribunal Militar responsable de celebrar el juicio, en el caso conocido como el Juicio de los Juristas, –*The Justice Case* [1947]– aplicando la ley 10 del CC, – por el que se procesó y condenó a miembros de la justicia del III° Reich– también estableció en la sentencia la vinculación entre los DLH y la guerra de agresión; en el punto, VII *Opinion and judgment*, se expresó: *Esta ley está dirigida a tratar delitos y actos inhumanos y persecuciones de índole política, racial, o religiosa organizados y llevados a cabo por, y con la aprobación del Poder Ejecutivo.*

*Por ello, el Tribunal entiende que los hechos atribuidos a los acusados cometidos durante el régimen Nazi, en su carácter de funcionarios de la justicia, no constituyen delitos de guerra; ellos fueron cometidos en cumplimiento de o en conexión con la guerra de agresión, y por tanto constituyen delitos contra la humanidad*³⁷⁸.

En el caso argentino, la insistencia en desvincular los DLH del escenario de guerra lo más atrás en el tiempo, responde a la necesidad de negar un conflicto armado interno durante los '70, por eventuales consecuencias que pudiesen desprenderse sobre los miembros de las organizaciones armadas terroristas y para intentar encubrir las violaciones perpetradas por la no aplicación de leyes militares, ni permitir la actuación de los jueces naturales.

Esa eventual consecuencia es también la razón por la que el Poder Legislativo otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la imprescriptibilidad, pero niega ese

³⁷⁷ Frente a la población civil ambas son estructuras organizadas de poder, aunque las organizaciones tengan responsabilidades diferenciadas con las del Estado. Además, para ser considerada población civil, debe ser ajena al conflicto y ni los integrantes del ERP, ni los integrantes del Ejército Montonero lo eran.

³⁷⁸ *The Justice Case, Trial of War Criminals Before the Nuremberg [sic] Military Tribunals*, under Control Council Law N° 10. October 1946-1949. Vol. III, U.S. Government Printing Office, Washington 1953. pág. 973 y ss.

estatus al ER y a las Convenciones de Ginebra, es decir otorgó supremacía al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por sobre el Derecho Internacional Humanitario.

Ello facilita el sostenimiento de la doctrina de la "culpabilidad objetiva asimétrica", lo que permite a los acusadores y juzgadores, encuadrar falsamente los hechos como una "persecución política" ejecutada contra la población civil por parte de los militares que deben ser perseguidos, para evitar la responsabilidad internacional del Estado.

Quedando así los miembros de las organizaciones armadas terroristas impunes ante sus propias víctimas a quienes ningún derecho les asiste, sin que ello genere preocupación alguna por la responsabilidad internacional del Estado.

6 | ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN DE LOS DLH

De este estudio surge con claridad que los DLH tuvieron diferentes etapas en su evolución, en un primer momento estaban vinculados a su origen, el Estatuto de Nuremberg.

Los instrumentos internacionales de este período [por ejemplo: ley 10 del CC y la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU] toman la tipificación de los delitos referida en dicho Estatuto, cuya finalidad era la persecución exclusivamente del nazismo.

En efecto, en la 25ª sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU celebrada en Nueva York el 8 de diciembre de 1970, al tomar la palabra el representante de Arabia Saudita, Sr. Baroodi, puso en evidencia que el derecho de Nuremberg era sólo aplicable a los nazis, al expresar aquello que los aliados habrían preferido no escuchar:

A pesar del hecho de que sólo los criminales de guerra de los países vencidos fueron juzgados en los tribunales Internacionales de Nüremberg y de Tokio, la responsabilidad estaba en ambos lados.

¿Por qué no han sido llevados a juicio los responsables de Hiroshima y Nagasaki? Dresde no era un objetivo militar, sin embargo, su arquitectura medieval fue destruida por los aliados, no por los nazis.

Es cierto que Coventry había sido destruida por los alemanes, pero había fábricas de armas en los alrededores.

En cualquier caso, el procedimiento ante los tribunales internacionales ha tenido un carácter vengativo y nunca debería haber tenido lugar³⁷⁹.

Era evidente que extender la jurisdicción de Nuremberg podía poner en peligro a los propios aliados, especialmente a los EE.UU., y en eso estaban interesados los países del Este que tuvieron un papel relevante en la Convención sobre la imprescriptibilidad.

De hecho Rusia fue la única potencia signataria del acuerdo de Londres que firmó y ratificó la Convención sobre la imprescriptibilidad, dado que en ese período estaba en pleno desarrollo la Guerra Fría.

Por ello las mismas potencias que tipificaron estos delitos, no aceptaron la jurisdicción extensiva del “derecho de Nuremberg”, ya que eran susceptibles de ser juzgadas con el mismo derecho que habían creado, y cuya implementación universal por medio de la concreción de un Código Penal Internacional en el seno de la ONU dilataron hasta fines de los '90, cuando en su reemplazo la comunidad internacional aprobó el Estatuto de Roma, para ser aplicado por un tribunal penal internacional permanente.

Desde el punto de vista de los tratados, en la década del '70 los DLH sólo habían sido tipificados en 1945 en el Estatuto de Nuremberg, [anexo al acuerdo de Londres

³⁷⁹ *Despite the fact that only the war criminals of the defeated countries had been tried at the international Nuremberg and Tokyo Tribunals, responsibility had lain on both sides.*

Why had not those responsible for Hiroshima and Nagasaki been brought to trial? Dresden had not been a military target; yet its mediaeval architecture had been destroyed by the Allies, not by the Nazis. It was true that Coventry had been destroyed by the Germans, but then there had been arms factories in the Vicinity. In any event, the proceedings before the international tribunals had been of a vindictive nature and should never have taken place.

para la persecución de los nazis, instrumento al que adhirieron con posterioridad 19 estados].

En la década de los '60, estos delitos que no tenían jurisdicción universal y eran de exclusiva aplicación para los nazis, comenzaron a adquirir en el derecho internacional con miras a obligar a los estados parte, la condición de imprescriptibilidad a partir de la convención de la ONU de 1968 que, como hemos visto, remite a la definición de los DLH dada en el Estatuto de Nuremberg.

Aunque es justo reconocer como un antecedente, la ley 10 del CC en las zonas de ocupación militar de Alemania que estableció la imprescriptibilidad de los delitos de los nazis durante su corta vigencia [cfr. *infra*, punto 11.1].

En los '90, los DLH fueron tipificados para el TPIY y el TPIR con jurisdicción acotada a esos conflictos y recién en 1998, fueron recogidos en un instrumento internacional de carácter universal y obligatorio para los estados signatarios que lo ratificasen [ER].

En esta línea, el TEDH en la sentencia del caso "Korbely vs. Hungría" [demanda N° 9174/02] del 19 de septiembre de 2008, expresó: ... *la Corte observa que las cuatro principales definiciones del crimen contra la humanidad han sido enunciadas respectivamente en el artículo 6, inciso c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, en el artículo 5 del Estatuto del TPIY de 1993, en el artículo 3 del Estatuto de TPIR de 1994 y en el artículo 7 del Estatuto de la CPI de 1998.*

En los noventa surgió también un nuevo paradigma: con el aún fresco recuerdo de la caída del muro de Berlín [*antifaschistischer schutzwall*], comenzaba, nada menos que en Europa, una guerra en la ex Yugoslavia.

En oportunidad de realizarse [1993] una ronda de consultas de la ONU para establecer un tribunal internacional con la finalidad de juzgar los delitos internacionales de la

guerra en la ex Yugoslavia, los miembros de la Conferencia Islámica³⁸⁰ elevaron al Secretario General un informe³⁸¹ en el que proponían el derecho aplicable:

a] crímenes de guerra: por violaciones a las convenciones de Ginebra y sus protocolos.

b] genocidio: según su propia Convención.

c] delitos de lesa humanidad: según la definición del acuerdo de Londres y de Tokio de 1945.

De esta suerte, la Conferencia Islámica para establecer las conductas punibles, remite a la "definición" de los DLH dada en el Estatuto de Nuremberg, pues no existía otro antecedente entre 1945 y 1993 que tipificara dichos delitos en un instrumento internacional³⁸².

En este período prosperó la revalorización internacional de las políticas de castigo basadas en los derechos de las víctimas, por sobre las de perdón.

Es justo reconocer que dichas políticas tenían a su favor la experiencia de la aplicación del derecho de Nuremberg, que había funcionado satisfactoriamente durante la persecución internacional de post guerra a los nazis.

En esta etapa, los instrumentos internacionales que recogen la definición de los DLH ya no refieren la establecida en el Estatuto de Nuremberg.

Las conductas punibles se establecen específicamente para los TPIY y TPIR y los DLH se tipifican de manera autónoma a la problemática del nazismo, se desprenden de la exclusividad del nexo con la IIª GM ampliándose a la posibilidad de cometerse en un contexto de paz sin vinculación con la guerra, pero aún no tienen jurisdicción universal.

³⁸⁰ La Conferencia Islámica está integrada por: Arabia Saudita, Turquía, Egipto, Malasia, Pakistán, República Islámica de Irán y Senegal.

³⁸¹ S/25512 ó A/47/920.

³⁸² Recuérdese que la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU remite a la tipificación dada en el Estatuto de Nuremberg.

Aunque mantienen el espíritu del Estatuto de Nuremberg, en cuanto a la protección de la población civil, surgen nuevas tipificaciones más detalladas y precisas que su inicial versión y algunos países incorporan los DLH a sus respectivos códigos penales.

Finalmente, hacia fines de la década, se celebra la conferencia diplomática en la que se aprueba el Estatuto de Roma.

Allí se da una tipificación más acabada y se positivizan con tendencia universal, imprescriptibles y desvinculados del requisito de la guerra, junto al derecho aplicable que prohíbe su aplicación retroactiva.

Luego del atentado a las Torres Gemelas, se agudizó el criterio de aplicación de las políticas de castigo, en el nuevo marco de la justicia transicional.

Sin embargo, los DLH que se imputan hoy en los juicios de venganza no están vinculados a la IIª Guerra Mundial, y conforme a la negación del conflicto armado en la jurisprudencia doméstica en la materia, a ninguna otra.

El nexo con la guerra como condición necesaria en la definición de los DLH, se rompió en fecha indeterminada con posterioridad a los procesos de Nuremberg y, habida cuenta la jurisprudencia del TPIY, que persigue los delitos al DIH ocurridos como consecuencia de un conflicto armado, esto ocurrió antes de su positivización en el Estatuto para la CPI en 1998.

Si bien en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos de Genocidio de 1948, se establece de manera positiva en el Art. 1: *Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar*, los principios de Nuremberg presentados dos años después mantenían el vínculo con la guerra para los delitos de lesa humanidad³⁸³.

³⁸³ No obstante el TEDH, sin dar fundamentos de sus opiniones, en el caso Korbely vs. Hungría, sentencia del 19 de septiembre de 2008 [requeté N° 9174/02] expresó: *La Corte considera que uno de estos criterios, el de la relación o de la conexión a un conflicto armado, podía no seguir siendo pertinente en 1956.*

En consecuencia en razón de la conducta típica existente en el derecho internacional vigente en los '70, para poder acusar por DLH en la Argentina, además de otras consideraciones, las conductas debieron estar vinculadas a la IIª GM, cuestión que lógicamente nunca se ha siquiera intentado acreditar, por aberrante.

7 | LA PRESCRIPCIÓN YA OPERADA

Aunque algún autor encuentra los orígenes más remotos de la idea de la prescripción de ciertos delitos³⁸⁴ en Grecia, se pueden descubrir sólidos antecedentes en la *Lex Julia Adulteris* de la antigua Roma³⁸⁵.

El principio de la prescripción de los delitos o de su antónimo, la imprescriptibilidad, no es nuevo; no obstante los delitos no “nacen” con esta condición, sino en algún momento el Estado se la otorga.

La prescripción no hace al delito sino a la acción penal [Art. 59 del CP] y es de orden público. No es necesario que sea planteada por la parte sino que puede y debe, en caso de operarse los presupuestos previstos, declararse de oficio.

En este sentido, el Código Penal [ley 11.179] que tipifica las conductas punibles fija las penas, y establece la aplicación de la ley penal a todos los delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, hoy no

³⁸⁴ PEPSINA, Enrique, *Elementos del Derecho Penal*, Traducción de Hilarión González del Castillo, 4ta. edición. Editorial Reus, Madrid, 1936, pág. 695.

³⁸⁵ Ver: VELA TREFILO, Sergio, *La Prescripción en Materia Penal*, Editorial Trillas, México DF, marzo, 1995.

GRÁFICO SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS DLH Y EL NEXO CON LA GUERRA

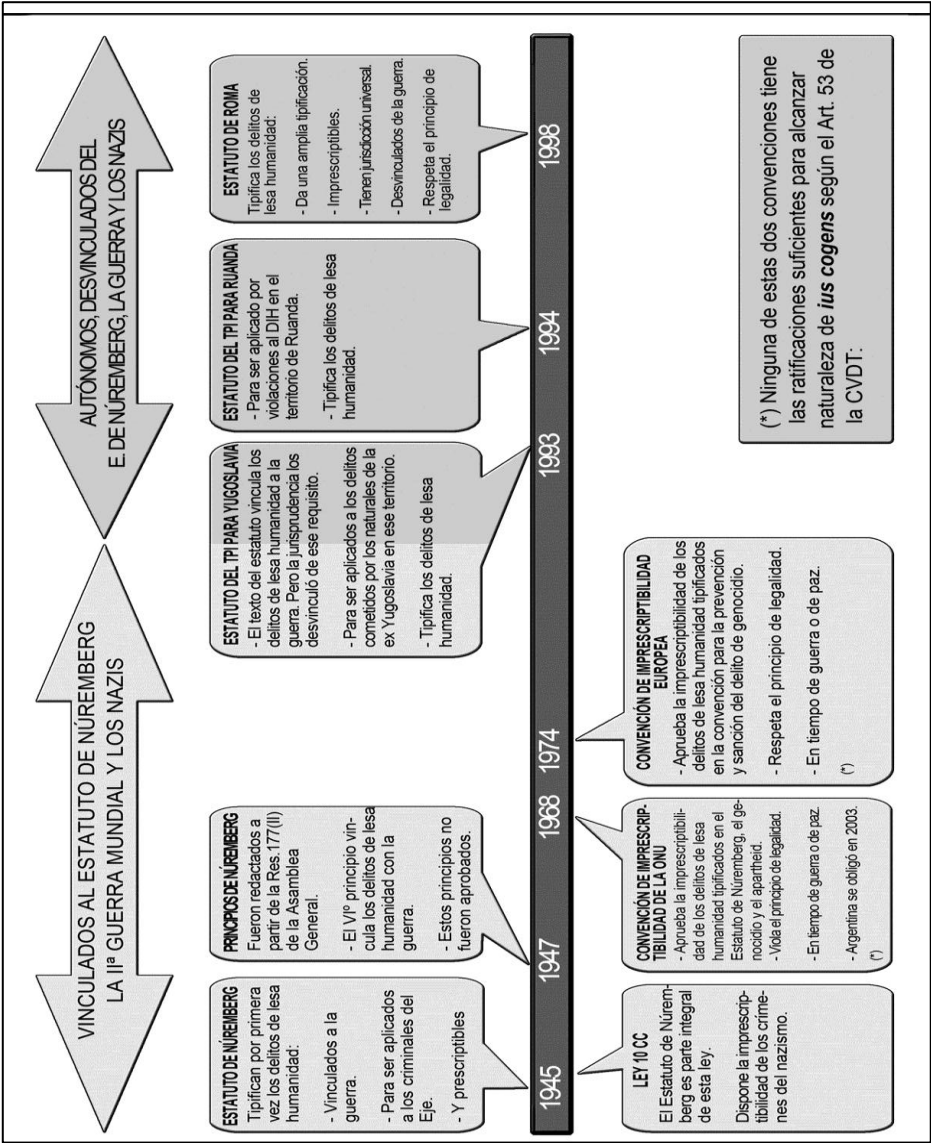


Fig. -6-

contiene norma alguna que establezca la imprescriptibilidad de los delitos, por el contrario el Art. 62 dispone la prescripción de los delitos en función del monto de la pena y no del tipo de delito:

Art. 62- Prescripción de la acción penal. Plazos.-

La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1º A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua...

Como hemos visto, recién en 1995 una ley especial aprobó la imprescriptibilidad de los DLH y entró en vigencia en 2003.

La definición de la conducta punible que se torna imprescriptible no fue aprobada por la Argentina y los circunscribe a los delitos de los principales criminales del Eje Europeo.

Debido a que el derecho penal integra el Derecho Público, cualquier tratado deberá observar el Art. 27 de la CN que impide modificar tal derecho, disposición que se encuentra ratificada y con mayor explicitación en el Art. 75 inc. 22 de la CN como bien se trata en el voto disidente del ministro Fayt en el caso "Arancibia Clavel".

Para que una conducta sea considerada delictiva, debe ser típica, antijurídica y culpable; es entonces la primera condición que haya sido previamente tipificada e incorporada al Código Penal, en particular por tratarse de la categoría de lesa humanidad que se diferencia de los delitos comunes, aunque algunas penas sean análogas a las de éstos.

No obstante la vigencia de la ley 26.200 que implementa las disposiciones del Estatuto de Roma, los delitos de esa categoría aún no forman parte de dicho Código.

En consecuencia, los actos por los que se estableció la aplicabilidad de la imprescriptibilidad de los DLH a los hechos de los '70 esto es:

1- Validez de la ley 25.779 [BO 3/9/03] de nulidad de las leyes 23.492 y 23.521 de Punto Final y Obediencia Debida;

2- Vigencia de la ley 24.584 [BO 29/11/95] que aprobó la Convención sobre la imprescriptibilidad;

3- Decreto 579/03 firmado por Néstor Kirchner y Gustavo Béliz publicado en el BO del 13/08/03, disponiendo la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad, que cobró vigencia efectiva a partir del 24 de noviembre de 2003 [Art. VIII inc. 2 de la Convención];

no impidieron que a partir de 1991, en el derecho interno, prescribiese la acción penal³⁸⁶ prevista en los Arts. 59.3 y 63 del CP, para los delitos más graves y continuos, antes que estos fuesen recategorizados como de lesa humanidad en 2003. Por lo tanto incorporar retroactivamente al Código Penal los DLH con su respectiva pena e imprescriptibilidad, e intentar condenar en función de ello, habría significado una grotesca violación al principio de legalidad.

Consecuentemente los delitos prescribieron y las causas fenecieron, a más tardar el 10 de diciembre de 1998, cinco años antes que la nueva gestión kirchnerista dispusiera arbitrariamente que los delitos comunes juzgados en 1984 por la Cámara Federal, en rigor, se trataban de DLH.

La CN tiene una conformación doctrinaria marcada por la relatividad de los derechos individuales [Art.14] y el carácter absoluto de las prohibiciones que establecen, entre otros, los Arts. 9, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 20, 22, y en especial el Art. 109 que expresa:

En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

Consecuentemente, el Poder Ejecutivo tiene constitucionalmente prohibido intervenir en una causa fenecida como las que restableció bajo la inconstitucional instalación de la “Política de Estado”, convirtiendo a los tribunales federales en meros ejecutores del

³⁸⁶ Tampoco introdujeron al Código Penal limitación alguna las leyes 24.556 [BO 18/10/95] y 24.820 [BO 29/5/97] que aprobaron y otorgaron jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas [OEA], ratificada por la Argentina el 28/02/96, la ley 24.321 [BO 10/07/94] sobre la desaparición forzada de personas, ni la ley 26.298 [BO 30/11/07] que aprobó la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas [ONU], la que aún no entró en vigor.

acuerdo formalizado entre los tres poderes, violentando al independencia de Poder Judicial y con ello la estructura republicana de gobierno [Art. 1 CN].

En este sentido la CSJN ha expresado en el caso "Mirás" [Fallos: 287:76- 18-10-1973]:

6-Que es jurisprudencia de esta Corte que esa garantía comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor –leyes ex post facto– que impliquen empeorar las condiciones de los encausados según ha quedado establecido como invariable doctrina³⁸⁷.

7- Que el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ley penal, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva.

Por lo expuesto, como las normas mencionadas no dispusieron el restablecimiento de las prescripciones fenecidas, no puede hacerlo una interpretación judicial en perjuicio del imputado.

8 | PRESCRIPCIÓN Y DELITO PERMANENTE

Corresponde, para completar lo relativo a la prescripción, analizar “el componente temporal” y para ello es imprescindible saber el momento en que comienza a correr el tiempo que ha de transcurrir, en cada caso, para que opere el instituto de la prescripción. Hay dos situaciones que se han reiterado en estos juicios: a] las imputaciones por desaparición de personas y b] la imputación por sustracción de menores de diez años, casos en que suele afirmarse que dichas conductas deben calificarse como “delitos permanentes”

a]-En cuanto a la desaparición de una persona, se ha sostenido que mientras ésta no aparezca, viva o muerta, el delito se continúa cometiendo todos los días y el tiempo de

³⁸⁷ [Fallos: 17:22, 31:82, 117:22, 48 y 222, 133:216, 140:34, 156:48, 160:114, 169:309, 184:531, 254:116 cons. 19].

prescripción no comienza a correr, lo cual es una afirmación que en principio parecería veraz, aunque no siempre sea así.

Habrà de tenerse presente que el sujeto activo es tal mientras mantiene el dominio del hecho, pero una vez que por cualquier circunstancia [fuga, liberación, muerte, desistimiento, etc.] cesa la acción positiva de mantener el citado dominio, cambia la naturaleza de la acción.

La lógica indica que a partir de ese momento debe comenzar a contabilizarse el transcurso del tiempo que la ley establece para que opere la prescripción de la acción.

Si la persona desaparecida aparece, puede darse el caso que lo haga con vida o que sólo se encuentre su cadáver. En el primer caso, la dificultad para determinar el momento en que cesó la posible privación de la libertad, será menos compleja si se cuenta con la honestidad del ex desaparecido; en cambio sí sólo se encuentran los restos mortales, la fijación de la fecha de fallecimiento dependerá de los indicios y/o evidencia con que pueda contar el perito [asunto que excede el objeto de este trabajo].

Pero la cuestión es radicalmente distinta si no se encuentran los restos mortales, dado que puede suponerse que la persona desaparecida continúa con vida, o que ya ha fallecido. La ley ha contemplado diversos casos, tanto en las normas argentinas como las internacionales, y se registran distintos modos de determinar el momento de la muerte, desde las Leyes de Partida que dictaba el rey de España hasta el presente.

El Código Civil de la República Argentina, en el Libro I, sección I, Título VIII *De las personas ausentes con presunción de fallecimiento*, trata el asunto en los artículos 110 al 125, poniendo el acento en las cuestiones patrimoniales; pero en lo que interesa con relación a los hechos que se ventilan en los juicios de referencia, habrá de tenerse presente los artículos 110 al 113, 116 y 117 fundamentalmente³⁸⁸, que establecen las normas ante la desaparición de una persona y la fecha presuntiva del hecho.

³⁸⁸ Artículo 110

La ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado representantes, sin que de ella se tenga noticias por el término de seis años causa la presunción de su fallecimiento.

- Artículo 111

Además, por ley N° 14.394 se agregó el Art. 108 del título que precede al mencionado y que trata del fin de la existencia de las personas:

Art. 108-[...] En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado el juez podrá tener como comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta.

Igual regla se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver.

En muchos de los casos de desaparición de personas durante la guerra revolucionaria que sufrimos los argentinos, será posible tener una fecha aproximada de su ausencia, tomando como base cierta los *habeas corpus* presentados, las denuncias y trámites realizados ante organismos públicos y privados, las declaraciones testimoniales de los militantes que integraron las organizaciones terroristas con los ausentes, etc., como también lo expresado públicamente por Jorge Rafael Videla, siendo Presidente de la

Los seis años serán contados desde el día de la ausencia si nunca se tuvo noticia del ausente, o desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él.

- Artículo 112
Causa también presunción de fallecimiento la desaparición de cualquier persona domiciliada o residente en la República, que hubiese sido gravemente herida en un conflicto de guerra, [...] sin que de ella se tenga noticia por tres años consecutivos. Los tres años serán contados desde el día del suceso, si fuese conocido, o desde un término medio entre el principio y el fin de la época en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.
- Artículo 113
En el caso de los artículos anteriores, el cónyuge del ausente, los presuntos herederos el ministerio fiscal pueden pedir una declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento del ausente, al juez del último domicilio o residencia de aquél.
- Artículo 116
Pasados los seis meses y recibidas las pruebas [...] el juez [...] declarará la ausencia, y un día presuntivo del fallecimiento [...]
- Artículo 117
En el caso del artículo 110, el juez fijará; como día presuntivo del fallecimiento del ausente, el último día de los primeros tres años de la ausencia, o el día en que se tuvo de él la última noticia y en el caso del artículo 112, el día del conflicto de guerra [...] si fuese conocido, y no siéndolo, el día del término medio entre el principio y el fin de la época en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

República, cuando aseveró que los desaparecidos no existían, que estaban muertos. Al asumir los hechos con realismo político y jurídico, en su condición de máximo representante del Estado, dio públicamente por confirmada la anterior presunción de fallecimiento.

En otros casos los legitimados han impulsado el pertinente trámite legal y se ha fijado judicialmente el día presuntivo de la muerte.

Para los restantes casos, siguiendo el criterio de la ley 23.049 que toma como fecha final de los actos ejecutados con el fin de combatir el terrorismo, el 10 de diciembre de 1983 y como fecha de iniciación el 23 de mayo de 1973, atento a las múltiples declaraciones de beligerancia publicadas a partir de dicho día por las organizaciones armadas, el día intermedio del conflicto fue el 1° de septiembre de 1978, fecha que además coincide aproximadamente, con el período en que se redujeron significativamente las denuncias por desaparición de personas.

Con fundamento en lo explicitado, esa es la fecha en que, salvo prueba en contrario, debería declararse como la de presunción de fallecimiento para los desaparecidos de quienes no se tiene ninguna información. Si así se hiciere, es en esa fecha cuando dejan de ser personas desaparecidas, atento que con la "muerte natural" termina la existencia de las personas, de acuerdo a lo que establece presuntivamente el Art. 103 del Código Civil; cuestión que será de aplicación para los efectos civiles, según ley 24.321.

Por otra parte, si consideramos la posibilidad de la eliminación física ya que en los "juicios de venganza" se imputa y condena por "homicidios", no habría personas desaparecidas sino cadáveres desaparecidos, y éstos no reciben el trato de personas sino que tienen una regulación jurídica distinta. Las personas de existencia física no tienen continuación después de la muerte ya que dejan de ser sujetos de derecho.

Según ley 24.823, modificatoria de la ley 24.411, en su artículo 4 se conmina: *Bajo pena de nulidad en lo pertinente, en ningún supuesto el juez interviniente podrá declarar la muerte ni fijar fecha presunta de fallecimiento*; con lo cual se establece una discrecional diferencia cuando de efectos penales se trate.

El día en que los magistrados argentinos se dignen a respetar las leyes vigentes al tiempo de los hechos, deberán declarar de oficio o a requerimiento de parte, que la prescripción de la acción ha operado en el tiempo que establece el Art. 62 del Código Penal, contado desde la fecha mencionada, si en el caso particular no se pudiera determinar otra más concreta.

b]- El análisis de la hipótesis vinculada con la sustracción de un menor de diez años, puede efectuarse partiendo también de la circunstancia en que el apropiador ejerce el “dominio del hecho”, porque la acción del sujeto activo consiste en “sustraer”, “retener” u “ocultar” a una persona; acciones que resultarían imposibles si no se tuviera la capacidad y los medios para ejecutar y mantener la sustracción, la retención o el ocultamiento del menor.

Al respecto nos ilustra Fontán Balestra³⁸⁹: *En el mismo capítulo de los delitos contra la libertad individual, a continuación de las formas de privación de la libertad cometidas por particulares y de las que tienen lugar con abuso de autoridad, agrupa el código argentino cuatro artículos, cuya característica común es la condición de menor de edad del sujeto pasivo* [de ellos nos interesa el artículo 146³⁹⁰, dado que es la acción típica que se imputa en los juicios de venganza].

Es tradicional contemplar con penas agravadas las figuras en las que la privación de la libertad recae sobre menores y especialmente niños, en parte por la mayor facilidad en la comisión que el hecho ofrece.

En el derecho español antiguo y en el germano, ya existían claramente definidas las figuras de sustracción de menores. El más característico de estos delitos era el denominado robo de niños, castigado con las penas más severas.

Nos dice el autor citado que el sujeto activo puede ser cualquier persona y que la ofensa al bien jurídico protegido consiste en “*hacer desaparecer al menor*” [coincidiendo textualmente con Pacheco], por lo que el apoderamiento efectuado por

³⁸⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Abeledo Perrot. Undécima Edición Buenos Aires, 1987-págs. 294 y 338 y ss.

³⁹⁰ Art. 146 C.P. [texto ley N° 11.179, vigente hasta el 2/1/95] *Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.*

uno de los padres, sacando al menor de la esfera de custodia del otro progenitor del cual se encuentra separado, no tipifica en la figura legal, aunque la materialidad se defina con los mismos verbos [sustraer, retener, ocultar]; el sujeto pasivo “debe ser un menor de diez años, sin distinción de sexo”.

Respecto de los medios empleados para consumir y mantener la acción, es indiferente que sea mediante violencia o con fraude, lo cual incluye el engaño, desde el momento de la sustracción y mientras se impida la vuelta del menor a la situación de tutela en que se hallaba.

Resulta simple advertir que la acción dolosa típica puede cesar por el transcurso del tiempo [cuando el menor de 10 años supera esa edad], o porque el autor de la sustracción o quien lo ha recibido lo restituye a quien tenía la tutela legítima, o pone al sujeto pasivo a disposición de las autoridades, desistiendo del dominio de la acción.

Habrà de entenderse entonces que la tipicidad sólo se completa con la existencia del verbo típico y con la condición de minoridad; si por la inexistencia original o sobreviniente de alguno de los elementos de la materialidad natural, fuera o deviniera en una acción atípica, no se habría cometido o habría cesado la comisión del delito previsto en la ley de fondo [Art. 146 C.P.], y desde ese momento deberá empezar a contar el transcurso del tiempo de prescripción de la acción al que alude el Art. 62 del Código Penal.

En relación con ambas hipótesis habrá de tenerse presente que no resulta aplicable en los juicios de venganza que actualmente se tramitan, el texto actualizado del Art. 142 bis del Código Penal, por ser posterior y más gravoso que el legislado a la época de los hechos³⁹¹.

En cuanto al Art. 139 inc. 2³⁹², que en la generalidad de los casos que se ventilan por los hechos de los '70 se imputa a civiles y uniformados en concurso con el Art. 146 CP, debe recordarse que el Dr. Fontán Balestra señala que es *indiferente* el medio que

³⁹¹ El aplicable es el texto del Art. 142 bis CP según leyes N° 20.642 y 23.077, vigentes hasta el 20/06/03.

³⁹² Art. 139 CP [vigente hasta el 2/1/95] *Se impondrá prisión de uno a cuatro años [...] inc. 2: Al que por medio de exposición, de ocultación o de otro acto cualquiera hiciere incierto, alterase o suprimiere el estado civil de un menor de diez años.*

se emplee; o sea que el acto [“acción positiva” que excluye la “omisión”] cualquiera de hacer incierto, alterar o suprimir la identidad de un menor de diez años, si lo ejecuta el que sustrajo, retuvo u ocultó, será parte del mismo hecho y sólo admitiría considerarse en “concurso ideal” [Art. 54 CP]³⁹³.

Si lo ejecuta otro, habrá de atenderse a las particularidades del hecho concreto, para determinar si hay dolo, culpa o error, y en su caso la autoría y participación.

En síntesis, los delitos permanentes dejan de ser tales cuando se modifica su naturaleza, y esto se produce como en cualquier otra acción típica cuando no existe o deja de existir alguno de los elementos del hecho que la caracterizan.

Ampliando lo dicho: “desaparecer a una persona” no es lo mismo que “desaparecer un cadáver”³⁹⁴; “sustraer, retener, u ocultar a un menor de 10 años” no es lo mismo que “sustraer, retener, u ocultar a un mayor de 10 años”.

Entonces, cuando lo que era un delito “continuado” mal llamado “permanente”, cesa de cometerse, comienza a correr el tiempo de prescripción de la acción.

Consecuentemente con la doctrina aplicada por las cámaras federales y la Corte Suprema del gobierno de *jure*, todos los delitos ocurridos en la década del '70, como se dijo, prescribieron antes de que se abrieran las causas durante la gestión kirchnerista.

9 | LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN EL CASO AUSSARESSES

Francia por su parte, fue muy clara al momento de expedirse acerca de la jurisdicción y competencia de los delitos tratados en el Estatuto de Nuremberg. En la sentencia del

³⁹³ Art. 54 CP: *Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.*

³⁹⁴ Si se condena [ilegalmente] por “homicidio”, de hecho lo que ha desaparecido no es una persona sino un cadáver.

17 de junio de 2003³⁹⁵, la Casación francesa en el caso Aussaresses -acusado de delitos de lesa humanidad cometidos durante la guerra de Argelia 1954-1962 dictó sentencia. En este fallo el Estado francés dijo:

*Los motivos anteriores a la entrada en vigor de las nuevas disposiciones del Código Penal reprimiendo los delitos contra la humanidad, a partir de las disposiciones del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg del 08 de agosto 1945, mencionadas en la Ley de 26 de diciembre de 1964, y anexadas al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y a las de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946, y así incorporadas al orden jurídico interno, sólo eran aplicables a los delitos contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, por lo tanto no se pueden aplicar a los acontecimientos de Argelia*³⁹⁶.

³⁹⁵ [Cour de Cassation, pourvoi No: 02-80719] El general Aussaresses, comenzó a desempeñarse bajo las órdenes del general Jacques Massu en lo que sería conocido luego como la Batalla de Argelia, combatiendo al Frente de Liberación Nacional –FLN–.

Ver otras amnistías dadas por Francia, cfr. *infra* nota 405.

- El 7 de mayo de 2001 se pretendió enjuiciar al general Paul Aussaresses por DLH a partir de una denuncia de la Federación Internacional de Ligas de Derechos del Hombre –FIDH–.
- El 16 de mayo de 2001 la viuda de Maurice Audin [afectado por la Batalla de Argelia], Josette Audin, efectuó análoga denuncia, por DLH y desaparición forzada de personas.
- El 17 de mayo de 2001, el Procurador de París produjo un dictamen desestimando la denuncia de la FIDH por DLH, afirmando:

Esta incriminación no existe en nuestro derecho sino después del 1º de marzo de 1994, fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Penal.

Agregando:

Anteriormente a esta fecha sólo los DLH cometidos durante la II GM han podido ser perseguidos sobre la base de la Carta del Tribunal de Nuremberg, anexa al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945. Acuerdo del que Francia sí había sido parte.

³⁹⁶ *aux motifs qu'avant en vigueur des nouvelles dispositions du Code pénal réprimant les crimes contre l'humanité, les dispositions issues de la charte du Tribunal international de Nuremberg du 8 août 1945, visées dans la loi du 26 décembre 1964, et annexées à l'accord de Londres du 8 août 1945 et à celles des Nations-Unies du 13 février 1946, ainsi intégrées dans l'ordre juridique interne, n'étaient applicables qu'aux crimes contre l'humanité perpétrés pendant la seconde guerre mondiale; qu'elles ne peuvent donc s'appliquer aux événements d'Algérie.*

El fallo del alto Tribunal francés reviste la importancia de haber sido emitido por una de las cuatro potencias que firmó el acuerdo de Londres, origen del Estatuto de Nuremberg que habilitó la jurisdicción *para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo* [³⁹⁷].

Por esta razón el 3 de junio de 1988 Francia juzgó y condenó al nazi Klaus Barbie³⁹⁸, quien ya había sido condenado en ausencia en dos oportunidades y se encontraba en Bolivia prófugo de la justicia de aquel país. En esta oportunidad fue sentenciado por violación al Art. 6 inc. c del Estatuto de Nuremberg vinculante para Francia y el 349 del Código Penal entre otros.

El tribunal fundó la imprescriptibilidad de los crímenes imputados a K. Barbie en la vigencia del acuerdo de Londres del 8 agosto de 1945 y la resolución de la ONU del 13 de febrero de 1946³⁹⁹. No lo hizo con arreglo a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad de la ONU, ni a la del Consejo de Europa, firmada por Francia el 25 de enero de 1974 pero no ratificada.

Sin embargo, tanto el acuerdo de Londres como la Res. 3[I] del 13 de febrero de 1946 de la ONU –sobre la *Extradición y castigo de los criminales de guerra*– no refieren la imprescriptibilidad de los delitos internacionales y tampoco explicitan una limitación temporal en la persecución de los mismos.

<http://www.easydroit.fr/jurisprudence/chambre-criminelle-17-Juin-2003-CRIME-CONTRE-L-HUMANITE-Definition-Loi-du-26-decembre-1964-S/C295830/>. Consulta: 24/11/2011.

Este criterio también, lo empleó la Cámara de Casación, para resolver los recursos 02-84725, y 02-83986 del 17 de junio de 2003.

³⁹⁷ Art. 6 inc. c del Estatuto de Nuremberg.

³⁹⁸ N° de "pourvoi" [demanda] 87-84240.

³⁹⁹ La resolución 3 [I] del 13 de febrero de 1946, *Acerca de la extradición y castigo de criminales de guerra*, entre sus considerandos expresa: *Teniendo en cuenta la definición de crímenes de guerra y crímenes contra la paz y contra la humanidad que figura en la Carta del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945.*

En la persecución se habían comprometido inicialmente las cuatro potencias signatarias del acuerdo de Londres del que Francia formó parte. Se trata entonces de la aplicación de un tratado multilateral vigente y vinculante para ese país.

Posteriormente por ley 64 -1326 del 26 de diciembre de 1964 –promulgada durante la presidencia de Charles De Gaulle siendo George Pompidou primer ministro– Francia aceptó la tipificación y la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad establecidos en el Estatuto de Nuremberg para los criminales del Eje. Dice en su único artículo:

*Los crímenes de lesa humanidad, tal como se definen por la resolución de la ONU del 13 de febrero de 1946, tomando nota de la definición de crímenes de lesa humanidad, tal como figura en la Carta del Tribunal Internacional del 8 de agosto de 1945, son por naturaleza imprescriptibles*⁴⁰⁰.

Obsérvese que esta ley establece de manera restrictiva –en el mismo sentido que el Art. 2.5 de la ley 10 del CC–, la imprescriptibilidad para los delitos cometidos en la jurisdicción en la que los tribunales nacionales de los países involucrados en la contienda de la IIª GM o el TMI de Nuremberg eran competentes, por medio de la expresión “tal como figura”, es decir exclusivamente para los criminales del Eje, y así lo interpreta la casación francesa.

Con relación al fallo del caso Aussaresses, la Corte Suprema de la Argentina dijo en el considerando 31 del fallo Arancibia:

... esta Corte, en cambio, no puede adherir a la autoridad de la casación francesa en cuanto juzga que ningún principio del derecho tiene una autoridad superior a la ley francesa, ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trata de crímenes contra la humanidad [Corte de Casación, Fédération Nationale des désportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie, 20 de diciembre de 1985; N° 02-80.719 [N° 2979 FS] - P+B, 17 de

⁴⁰⁰ *Les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature.*

junio de 2003]. Cabe advertir, con cierto énfasis, que Francia no es parte en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Pese a lo afirmado por la CSJN, obsérvese que la Corte de Casación francesa no ha rechazado la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales perpetrados por los criminales del Eje.

Así lo refiere la ley del 26 de diciembre de 1964, pues no sólo ha juzgado y condenado al ex nazi Klaus Barbie, sino también a ciudadanos franceses como Maurice Papon⁴⁰¹ y Paul Trouvier entre otros, vinculados a la actividad de los nazis y acusados de haber cometido delitos de lesa humanidad⁴⁰². Pero no acuerda con la aplicación retroactiva del derecho penal, a diferencia de la Corte Suprema de la Argentina que viola ese consagrado principio.

Cuando llegó el caso Aussaresses a la Corte de Casación, ya se habían incorporado [1 marzo de 1994]⁴⁰³ al Código Penal francés los delitos de lesa humanidad [Art. 211-1 a

⁴⁰¹ Maurice Papon fue funcionario de Estado en la zona de ocupación de Francia bajo control de la Alemania nazi, durante el gobierno de Vichy.

En 1981 se encontró documentación que lo responsabilizaba por la deportación de más de mil quinientos judíos de Bordeaux y fue acusado por delitos de lesa humanidad según el Art. 6, c del Estatuto de Nuremberg. Pero, Papon técnicamente no era un nazi de los países del Eje que pudiera ser encuadrado en los términos de este Estatuto vinculante para Francia.

El 23 de enero de 1997 la casación francesa resolvió que: *El Artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg no requiere que un cómplice de un crimen contra la humanidad se haya ceñido a una política de hegemonía ideológica o que, haya formado parte de una organización delictiva*. Por lo tanto fue considerado cómplice de los actos realizados por los nazis aunque él no era un miembro del partido nazi. Fue condenado en el '98 a diez años de prisión.

⁴⁰² Otros franceses que colaboraron con el nazismo fueron juzgados, por violación a leyes nacionales: el Mariscal Petain acusado de apoyar al gobierno de Vichy, Pierre Laval por haber puesto todos los recursos de Francia a disposición de Alemania [acuerdo de Montoire], Charles Maurras acusado de traición e inteligencia con el enemigo, Fernand de Brinon acusado de haber formado una Legión de Voluntarios Franceses que participaron en Rusia en apoyo de las tropas alemanas, etc.

Paul Trouvier quien había cometido delitos en 1944 antes del Acuerdo de Londres del 8 de agosto, fue acusado de delitos de lesa humanidad en virtud del Art. 6 c] del Estatuto de Nuremberg, en su apelación a la Casación por aplicación retroactiva de la ley penal.

La Corte en la sentencia del 1° de junio de 1995, [94-82.590 94-82.610 94-82.614] expresó: *Considerando que la represión de los delitos comunes, como crímenes de lesa humanidad según el*

211-3], tal como ocurrió con varios países durante la década del 90, y fueron tipificados en sus respectivos códigos penales sin hacer referencia a los definidos en el Estatuto de Nuremberg, como lo hace la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU.

En consecuencia para el caso Aussaresses:

- 1] no era de aplicación la reciente incorporación de los delitos de lesa humanidad al Código Penal francés.
- 2] Francia no estaba obligada por las convenciones de imprescriptibilidad de la ONU ni del Consejo de Europa y,
- 3] la ley de imprescriptibilidad de 1964 de los delitos de lesa humanidad era de aplicación exclusivamente al derecho de Nuremberg, lo que fue dicho por la Sala Criminal de la Corte de Casación como sigue:

Que, las disposiciones de la ley del 26 de diciembre de 1964 y las del Estatuto del Tribunal militar internacional de Nuremberg, anexada al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, sólo se refieren a los hechos cometidos por cuenta de los países europeos del eje;

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, lo que es el texto de la ley nacional, mientras que la sentencia en contra de Pablo X [Trouvier]... entró en las previsiones de los artículos 296, 297 y 302 del Código Penal aplicable en el momento pertinente; que por lo tanto no se violó el principio de irretroactividad de la ley penal.

Trouvier fue condenado por delitos comunes vigentes en el código penal en la época de los hechos que no estaban prescriptos.

Attendu que la répression des crimes de droit commun, constitutifs de crimes contre l'humanité au sens du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, relève selon ce texte de la loi nationale; Attendu que la peine prononcée contre Paul X... entrain dans les prévisions des articles 296, 297 et 302 du Code pénal applicables au moment des faits; Qu'ainsi n'a pas été méconnu le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale.

⁴⁰³ El código Penal francés se modificó por la ley 92-684 el 22 de julio de 1992, oportunidad en la que se incorporaron entre otros, los delitos de lesa humanidad, y por el Art. 213-5 se estableció la imprescriptibilidad de los mismos. La modificación se efectivizó por ley 92-1336, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1993.

*Que además, los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de no retroactividad de la ley penal más severa, enunciados en los Artículos 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 7-1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, 15-1 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, 111-3 y 112-1 del Código Penal, obstaculizan a los Artículos 211-1 a 212-3 de ese Código que reprimen los crímenes contra la humanidad, se apliquen a los hechos cometidos antes de la fecha de su entrada en vigor, el 1º de marzo de 1994*⁴⁰⁴.

En ese mismo sentido había resuelto con anterioridad el caso George Bourdarel, acusado de haber cometido crímenes de lesa humanidad en Vietnam entre octubre de 1952 y agosto de 1954.

El juez de instrucción encontró que los delitos estaban encuadrados en el Art.6 inc. c de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, firmado por Francia.

En segundo término el juez decidió que la ley de amnistía francesa del 18 de junio de 1966⁴⁰⁵ no era aplicable a la infracción alegada, por la supremacía de las normas internacionales sobre el derecho interno.

⁴⁰⁴ *Que, les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 et celles du statut du tribunal militaire international de Nuremberg, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, ne concernent que les faits commis pour le compte des pays européens de l'axe;*

Que, par ailleurs, les principes de légalité des délits et des peines et de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère, énoncés par les Articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 7-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 111-3 et 112-1 du Code pénal, font obstacle à ce que les Articles 211-1 à 212-3 de ce Code réprimant les crimes contre l'humanité s'appliquent aux faits commis avant la date de leur entrée en vigueur, le 1er mars 1994.

⁴⁰⁵ El 20 de febrero de 1953 se promulgó la ley de amnistía N°53-112, para militares franceses [Malgré-Nous] vinculados a la masacre de la ciudad Oradur -sur-Glane del 10 de junio de 1944, acusados de crímenes de guerra por su participación con las SS.

El 18 Junio de 1966 Francia dictó la ley N° 66-409 sancionada por el Parlamento sobre la base de un Proyecto de Ley adoptado por la Asamblea Nacional en su sesión N° 116 [período 1965-1966], estableciendo una amnistía: por los hechos de la *resistencia partisana a la ocupación alemana*, la Resistencia [desde el 10 de junio de 1940 hasta el 1º de enero de 1946 Art. 6]; por los hechos de la guerra terrestre en Indochina [anteriores al 1ª de octubre de 1957, Art. 30]; y los previstos en el Código de Justicia Militar para la guerra terrestre por hechos anteriores al 8 enero de 1966 [Art. 5].

Llegada la instancia de apelación, el Tribunal dictaminó que las disposiciones de la ley de 26 de diciembre de 1964 y de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, se limitan a las acciones cometidas en nombre de los países europeos del Eje [durante la guerra] y por lo tanto, que los hechos cometidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial no se pueden describir como delitos de lesa humanidad⁴⁰⁶.

La decisión del Tribunal de Casación del 1º de abril de 1993⁴⁰⁷ en la sentencia del caso “Bourdarel”, cuando aún no habían sido incorporados los delitos de lesa humanidad al Código Penal francés, dice:

...que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es una derogación excepcional a las normas ordinarias de procedimiento penal, debe interpretarse restrictivamente, no puede válidamente sostenerse en ausencia de

Así, Francia cerraba todas las persecuciones por hechos políticos que condujeron a tres guerras. El Art. 30 de la referida ley establece:

I - Sont amnistiés de plein droit tous crimes ou délits commis en liaison avec les événements consécutifs à l'insurrection vietnamienne et antérieurement au 1er octobre 1957.

II - En ce qui concerne les anciens combattants et prisonniers de la guerre d'Indochine, les dispositions de l'Article 29 bis de la loi n° 53-681 du 6 août 1953, modifiée par la loi n° 57-784 du 15 juillet 1957, sont étendues aux infractions punies de peines correctionnelles commises en Indochine antérieurement au 1er octobre 1957.

El 31 de julio de 1968 el Parlamento sancionó la ley N° 68/697. Su Art. 1º dispuso:

Art. 1º. Son amnistiados de pleno derecho todos los delitos cometidos en relación con los sucesos de Argelia.

Se reputan cometidos en relación con los sucesos de Argelia todos los delitos cometidos por los militares en servicio en Argelia, durante el período cubierto por la primera parte del presente artículo.

Con esta ley, quedan amnistiados los eventuales delitos cometidos durante: la IIª Guerra Mundial [por la resistencia partisana, combatiente o no], la Guerra de Indochina, y la batalla de Argelia.

⁴⁰⁶ SALIBA, Issam, "The Nullum crime principles and the trial of Saddam Hussein. The Legaly Principles", *The Law Library of Congress*, USA. www.loc/law/help/hussein/legality.php. consultada el 17 de mayo de 2011. Saliba es abogado oriundo de Beirut, especialista en Medio Oriente, África del Norte y Estados Árabes para la biblioteca de leyes del Congreso de los EE.UU.

⁴⁰⁷ N° de pourvoi: 92-82273.

disposición expresa sobre este punto, tanto en el derecho internacional como en el derecho interno, que un principio de exclusión de la amnistía para los crímenes contra la humanidad tendría su origen en la filosofía general del acuerdo interaliado de Londres, 8 de agosto de 1945 y en el Estatuto del Tribunal militar internacional⁴⁰⁸.

...que los jueces agregan que si los crímenes contra la humanidad "incluidos en el derecho interno francés desde la ley del 26 de diciembre de 1964, son imprescriptibles por su naturaleza, el principio de imprescriptibilidad debe ser interpretado restrictivamente"; y observan que no puede ser válidamente sostenido en ausencia de disposición expresa sobre ese punto, tanto en el derecho internacional como en el derecho interno"⁴⁰⁹.

Que en efecto, las disposiciones de la ley del 26 de diciembre de 1964, y del estatuto del tribunal militar internacional de Nuremberg, anexo al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, sólo conciernen a los hechos cometidos por cuenta de países europeos de Eje; por otra parte la Carta del Tribunal Militar de Tokio, que no ha sido, ni publicada, ni ratificada en Francia y que no entró en las previsiones de la ley del 26 de diciembre de 1964, o de la Resolución de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946, sólo apunta, en su artículo 5, a los apremios cometidos por los criminales de guerra japoneses o sus cómplices; que de esta manera, los hechos denunciados por las partes civiles, posteriores a la segunda guerra mundial, no eran

⁴⁰⁸ ...que le principe d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité qui constitue une dérogation exceptionnelle aux règles de procédure pénale ordinaire, doit être restrictivement interprété ; qu'il ne peut donc être valablement soutenu, en l'absence de disposition expresse sur ce point, tant en droit international qu'en droit interne, qu'un principe d'exclusion de l'amnistie des crimes contre l'humanité prendrait sa source dans la philosophie générale de l'accord interallié de Londres du 8 août 1945 et du statut du Tribunal militaire international.

⁴⁰⁹ ...que les juges ajoutent que si les crimes contre l'humanité, " inclus dans le droit interne français depuis la loi du 26 décembre 1964, sont imprescriptibles par leur nature, le principe de leur imprescriptibilité doit être interprété restrictivement " ; qu'ils observent " qu'il ne peut donc être valablement soutenu, en l'absence de disposition expresse sur ce point, tant en droit international qu'en droit interne,

susceptibles de recibir la calificación de crímenes de lesa humanidad, en el sentido de los textos precitados...⁴¹⁰

En el mismo sentido que el Estado francés, en la 110ª reunión preparatoria de la Convención para la sanción del delito de genocidio de la ONU [E/794] de diciembre de 1948, el representante de Perú hizo referencia a los alcances de la jurisdicción del Tribunal de Nuremberg:

*El Sr. Mauritua, en respuesta a las observaciones de los representantes de Siria y Checoslovaquia, dijo que de ninguna manera subestimaba el valor de la labor realizada por el Tribunal de Nuremberg, se debe, sin embargo, admitir que el Tribunal era una corte de excepción, establecida por un objetivo preciso. Como resultado, no podría servir como un precedente en la elaboración de una convención para el castigo de los que serían culpables de violar sus disposiciones en el futuro*⁴¹¹.

La opinión de la casación francesa no es menor, pues es la voz de uno de los estados creadores de la doctrina aplicada en Nuremberg –no se trata de un mero ejemplo de derecho comparado–; desde este punto de vista, esta sentencia nos indica cómo debe interpretarse el Estatuto de Nuremberg.

En el caso Aussaresses el alto tribunal francés reconoció que la tipificación dada en ese Estatuto no es extensiva fuera del alcance establecido en el propio instrumento internacional, aceptó la validez de la amnistía dada en el marco de su derecho interno

⁴¹⁰ Qu'en effet, les dispositions de la loi du 26 décembre 1964, et du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, ne concernent que les faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe; que, par ailleurs, la Charte du Tribunal militaire international de Tokyo, qui n'a été ni ratifiée, ni publiée en France et qui n'est pas entrée dans les prévisions de la loi du 26 décembre 1964, ou de la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, ne vise, en son Article 5, que les exactions commises par les criminels de guerre japonais ou leurs complices; qu'ainsi, les faits dénoncés par les parties civiles, postérieurs à la seconde guerre mondiale, n'étaient pas susceptibles de recevoir la qualification de crimes contre l'humanité au sens des textes précités...

⁴¹¹ Mr. Mauritua, replying to the observations of the representatives of Syria and Czechoslovakia, said he in no way underestimated the value of the work accomplished by the Nürnberg Tribunal; it must, however, be admitted that the Tribunal was an exceptional court, set up for a precise purpose.

As a result, it could not serve as a precedent in drawing up a convention for the punishment of those who would be guilty of violating its provisions in the future.

y respetó el principio de legalidad; en consecuencia el acusado fue absuelto, como también había ocurrido en el caso Bourdarel.

La Casación no sólo honró la seguridad jurídica del Estado francés sino también su soberanía jurídica, acatando aquellas normas internacionales que obligan positivamente al Estado.

Pese a todo lo dicho ante el planteo del caso Aussaresses a la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal de la Argentina, respondió: *la invocación aislada de lo resuelto en decisiones aisladas de tribunales extranjeros*⁴¹² –caso “Aussaresses” de la Sala Criminal de la Corte de Casación de Francia y “Gavazzo Pereira” de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay– *no constituye un antecedente con entidad suficiente para conmover aquellos argumentos expresados por el cimero tribunal nacional ni, en definitiva, los que en el derecho internacional dan sustento a la doctrina de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad que en ese ámbito se encuentra a estas alturas, como se dijo, suficientemente arraigada*⁴¹³.

Lo notable de la sentencia de la casación argentina, es que luego de afirmar lo irrelevante que resultan para el derecho interno las decisiones de otros tribunales aislados, ante el planteo de las defensas acerca de que las infracciones a la propiedad no constituyen delitos de lesa humanidad, basándose en lo establecido en un estatuto aislado, expresó: esta sala lleva dicho que las fuentes del derecho internacional atribuyen el carácter de lesa humanidad a hechos tales como el asesinato, exterminio, reducción a la esclavitud, privación ilegal de la libertad, agresiones sexuales, tortura, persecución por motivos, políticos, raciales o religiosos, u otros tratos inhumanos [cfr. art. 6º.c. de la Carta del tribunal militar internacional de Nüremberg; Art. 5º del estatuto del tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia; Art. 3º del estatuto del tribunal penal internacional para Rwanda y Art. 2º del tribunal especial para Sierra Leona].

⁴¹³ Causa Nro. 15496 -SALA II- “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”, registro 630/14, Voto del Dr. Pedro David, pág 181.

Tal como se observa, los artículos enunciados definen los delitos de lesa humanidad y en ninguna circunstancia incluyen las infracciones a la propiedad. En consecuencia no acreditan los que la Casación argentina pretende.

Luego continúa la sentencia: *La enunciación no agota el catálogo de conductas que generan las imprescriptibles e imperativas obligaciones de investigación y sanción. También se incluyen inter alia el empleo de armas destinadas a provocar sufrimientos innecesarios o la apropiación indebida de propiedad pública o privada [At. 3º del estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia].*

Es de notar que la jurisprudencia de los tribunales internacionales contribuyó en la interpretación de los tratados anteriormente mencionados.

Sin embargo, el artículo 3º del Estatuto para el TPI, atribuye competencia al Tribunal para enjuiciar a las personas que violen las leyes de la guerra⁴¹⁴, entre ellas el pillaje de bienes públicos o privados.

⁴¹⁴El Art. 3 del Estatuto para el TPIY establece:

Violaciones de las leyes o prácticas de guerra;

El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esto impida reconocerse otras, las siguientes:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles;*
- b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares;*
- c) El ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos;*
- d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico;*
- e) El pillaje de bienes públicos o privados.*

Artículo 5

Crímenes contra la humanidad

Como vemos la CNCP aplicó analogía penal al modificar el tipo penal de los DLH, basándose en el Estatuto de un tribunal aislado y contradijo el criterio según el cual los delitos acriminados se habrían producido en una situación de paz.

Agregando: A guisa de ejemplo, con relación a los ataques al derecho de propiedad ocurridos en contextos de conflictos bélicos, se recordó que las Regulaciones de la Convención de la Haya IV de 1907, tutelan la propiedad y prohíben la confiscación y el pillaje y que –por otra parte– hechos tales como la incautación organizada de propiedades, llevada adelante como parte de la explotación sistemática económica de los territorios ocupados, ya habían sido objeto de juzgamiento ante el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg -TIPY “Delalić et al.”, cit., parág. 590 y sus citas- [cfr. esta sala en “Losito, Horacio y otros s/ recurso de casación”, supra cit., entre otros].

Los atentados contra la propiedad que se juzgaron en esta causa ocurrieron en el marco de ese ataque generalizado y sistemático dirigido contra un grupo de la población de nuestro país y, en tal sentido, carece de todo sustento fáctico la pretensión de la defensa de escindirlos del marco contextual en el que sucedieron.

Queda muy claro entonces que si hubo pillaje debió ocurrir en el contexto de un conflicto armado, y no puede evitarse mencionar que en los juicios de venganza, la justicia niega sistemáticamente la existencia del tal tipo de conflicto.

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) Asesinato;*
- b) Exterminación;*
- c) Reducción a la servidumbre;*
- d) Expulsión;*
- e) Encarcelamiento;*
- f) Tortura;*
- g) Violaciones;*
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;*
- i) Otros actos inhumanos.*

Tal como se puede observar, la apropiación de bienes no está incluida en la conducta típica de los DLH, en consecuencia este delito prescribe.

10 | ¿HASTA QUÉ PUNTO LA IMPRESCRIPTIBILIDAD RETROACTIVA DE LOS DLH ES NORMA DE *IUS COGENS*?

Una norma consuetudinaria internacional de carácter general se identifica a partir del estudio de los tratados y sus ratificaciones⁴¹⁵, las prácticas estatales uniformes extensas y representativas, los principios generales del derecho y la *opinio juris*, pues no se puede invocar una costumbre internacional sin probarla.

En ese sentido la CIJ en el caso "Derecho de asilo"⁴¹⁶ entre Colombia y Perú" dijo:
...la parte que invoca una costumbre de este tipo deberá probar que esa costumbre ha sido establecida de tal manera que ha llegado a ser obligatoria para la otra parte.

Para el análisis de este punto asumimos como hipótesis [al sólo efecto del presente estudio], que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, como afirma la CSJN, es una norma de *ius cogens*, por tanto sus fundamentos debieran ser susceptibles de ser identificados, sin embargo esto no parece posible.

La imprescriptibilidad le otorga a la víctima el derecho a la persecución eterna. No obstante: *aún cuando se trate de crímenes atroces y aberrantes, dice Ziffer, la persecución penal no puede ser ejercida ilimitadamente y de cualquier manera.*

En este sentido, un derecho procesal penal en el que el solo hecho de la imputación por crímenes atroces y aberrantes basta para que quien debe enfrentarse a ella lo haga privado de garantías básicas, es difícil de justificar en un Estado que pretenda seguir siendo definido como "de derecho" [...].

Tales restricciones, por definición, significan asumir la posibilidad de que la efectiva aplicación de una pena se frustre; pero si un ejercicio limitado del poder punitivo es

⁴¹⁵ CIJ: sentencia de las plataformas del Mar del Norte.

⁴¹⁶ CIJ, Recuil, 1950, pág. 276.

lo que nos define como sociedades civilizadas, no parece que el precio sea demasiado alto⁴¹⁷.

Debemos tener presente que sólo cuando la imprescriptibilidad se aplica a hechos pasados colisiona con el principio de legalidad que incluye el de no retroactividad de la ley penal, para proteger el derecho del imputado de conocer previamente la ley.

Si bien los estados deben dar satisfacción a las víctimas, no parece sensato victimizar a los imputados violando sus derechos para satisfacer a las primeras, cuando el Estado tiene la potestad de promover su reparación; en particular en el caso argentino, en el que las inicialmente mencionadas como víctimas integraron⁴¹⁸ estructuras armadas de poder que victimizaron a miles de civiles ajenos a las hostilidades, a quienes como se ha dicho, ningún derecho les es reconocido.

Esto demuestra que la mentada batalla contra la impunidad que impulsa el gobierno y los organismos de derechos humanos, no es tal.

Así, encubriendo la gravedad de los crímenes de los integrantes de las organizaciones terroristas y simultáneamente exagerando las conductas de quienes los combatieron, se crea una base fáctica de excepción para justificar la punición asimétrica; pero para que

⁴¹⁷ Ziffer, Patricia, *El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad*. En Maier, Julio [homenaje al Profesor]. *Estudios sobre Justicia Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2005. pág.745-762.

⁴¹⁸ La clandestinidad de las organizaciones armadas terroristas y el doble rol político-militar de sus integrantes les ha permitido instalar la idea de que sólo los militantes vinculados a la estructura militar de dichas organizaciones tienen responsabilidad ante las víctimas inocentes.

Tal como recomienda el *Manual de Instrucción de las Milicias Montoneras*, los testigos, a partir de la causa "13/84", pretenden vincularse a las organizaciones de superficie, como parte de una estrategia de acusación que focaliza las acciones de la dictadura sobre la población civil en general, sin embargo más adelante se hará referencia a la vinculación entre ambas estructuras [político-militar] y se verá también que en los juicios iniciados luego de 2003 hay un mayor reconocimiento de la militancia en las organizaciones armadas por parte de los testigos.

En ese sentido en la causa "Porra" sentencia 025/2013 del TOF 1 de Rosario, por ejemplo, se expresa: *En la presente causa, las personas catalogadas como subversivas y victimizadas fueron jóvenes integrantes de la organización Montoneros*. Pese a tal reconocimiento, dicha organización es considerada una organización política, eliminando el componente violento de la misma y la responsabilidad por sus actos como organización militar y terrorista.

ello sea posible es también necesario darle carácter obligatorio a institutos jurídicos que no lo tenían, lo que se logra aduciendo falsamente la naturaleza de *ius cogens* de la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad.

Pero una norma alcanza la naturaleza de *ius cogens* al cumplir los requisitos del Art. 53 CVDT, y va dicho por la CIJ⁴¹⁹ que tal verificación se realiza, en el caso de los tratados, comprobando las ratificaciones de éstos.

Habida cuenta del origen convencional de la imprescriptibilidad de los DLH, podemos diagramar el cuadro de ratificaciones [Fig.7] y en función de éste se puede apreciar que la mayoría de los estados no aceptó el texto de la Convención.

POSITIVIZACIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD
DE LOS DLH:
CUADRO DE RATIFICACIONES

TRATADOS QUE CONTIENEN LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES									
	VOTO POSITIVO	VOTO NEGATIVO	ABSTENCIONES	NO VOTARON	ESTADOS PARTICIPANTES	TOTAL DE MIEMBROS	FIRMA DEL TRATADO	RATIFICACIONES AL 2012	TIPO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD
CONVENCIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ONU 1968	58	7	36	25	126		9	54	IMPRESCTIBILIDAD RETROACTIVA Y HACIA EL FUTURO
CONVENCIÓN DE INPRESCRIPTIBILIDAD DE LA UE 1974						47	8	7	IMPRESCTIBILIDAD HACIA EL FUTURO
ESTATUTO DE ROMA 1998	120	7	21	0	148	193	139	120	IMPRESCTIBILIDAD HACIA EL FUTURO

Fig. -7-

⁴¹⁹ La Argentina está sometida a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia por el decreto 21.195 del 8 de septiembre de 1945 ratificado por ley 12.838.

VOTACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD
DE 1968, ONU.

–Res. 2391-XXIII–

Votaron a favor: Alto Volta, Arabia Saudí, Argelia, Bielorrusia, Birmania, Bulgaria, Ceilán, Chad, Checoslovaquia, Chile, China, Chipre, Costa de Marfil, Cuba, Dahomey, Etiopía, Filipinas, Gabón, Ghana, Guinea, Hungría, India, Indonesia, Irak, Irán, Israel, Kenia, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Maldivas, Marruecos, Mauritania, México, Mongolia, Nepal, Níger, Nigeria, Pakistán, Polonia, República Árabe Unida, República Centroafricana, Ruanda, Rumania, Senegal, Singapur, Siria, Sudán, Tanzania, Togo, Túnez, Ucrania, Unión Soviética, Yemen del Sur, Yugoslavia y Zambia. [Chile en esa oportunidad, opuso una reserva en salvaguarda del principio de legalidad]

En contra: Australia, El Salvador, Estados Unidos, Honduras, Portugal, Reino Unido, y Sudáfrica.

Abstenciones: Afganistán, **Argentina**, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Finlandia, Francia [*], Grecia, Guatemala, Guyana, Haití, Irlanda, Islandia, Italia, Jamaica, Japón, Laos, Luxemburgo, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Perú, Suecia, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela.

[*] En el cons. 31 del voto del ministro Boggiano en el caso "Arancibia Clavel" erróneamente sostiene: *cabe advertir, con cierto énfasis, que Francia no es parte de la Convención sobre la imprescriptibilidad...*

Al comparar, en el cuadro anterior, los instrumentos internacionales que contienen la norma de imprescriptibilidad, se observa:

a]- De los dos primeros tratados que establecen la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales [Convención de la ONU y Convención de la UE], en el primero se aprecia que de los 193⁴²⁰ estados que integran la ONU, al 2014 sólo 54 estados ratificaron la Convención sobre la imprescriptibilidad.

Si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde que se abrió a la firma, que los europeos disponen de su propia convención y en consecuencia no van a formar parte de la Convención de la ONU, y que el Estatuto de Roma reemplaza⁴²¹ no sólo a dicha

⁴²⁰ <http://www.un.org/es/members/>, a ello debe sumarse Sudán del Sur que adhirió a la ONU en 2011.

⁴²¹ En rigor, el Estatuto de Nuremberg, como hemos visto, fue dado para perseguir penalmente al nazismo, la Convención sobre la imprescriptibilidad para hacer esos delitos imprescriptibles y poder continuar persiguiendo al nazismo, y el Estatuto de Roma para otorgar un instrumento que regule el funcionamiento de la CPI.

En consecuencia la expresión "reemplaza" debe interpretarse como un paso superador en la evolución de la tipificación de los DLH, así como la jurisdicción donde estos pueden ser aplicados y la competencia de

Convención, sino también al Estatuto de Nuremberg y su definición primigenia de los crímenes internacionales, es posible inferir que esta Convención no va a incrementar significativamente las ratificaciones en el futuro; por el contrario, está muy próxima a su nulidad por la existencia de una norma internacional ulterior sobre la misma materia [ER] que la reemplaza [Art. 30 inc.3 de la CVDT, cfr. *infra* 14.5: Un pacto internacional destinado a su extinción].

No puede sostenerse que la imprescriptibilidad retroactiva propuesta por esta Convención, según lo afirma la CSJN, pueda ser considerada norma de *ius cogens*, pues toda norma imperativa requiere ser reconocida y aceptada por la comunidad de estados en su conjunto [Art. 53 de la CVDT], y es evidente que la Convención que propone la imprescriptibilidad de los DLH ha sido rechazada por siete estados al momento de su votación, –entre ellos los EE.UU.– y posteriormente por el Consejo de Europa.

b]- Otro tanto ocurre con la Convención Europea de imprescriptibilidad, que comparte el mismo escenario que la Convención de la ONU en cuanto a que fue superada por el Estatuto de Roma.

Por lo tanto, para cualquier Estado europeo que haya adherido a este último carece de sentido ratificar la Convención Europea de Imprescriptibilidad, sobre todo porque ambos instrumentos rechazan la imprescriptibilidad retroactiva.

c]- Por último, el Estatuto de Roma presenta 120 ratificaciones que acuerdan la imprescriptibilidad no retroactiva, tratada expresamente en el texto del documento.

Si bien en el futuro se pueden incrementar las ratificaciones, cabe preguntarse si el 62,17% actual de los estados es suficiente para asignarle a la imprescriptibilidad de los DLH la categoría de *ius cogens*, o si se debe reconocer que la misma está en construcción, en los términos del Art. 53 de la Convención de Viena, habida cuenta

los tribunales encargados de ello, por tanto no debe entenderse literalmente siempre que el Estatuto de Roma "reemplaza" al Estatuto de Nuremberg porque son dos instrumentos internacionales autónomos con signatarios diferentes, recuérdese que los EE.UU. por ejemplo, no firmaron el ER. Independientemente de los tratados, las normas que de ellos se desprenden integran el derecho internacional.

Lo incomprensible, es que un Estado –como lo ha hecho la Argentina– suscriba sin reservas la Convención de la ONU y el ER, ya que tienen principios contrapuestos, como la aplicación retroactiva.

que aún no fue ratificado por países de la importancia de los EE.UU., Emiratos Árabes, Rusia, e Israel entre otros.

En el siguiente cuadro Fig.-8-, puede observarse el grado de aceptación por parte de los estados de los diferentes instrumentos internacionales de interés, nótese que la Convención sobre la imprescriptibilidad comparada con otros tratados vinculados a la materia en estudio, no tiene consenso mayoritario de la comunidad internacional.

GRADO DE ACEPTACIÓN DE LOS TRATADOS POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

AÑO DE APROBACIÓN	TRATADOS	CANTIDAD DE RATIFICACIONES AL 2014 [Total de estados acreditados ante la ONU al 2014: 193]
1945	Estatuto de Nuremberg [Potencias vencedoras de la IIª GM]	• 4 estados acordaron este estatuto para el TMI de Nuremberg. • 19 estados adhirió posteriormente, sin poder interferir en los procesos. • Total: 23
1948	Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio [ONU].	142
1949	Convenciones de Ginebra I a IV [CICR]	194 [según CICR-2012]
1966	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [ONU].	167

1968	Convención de Imprescriptibilidad de los DLH y CG [ONU].	54
1969	CVDT [ONU].	111
1973	Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del <i>Apartheid</i> [ONU].	107
1984	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [ONU].	150
1998	Estatuto de Roma [CPI-ONU].	120

Fig.-8-

En síntesis, volviendo al texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad, éste no puede ser considerado norma de *ius cogens* por la falta de consenso mayoritario, la expresa oposición del Consejo de Europa, y además:

1] La definición de DLH prevista en la Convención, como hemos visto, es tomada del Estatuto de Nuremberg y acotada a una determinada jurisdicción. Si bien la globalización genera una tendencia a la jurisdicción universal de los delitos internacionales, ello no era así en la época de los hechos que nos ocupan⁴²².

2] La retroactividad de la ley penal colisiona con la inmensa mayoría de las convenciones y tratados internacionales que ratifican el principio de legalidad.

⁴²² La CIDH el 24 de octubre de 2003 aprobó la Res. N° 1/03 "Sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales" que establece que el principio de territorialidad –lugar donde se cometieron los delitos– debe prevalecer sobre el de nacionalidad. Pero ello no altera el caso argentino donde en general coinciden.

3] Existen estados que han planteado reservas⁴²³ a la Convención en el momento de su adhesión, que preservan el principio de legalidad, y éstas nunca fueron declaradas nulas o rechazadas. Por otra parte, si fuera *ius cogens* como se afirma, no podrían existir esas reservas.

4] La Convención tampoco cumple con el precepto sostenido por algunos autores, quienes argumentan que una norma adquiere categoría de *ius cogens* sólo con la ratificación de un grupo de estados influyentes.

Aunque no está definido qué se entiende por “estados influyentes”, esta convención no fue firmada ni ratificada, entre otros, por EE.UU., Francia, Canadá, Alemania, Italia, Reino Unido, España, China, Japón, Brasil, Colombia, Chile, Suiza, Holanda, Australia e Israel, país particularmente interesado en el juicio y castigo de los nazis, por mencionar sólo algunos de los países susceptibles de ser categorizados como "influyentes".

Si bien puede especularse acerca de la imprescriptibilidad como norma de *ius cogens*, no puede decirse lo mismo de su aplicación retroactiva, propuesta únicamente por el texto de la Convención de la ONU.

En consecuencia el Art. 1 que expresa: *Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido*, que habilitaría la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, no es costumbre internacional ni norma de *ius cogens*.

Por consiguiente desde el punto de vista de los tratados, no se observa la existencia de una norma internacional consuetudinaria de antigua data que convalide la aplicación retroactiva del derecho penal a los DLH.

En cuanto a las prácticas estatales, los estados que juzgaron a responsables del nazismo, reconocieron y condenaron los crímenes internacionales a partir de su derecho interno apoyándose en el derecho de Nuremberg.

⁴²³ México y Perú firmaron la Convención pero opusieron reservas a su aplicación retroactiva. Chile interpuso la misma reserva en el momento de emitir su voto favorable en la Res. 2391 de la Asamblea General que aprobó la Convención.

Por último, en la *opinio juris*, que a los efectos de la identificación de la costumbre tiene valor auxiliar⁴²⁴, subsisten algunas opiniones que no cuestionan la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad.

Cabe entonces preguntarse si con los elementos disponibles alcanza para distinguir una norma de *ius cogens* en la costumbre internacional de carácter general, en los términos del Art. 53 de la CVDT. Es evidente que la generalizada aceptación convencional debe prevalecer sobre la minoritaria opinión disidente, aunque también sea convencional.

11 | ¿ES LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DLH NORMA DE *IUS COGENS* DE CARÁCTER CONSUETUDINARIO ANTERIOR A SU POSITIVIZACIÓN?

Los planteos en apelación de las defensas ante la Cámara Nacional de Casación Penal, referidos a la prescripción de los DLH, suelen tener como respuesta un "cliché" que se repite ritualmente en sus sentencias y remite, por subordinación a la "Política de Estado" dispuesta por la CSJN, a la sentencia del caso "Arancibia Clavel"⁴²⁵ en particular a los considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría:

28] Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente [*ius cogens*] en función del derecho internacional público de origen consuetudinario.

⁴²⁴ Art. 38 del Estatuto de la CIJ.

⁴²⁵ El caso "Arancibia Clavel" fue tratado por la CSJN el 24/8/2004. Contó con el voto favorable de los ministros: Boggiano, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco y la disidencia de Fayt, Vázquez y Belluscio. Los dos últimos ministros fueron desplazados de la Corte, con posterioridad a este fallo.

De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

29] *Que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era de ius cogens, cuya función primordial es proteger a los estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal”[Fallos:318:2148], voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor. En el caso Priebke.*

Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno.

Como se puede observar, según la opinión de la Corte, la Convención sobre la imprescriptibilidad no impone el "principio" de imprescriptibilidad, sino que afirma dicho principio vigente en el derecho internacional como norma de *ius cogens*, por lo tanto al aplicarse esta Convención no se estaría violando el principio de legalidad.

En el mismo sentido, el ministro Zaffaroni al momento de dictar sentencia en el caso "Simón", considerando 27 expresó: *Esta Convención, según entendió esta Corte Suprema en la causa "Arancibia Clavel" ya citada, no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era ius cogens en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes.*

No obstante, el mismo ministro al momento de hacer doctrina ha expresado: *Desde el punto de vista formal, la legalidad significa que la única fuente productora de la ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la*

única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme el procedimiento que establece la propia Constitución.

*La CN no admite que la doctrina, la jurisprudencia, ni la costumbre puedan habilitar el poder punitivo [...] Esta garantía debe entenderse de buena fe, o sea, que no puede invertirse en beneficio de la arbitrariedad*⁴²⁶.

El razonamiento de la Corte Suprema no puede aceptarse sin más, pues al recurrir al *ius cogens* para otorgarle validez a la imprescriptibilidad retroactiva referida en dicha Convención, está convalidando la aplicación retroactiva de la ley penal en el derecho interno, cuando ni siquiera es así en el derecho internacional.

- Entre otros argumentos, no puede dejar de tenerse presente que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que goza de jerarquía constitucional en virtud de la ley 24.820 [BO 29/05/ 97], contemple en su Art. VII que cabe la posibilidad de prescripción para acciones derivadas de este tipo de delitos considerados DLH.

Art. VII- La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

Es evidente que si hay una norma fundamental para el Estado, como una limitación constitucional, una ley de amnistía, o una ley que establezca la prescripción, como precisamente lo establece el Art. 59 inciso 3 del Código Penal, los delitos de desaparición forzada, pese a ser categorizados como DLH, pueden prescribir.

Teniendo además sustento constitucional, en virtud de lo normado por el Art. 27 de la "primera parte" de la CN⁴²⁷ que prevé la posibilidad de acuerdos o tratados

⁴²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires 2000, pág. 106.

⁴²⁷ Art. 75 inc. 22.

internacionales en la medida que no afecten el Derecho Público argentino, demás está decir que el derecho penal, en la Argentina, es Derecho Público.

- A mayor abundamiento, el 14 de diciembre de 2007, la Argentina ratificó la Convención Internacional Para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas de la ONU, en relación con la prescripción establece:

Artículo 5

La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.

El artículo 8 establece:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5,

1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal:

- a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito;*
- b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.*

2. El Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción.

Como se observa, el Estado argentino aceptó que pueden existir estados que tengan un régimen de prescripción ya no sólo de los delitos comunes, sino también de los DLH y en ese caso la Convención pide únicamente razonabilidad en el plazo de la misma.

En consecuencia, la imprescriptibilidad de los DLH no puede ser una norma de *ius cogens*, porque si así fuese, la comunidad internacional no podría haber aprobado tales convenciones, pues serían nulas por oposición a una norma de carácter imperativo, Art. 53 de la CVDT.

- Por otra parte el considerando 27 de la sentencia de la CSJN del voto de la mayoría en el caso "Arancibia Clavel", se expresa: Que la convención citada, constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes.

Obsérvese que en la sentencia se reconoce que en 1960, los DLH podían prescribir.

- En el mismo sentido el ministro Fayt en el considerando 22 de su voto en disidencia en el caso "Mazzeo" expresó: la calificación del principio de imprescriptibilidad como norma ius cogens no tiene más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo.

La Cámara de Casación incurre además en un manejo inadecuado de la terminología: conceptos tales como ius cogens, Derecho de Gentes, costumbre internacional son utilizados muchas veces de modo indistinto, sin el rigor que sus categóricas afirmaciones requieren.

Por otra parte, hasta la puesta en vigor de la referida Convención⁴²⁸ en 2003, nada vinculaba de manera positiva en el derecho internacional al Estado argentino con el Estatuto de Nuremberg⁴²⁹.

- Con relación a la imprescriptibilidad, el ministro Boggiano en su voto en el caso "Arancibia" dijo:

33] Que resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la

⁴²⁸ Puesta en vigor por Dto. 379/03 del 08/08/2003 con jerarquía constitucional por ley 25.778. [BO 30/09/2003].

⁴²⁹ Art. 1 inc. b. de la Convención sobre la imprescriptibilidad dice:
b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 [I] de 13 de febrero de 1946 y 95 [I] de 11 de diciembre de 1946,...

Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.

En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino.

En consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pueda encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo.

Farragoso párrafo de este ministro para afirmar que no hace lo que en realidad sí hace, ya que provee un sistema para que el tiempo no permita al delincuente encontrar un refugio, no es otra cosa que dotar de imprescriptibilidad a lo que no la tenía, de lo contrario no se necesita proveer nada.

- También el ministro Maqueda sostuvo en el considerando 49 del caso "Simón"
En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. [...] En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino [Fallos: 43:321; 176:218; 316:567].

- Por su parte los ministros Maqueda y Zaffaroni, en el Caso del etarra Lariz Iriondo⁴³⁰, cuya extradición solicitaba España, expresaron:

30] Que, en síntesis, esta Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención.

⁴³⁰ Lariz Iriondo fue patrocinado por Eduardo Soares quien reconoció, en el Juicio a la Verdad del 5/3/07 celebrado en Mar del Plata, haber integrado la organización Montoneros. Allí expresó; *Como dije en otras declaraciones que presté ante este mismo tribunal, integraba también una fuerza política, yo era un cuadro de la organización Montoneros...* pág. 2.

Es evidente que al negar la extradición de Lariz Iriondo, los ministros de la CSJN, no permitieron que el Estado español cumpla su obligación de investigar y dar satisfacción a los derechos de las víctimas de esa nacionalidad, pese a que en el considerando 36 del caso "Mazzeo", citando un fallo de la Corte IDH, el voto de la mayoría reconoce tal obligación:

Finalmente [la Corte IDH] resolvió que el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables [caso "Almonacid", CIDH - Serie C N° 154, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 154].

Como vemos, frente a los derechos absolutos de las víctimas no hay espacio para los derechos de los imputados excepto, como se dijo, si se trata del etarra Lariz Iriondo, quien goza de los beneficios de la legalidad, atento a que no es comprendido dentro del derecho penal del enemigo, que los fallos de la CSJN argentina concretan en contra de quienes actuaron contra el terrorismo en los '70, confirmando así que toda la jurisprudencia que se supone defensora de los derechos humanos, lo es sólo respecto de quien sea el imputado.

Por otra parte, hemos visto que no alcanza con enunciar una costumbre internacional, sino que ésta debe ser probada, y en este sentido los ministros no expresaron los fundamentos de sus afirmaciones.

En un sistema positivo como el argentino, los jueces no tienen autoridad para tomar la costumbre internacional como fuente de derecho penal, dado que la Constitución no lo autoriza.

Hay una arbitraria tendencia a considerar algunos antecedentes⁴³¹ que no superan tal consideración, como si se tratase de prácticas estatales generalizadas susceptibles

⁴³¹Tal es el caso de la sentencia del TOF [subrogante] de Bahía Blanca, del 6 de noviembre de 2012, en la causa "Bayón, Juan Manuel y otros s/privación ilegítima de la libertad agravada reiterada, aplicación de tormentos reiterada, homicidio agravado, reiterado a Bombara, Daniel José y otros en área, del Cuerpo Ejército V°", donde se confunde la imprescriptibilidad de los DLH como costumbre internacional de carácter general con ciertos antecedentes referidos a la imprescriptibilidad. Es evidente que si los antecedentes seguidamente transcritos, constituían derecho consuetudinario, a) no hubiese sido necesaria la Convención sobre la imprescriptibilidad, b) la Convención no habría tenido oposición ni abstenciones.

de ser aceptadas como derecho, reconocido por la comunidad de las naciones. Es menester entonces probar la costumbre internacional a través de casos en que así haya ocurrido, sin oposición de otros estados⁴³², y ninguno de los ministros de la Corte lo ha hecho, al momento de afirmar que la imprescriptibilidad de los DLH era derecho consuetudinario con anterioridad a la firma de la Convención de la ONU que la positiviza, ni que era una norma de *ius cogens*.

- Acerca de la existencia de los delitos en la época de los hechos, el ministro Belluscio ha expresado en disidencia en la causa Arancibia Clavel: Que tampoco se puede admitir que en virtud del ius cogens la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretende inculpar.

Dice la sentencia: ...en 1965 en que puede fecharse la aparición de la figura de la imprescriptibilidad en el derecho internacional, pero con componentes de costumbre internacional que lo remontan hacia atrás en el tiempo.

Precisamente, el 28 de enero de aquel año, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, recomendó al Comité de Ministros “que invitara a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio, queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, y en general los crímenes contra la humanidad”.

Más adelante agrega: Justamente, en el marco de la ONU, también en el año 1965 (meses de marzo y abril), se generó en el seno de las discusiones de la Comisión de Derechos Humanos, la Res. 3 (XXI), en la que se dispuso que “las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones al Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción”.

⁴³² No obstante la oposición de los estados al momento de la votación de la Convención sobre la imprescriptibilidad y el rechazo de la UE, que anulan la posibilidad de identificar una costumbre internacional de carácter general, la sentencia del TOF de Bahía Blanca en el caso “Bayón, Juan Manuel y otros” considera probada la costumbre internacional a partir de la opinión del ministro Bossert. *Acerca de la imprescriptibilidad, el Sr. Juez de la Corte Suprema Dr. Bossert, sostuvo que “a favor del desarrollo de este principio de derecho internacional como costumbre, debe reconocerse que no existía al momento de la Convención ni existe en las actuales circunstancias del derecho internacional, un principio general de derecho de las naciones civilizadas que se oponga a aquel y que pudiera ser receptado en este ámbito (conf. C.I.J., British Norwegian Fisheries, I.C.J. Reports 1951)... tanto la conducta seguida por aquellos Estados que ajustaron su derecho interno a favor de aquel principio, como la de otros que ratificaron o adhirieron a la Convención antes mencionada, constituye una aceptación inequívoca de esa práctica y por ende, la contribución más clara para su establecimiento como regla de costumbre”.*

Fuera de que la única alusión de la Constitución al derecho de gentes es el Art. 118, que constituye solamente una regla de competencia judicial, aunque se considerase que tales hechos constituyeran delitos de lesa humanidad, no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del ‘derecho de gentes’ pues al momento de la comisión de los hechos faltaba la norma específica –por supuesto, que vinculara a la República Argentina– que estableciera una determinada sanción, o bien la imprescriptibilidad de las sanciones establecidas en la ley local, ya que la convención que había establecido esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con posterioridad al ordenamiento jurídico nacional.

El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados en esta causa no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter.

Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el nulla poena sine lege consagrado en el Art. 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror que producen hechos como los imputados ..., mañana podría ser extendida a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en ley previa al arbitrio de una seudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados [disidencia de los jueces Levene [h] y Belluscio en Fallos: 318:2148, considerandos 61°, 71° y 8°].

La aplicación de los principios y normas del derecho de gentes, entendido como todo aquello que constituye parte esencial de la conciencia contemporánea y colectiva de los pueblos civilizados, y, por vía de ésta, la declaración de imprescriptibilidad de las penas correspondientes a hechos anteriores al dictado de las normas nacionales mediante las cuales la Argentina, como Estado soberano, se adhirió a él, equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos de cuyo juzgamiento se

trata; en suma, postular que en ausencia de normas constitucionales o legales que calificaran de antemano a los hechos como delitos de lesa humanidad y los consideraran imprescriptibles, igualmente correspondiera aplicarles esa calificación y esa consecuencia porque así lo disponía el derecho penal internacional al cual nuestro país aún no se había adherido.

Mirado desde otra perspectiva, de acuerdo con esa tesis el derecho penal internacional resultaría aplicable por analogía o de manera derogatoria del derecho constitucional argentino por considerar que los preceptos contenidos en aquel –derivados de la conciencia de los pueblos civilizados– serían de más valor o se corresponderían más exactamente con el ideal común de justicia, a pesar de lo establecido en nuestra Ley Fundamental.

Tal conclusión es jurídicamente inaceptable porque parte de la base de considerar que la legislación argentina consagró una suerte de injusticia legal que obliga a reemplazarla por las reglas de valor que forman parte del sentimiento de los pueblos civilizados. Ese sentimiento, no ya nuestro derecho penal positivo, sería la fuente de las normas de conducta.

11.1 | LA LEY 10 DEL CC COMO DERECHO CONSUETUDINARIO

La ley 10 del Consejo de Control de las Potencias Aliadas, aplicable en las cuatro zonas de ocupación de Alemania, firmada el 20 de diciembre de 1945 por los representantes militares de cada potencia, establecía en su Art. 2 inc. 5:

*Art. 2.5. En cualquier juicio o proceso por un delito aquí referido, el acusado no tendrá derecho a los beneficios de cualquier prescripción en lo que respecta al período comprendido entre el 30 de enero 1933 y el 01 julio de 1945, ni ningún tipo de inmunidad, indulto o amnistía concedida por el régimen nazi, se admitirá como un impedimento al juicio o castigo*⁴³³.

⁴³³ Art. 2.5. In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect to the period from 30 January 1933 to 1 July 1945, nor

Este artículo circunscribe la persecución entre el 30 de enero de 1933, fecha en la que Hitler asumió el poder, y el 1 de julio de 1945, luego de la rendición de Alemania y el comienzo de la ocupación de Berlín por las potencias vencedoras.

Si a la ley 10 del CC se la considerase formadora de derecho consuetudinario internacional, es evidente que no lo hace a favor de la imprescriptibilidad universal de los DLH, pues circunscribe tal condición exclusivamente a las conductas de los nazis durante un determinado período, sin validez anterior ni posterior a esas fechas.

En este mismo sentido Francia aprobó la ley 64-1326, tal como hemos visto al tratar el caso Aussaresses.

Cuesta entonces interpretar esta norma como una práctica estatal susceptible de ser considerada costumbre internacional de carácter general, en particular porque tal medida, concebida para la administración de los tribunales militares de las zonas de ocupación en el territorio de Alemania, no fue abierta a la firma de otros estados como ocurrió con el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 [cfr. Art. V].

Es más, la ley establecía en el Art. I que aquellos estados que adhiriesen, no tenían derecho a interferir ni participar en la aplicación de esta ley, en las zonas de ocupación administradas por el Consejo de Control en Alemania⁴³⁴.

Era en realidad un bando militar de las fuerzas aliadas y no el producto de una ley formal aprobada por congreso alguno o de un acuerdo internacional entre estados, como el de Londres del 8 de agosto de 1945 al que se anexó el Estatuto previamente referido.

shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial or punishment.

⁴³⁴ Art. I: ... Adherence to the provisions of the London Agreement by any of the United Nations, as provided for in Article V of that Agreement, shall not entitle such Nation to participate or interfere in the operation of this Law within the Control Council area of authority in Germany.

Art. I La Adhesión a las provisiones del Acuerdo de Londres por alguna de las Naciones Unidas, tal como está previsto en el Art. V de dicho Acuerdo, no habilitará a dicha Nación a participar o interferir en la operación de esta Ley dentro del área de jurisdicción en Alemania del Consejo de Control.

La ley 10 del CC, llevaba la firma de Bernard B. Montgomery, Field Marshall, Louis Koeltz, General de Cuerpo del Ejército, Pieirr Koenig General del Ejército, y Georgi Zhukov, Marshall de la Unión Soviética, todos militares que integraban el Consejo de Control de las Potencias Aliadas, y estuvo vigente un período relativamente corto; ya para 1958 los tribunales alemanes juzgaban aplicando leyes alemanas; en consecuencia tanto esta ley, como la ley de 1964 aprobada por Francia, que establecen la imprescriptibilidad exclusivamente de los delitos del nazismo, no alcanzan para identificar una práctica generalizada de los estados.

11.2 | UNA COSTUMBRE INTERNACIONAL IMPOSIBLE DE VERIFICAR OBSERVADA SÓLO POR LA CSJN

Contrariamente a lo que establece la CSJN, la práctica estatal generalizada susceptible de ser identificada como derecho antes de 1968, es la prescripción de los delitos, incluidos los DLH.

La expresión “afirmar en derecho internacional” establecida en el preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad⁴³⁵, puede llevar a la presunción de la preexistencia de una norma consuetudinaria para este tipo de delito, tal como expresa el ministro Boggiano.

Ya se ha dicho que la costumbre internacional de carácter general se construye con las prácticas estatales y éstas reafirman la prescripción de los delitos en el derecho interno de los estados. Tal como se puede comprobar en el punto 13 "Opiniones de los estados con relación a la Convención sobre la imprescriptibilidad" que se abordará

⁴³⁵ *Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de una convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.*

Obsérvese que esta Convención pretende universalizar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad cuya tipificación, como hemos visto, los circunscribe exclusivamente a los crímenes del nazismo. En consecuencia, sólo universaliza la imprescriptibilidad de esos crímenes, en otras palabras, establece que los crímenes de los responsables del Eje Europeo son imprescriptibles, característica que se le había impuesto entre los años 1933 a 1945, por la ley 10 del CC para las zonas de ocupación alemanas.

seguidamente o el caso de la ley⁴³⁶ alemana de 1968 conocida como EGOWIG, por la que prescribieron los delitos de los nazis un mes antes de aprobarse la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU.

Por ello en la década del '60, cuando se estaban por cumplir 20 años de los hechos acaecidos en la IIª GM, en el derecho interno de los países europeos que juzgaban los crímenes de guerra, comenzaron a prescribir los delitos imputados al nazismo⁴³⁷. Fue entonces "necesario y oportuno" en contra de las prácticas estatales de prescripción, crear en el seno de la ONU una convención internacional de imprescriptibilidad que obligara a los estados, de manera tal que la persecución penal estatal no se viera afectada por las prescripciones propias de su derecho interno.

Antes del inicio de las conversaciones para redactar el texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad en el seno de la ONU, no existía una práctica estatal generalizada

⁴³⁶ El 1 de octubre de 1968, entró en vigor [BO de la República Federal de Alemania parte I, 503] la ley Dreher –EGOWiG– o Ley de Introducción al Código de las Contravenciones Administrativas –OWiG [BO 33 del 30/05/68]– que modificó el Art. 50 del Código Penal Alemán disponiendo que las penas deben atenuarse al grado de tentativa en caso de ausencia de elementos que fundamenten la punibilidad, en consecuencia se redujeron los plazos de prescripción de los delitos cometidos durante el nazismo. Los críticos la llamaron ley de amnistía encubierta aunque técnicamente los delitos prescribieron. Esta ley evitó el juzgamiento, entre otros casos, de los miembros de la oficina principal de seguridad del Reich [Reichssicherheitshauptamt] que en 1967 estaban listos para ser juzgados, responsables de haber elaborado y ejecutado la "solución final".

Antes que la EGOWIG fuese aprobada, Alemania había promulgado una ley estableciendo que las denuncias por delitos graves no detectados con anterioridad, serían admisibles entre el 8 de mayo de 1965 y el 31 de diciembre de 1969.

⁴³⁷ Nunca se juzgaron los crímenes de guerra cometidos por los oponentes de los nazis. Estas circunstancias y la aplicación retroactiva del derecho operada con el Estatuto de Nuremberg fueron objeto de importantes críticas; entre ellas la más conocida es la de Hans Kelsen publicada en un artículo en el que refiere: *Si los principios aplicados en la sentencia de Nuremberg se convirtieran en un antecedente, al finalizar la próxima guerra los gobiernos de los estados victoriosos procesarán a los miembros de los estados vencidos por haber cometido crímenes definidos como tales por los vencedores, unilateralmente y con eficacia retroactiva. Es de esperar que esto no suceda.* "Will the judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" [¿Puede el juicio del Tribunal de Nuremberg Constituirse en un Antecedente del Derecho Internacional? *The International Law Quarterly* Vol. I N°2 p. 153 y ss.

de imprescriptibilidad de los DLH, como tampoco tratados que la promoviesen⁴³⁸, ni *opinio juris* relevante.

Consecuentemente pese a lo afirmado por la CSJN, no hay forma cierta de probar la preexistencia de la imprescriptibilidad de los DLH, antes de su positivización en 1968, como norma consuetudinaria de carácter general, ni su alegada naturaleza de *ius cogens*, porque:

[1]- Hemos visto que la costumbre internacional identificable como práctica estatal generalizada es la prescripción de los delitos, incluidos los DLH, de allí la preocupación de Polonia en su presentación ante la ONU.

El caso de Alemania por ejemplo, previamente mencionado, donde antes de la reunificación de 1949 y bajo el gobierno del Consejo de Control se aplicó la ley 10, pero a partir de la creación de la RDA y RFA los crímenes del nazismo pasaron a ser juzgados exclusivamente con las leyes alemanas, entre ellas la ley de Dreher de 1968, por la cual los delitos prescribieron en el orden interno, lo que no podría haber ocurrido si hubiese existido una norma internacional de *ius cogens* sobre la imprescriptibilidad. Alemania recién estableció la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio en la XVI ley de modificación del Código Penal alemán del 16 de julio de 1979.

[2]- Después de los procesos de Nuremberg, no existieron juicios penales internacionales en los que se hayan juzgado DLH y reconocido su carácter imprescriptible, hasta el TPIY y el TPIR celebrados *ex post facto*. La primera sentencia de un tribunal penal internacional después de los procesos de Nuremberg, fue la impuesta por el TPIY el 29 de noviembre de 1986, al croata Drazen Erdemovic acusado de homicidio tipificado como DLH, por su participación en la matanza de Srebrenica; el tribunal tuvo en cuenta su juventud e inexperiencia y lo condenó a 10 años de prisión.

[3]- No obstante, existieron juicios celebrados contra los nazis en varios países, entre ellos: Alemania, Holanda, Australia, EE.UU., Canadá, Francia e Israel, que podrían dar la sensación de la existencia de la imprescriptibilidad de los DLH como norma

⁴³⁸ Con excepción de los antecedentes de la ley 10 del CC, y la ley promulgada por Francia antes referidas.

consuetudinaria, por lo general persiguieron "crímenes de guerra", en algunos casos los estados juzgadores estaban internacionalmente obligados por la vigencia del derecho de Nuremberg que no imponía límites temporales a la persecución de esos estados, o habían promulgado leyes de imprescriptibilidad aplicables específicamente al nazismo [como el caso de Francia] o podían recurrir a la vigencia de la Convención de imprescriptibilidad de la ONU [válida para el nazismo] e incluso del Art. 15 inc. 2 del PIDCP. Sin embargo, ello no alcanza para distinguir una norma internacional consuetudinaria de imprescriptibilidad de los DLH de carácter general, debido a que estos mismos países persiguieron únicamente a los nazis y no hicieron lo propio con otros casos susceptibles de ser encuadrados como DLH [recuérdese el caso Aussaresses; el *apartheid*; la inexistencia, en Japón, de procesos similares a los juicios posteriores a Nuremberg; y otros casos referidos a lo largo de esta obra]. Recién en la década de los '90 se positivizó la jurisdicción y competencia, con tendencia universal, de la CPI en el Estatuto de Roma.

En general, con excepción de Israel, esos juicios fueron celebrados por los países que crearon o adhirieron al Estatuto de Nuremberg y realizaron juicios nacionales posteriores al realizado por el TMI de Nuremberg. En este sentido, varias resoluciones de la ONU comprometían a los estados a extraditar a los criminales de guerra del nazismo para ser sometidos a proceso en los países juzgadores que los reclamasen. Estas prácticas nacionales nos indican que la costumbre internacional que devino de la IIª GM era exclusivamente la persecución del nazismo⁴³⁹.

⁴³⁹ El Acta de Chapultepec, en el Art. VI sobre los crímenes de guerra establece:

La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, CONSIDERANDO:

Que en el curso de la presente guerra mundial los dirigentes, numerosos funcionarios y agentes militares y civiles de los países del Eje y de sus satélites, han cometido horrendos crímenes en violación de las leyes de la guerra, de los tratados existentes, de los preceptos del Derecho Internacional, de los códigos penales de las naciones civilizadas y de los conceptos de civilización;

Que los individuos que han perpetrado tales crímenes pueden haber encontrado refugio, o pueden buscarlos, en territorio de las Repúblicas americanas;

Que deben tomarse medidas para distinguir a tales criminales de los refugiados políticos ordinarios, DECLARA:

Que las Repúblicas americanas, fieles a los principios de humanidad y de derecho que son fundamento esencial de su civilización, repudian los crímenes de guerra y adhieren a la Declaración hecha en

[4]-Tampoco los países incorporaron masivamente los DLH, ni su imprescriptibilidad al derecho interno de cada estado antes de 1968, como para afirmar la existencia de una práctica estatal generalizada susceptible de ser considerada derecho consuetudinario internacional.

[5]- La Convención sobre la imprescriptibilidad, como hemos visto, tuvo su origen en el pedido de Polonia en 1965 ante la ONU, [Res 3 [XXI] de la CDH] preocupada por la prescripción de los delitos del nazismo en el derecho interno de los países juzgadores. Así también lo expresa el propia Convención, al reconocer en su preámbulo que en las jurisdicciones nacionales estos delitos estaban prescribiendo⁴⁴⁰.

[6]- Los principios de Nuremberg establecidos en el seno de la ONU en la década del '50, no refieren que estos delitos fueran imprescriptibles para esa época;

octubre de 1943 por la Gran Bretaña, los Estados Unidos de América y la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas en el sentido de que los culpables, responsables y cómplices de tales crímenes sean juzgados y condenados.

En consecuencia RESUELVE:

1º Recomendar a los Gobiernos de las Repúblicas americanas que no concedan refugio a los culpables, responsables o cómplices de dichos crímenes.

2º Recomendar a los mismos Gobiernos que, a petición de cualquiera de las Naciones Unidas y de conformidad con el procedimiento que se acuerde según el numeral siguiente, entreguen los individuos acusados de tales crímenes a la Nación Unida requiriente o a la custodia de los organismos de las Naciones Unidas que se establezcan para juzgar y castigar a tales criminales.

3º. Solicitar del Comité Jurídico Interamericano que, teniendo en cuenta las respectivas legislaciones nacionales, proyecte y presente, para su adopción por los Gobiernos de las Repúblicas americanas, las normas necesarias para determinar la condición de criminal de guerra, así como el procedimiento que deba seguirse para la devolución o entrega de los mencionados delincuentes. [Aprobada en la sesión plenaria del día 6 de marzo de 1945]. Obsérvese que únicamente persigue los crímenes de guerra.

⁴⁴⁰ La resolución de la Asamblea General 2338 [XXIIº] del 18 de diciembre de 1967, adoptada un año antes de la apertura a la firma de la *Convención sobre la imprescriptibilidad* [Res. 2391 del 26 de noviembre de 1968], que lleva por título: *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*. Refiere el texto que habrá de adoptar la Convención: *Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes.*

[7]- Por otra parte, si hubiese existido una costumbre internacional de imprescriptibilidad de los DLH preexistente a la Convención, incluso con naturaleza de ius cogens:

7.1- Habría sido reconocida dos años antes de celebrarse la Convención, en 1966, por los organismos de la ONU encargados de los estudios preliminares a la redacción del texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad, entre ellos la Comisión de Derechos Humanos de la ONU⁴⁴¹. Por el contrario, sus miembros expresaron que el principio de legalidad era una práctica doméstica en muchos países y proponían su abandono para que la nueva norma internacional de imprescriptibilidad, tuviese adecuada aceptación en el orden interno [cfr. considerandos 125 y 126 E/CN.4/906 del 15/2/66].

7.2- No se podría haber aprobado el texto de la Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los DLH, ni la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas, pues ambas reconocen que los DLH pueden prescribir.

[8]- En el caso "Arancibia Clavel" [considerando 26 voto de la mayoría], de manera contradictoria se reconoce claramente que la regla de imprescriptibilidad para los DLH fue convencionalmente creada:

26°] *Que el Preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue la "grave preocupación en la opinión pública mundial" suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, "pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes".*

Nótese que el tiempo verbal del texto de la Convención alude al presente, en otras palabras en 1968, las prescripciones de los delitos en el orden interno de los estados impedían juzgar los delitos del nazismo, y como ya hemos dicho, era necesaria una convención internacional que lo impidiese.

⁴⁴¹ Doc. [E/CN.4 [906]].

[9]- También, en los considerandos preparatorios de la Convención sobre la imprescriptibilidad de la Unión Europea para estos crímenes, reconocen la ausencia de derecho consuetudinario preexistente a la Convención. El 28 de enero de 1965 se celebró la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa reunida en Estrasburgo, que en su sesión N° 23 aprobó la resolución 415 con el siguiente texto:

1. *Considerando que en nuestra época, crímenes particularmente graves han sido perpetrados sistemáticamente y en gran escala por motivos políticos, raciales o religiosos, de suerte que los fundamentos mismos de nuestra civilización han sido puestos en peligro;*
2. *Considerando que tales crímenes, calificados como crímenes contra la Humanidad, han sido cometidos especialmente durante la segunda guerra mundial, en violación de los derechos más elementales de la persona humana;*
3. *Considerando que, en el campo de la protección de los derechos del hombre, el Consejo de Europa asume estatutariamente responsabilidades tales que atentados tan graves a los derechos del hombre como son los crímenes contra la Humanidad no pueden dejarle indiferente;*
4. *Considerando que en la legislación de varios estados miembros hay en vigor disposiciones relativas a la prescripción que harán pronto imposible toda persecución de los que hubiesen cometido crímenes contra la Humanidad;*
5. *Considerando que las Naciones Unidas han acometido la obra de codificación del Derecho penal internacional, que sería deseable llegase a feliz término;*
6. *Tomando nota de que varios estados miembros han modificado o se proponen modificar su legislación a fin de que las reglas de derecho común relativas a la prescripción de delitos comunes no se apliquen a los crímenes contra la Humanidad; Recomienda al Comité de Ministros:*
7. *Que invite a los Gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la segunda guerra mundial y, en general, los crímenes contra la Humanidad;*

8. Que encargue a un Comité de expertos gubernamentales elaborar una Convención a fin de asegurar la imprescriptibilidad de los crímenes contra la Humanidad⁴⁴².

[10]- A mayor abundamiento, la Convención Sobre Extradición entre los países de América, firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, establece en su Art. 3 la preocupación de los estados acerca de la prescripción de los delitos:

Art.3-El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición:

a] Cuando estén prescriptas la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculcado.

b] Cuando el individuo inculcado haya cumplido su condena en el país del delito o cuando haya sido amnistiado o indultado. [...]

Y el Art. 5 establece:

...debe acompañarse de los siguientes documentos, en el idioma del país requerido: [...]

b] Cuando el individuo es solamente un acusado, una copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente; una relación precisa del hecho imputado, una copia de las leyes referentes a la prescripción de la acción o de la pena.

El texto de este tratado revela que la imprescriptibilidad sería una excepción convencional a las normas de prescripción de los delitos en el derecho interno de los estados.

Por otra parte los convenios de extradición fijan el límite de su aplicación y los términos para la prescripción de los delitos, y no contemplan la existencia de delitos imprescriptibles.

⁴⁴² Boletín de informaciones, Ministerio de Justicia N° 655 año XIX, Madrid, 5 de marzo de 1965, pág. 3, Cuando el comité de ministros se abocó a la redacción de la Convención Europea decidieron que era preferible esperar la finalización del trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Informe E/CN.4/96 pág. 50, nota pie de página

Este criterio de excepción lo reafirma la CSJN en la sentencia del caso "Arancibia Clavel" al expresar:

20º] Que el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda [de la acción o de la pena], es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico anecdótico.

En definitiva escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados.

21º] Que la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma.

Como puede apreciarse el considerando 20 se refiere al instituto de la prescripción y el 21 argumenta la excepción a la regla.

[11]-Téngase presente, además, el texto de las Convenciones sobre Desapariciones Forzadas de Personas que reconoce la prescripción de los DLH, tal como hemos visto, y la votación de la Convención de imprescriptibilidad de la ONU. Por último, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en el 58º período de sesiones, celebrado el 18 de julio de 2006, [A/CN.4/L.702] referido a la fragmentación del derecho internacional expresó:

32] Relación jerárquica reconocida por el fondo de las normas: jus cogens. Una norma de derecho internacional puede ser superior a otra por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional [jus cogens, artículo 53 de la Convención de Viena], es decir, una norma "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario".

33] Contenido del *jus cogens*. Los ejemplos de normas de *jus cogens* citados con mayor frecuencia son las que prohíben la agresión, la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el *apartheid* y la tortura, así como normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados, y el derecho a la libre determinación⁴⁴³.

Otras normas también pueden tener el carácter de *jus cogens* en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.

Como se observa, el "principio" de imprescriptibilidad de los DLH no es un ejemplo de norma de *jus cogens* frecuentemente utilizado, y el reconocimiento de esa naturaleza requiere de la aceptación por parte de los estados en su conjunto, condición que no reúne dicho principio, como afirma la CSJN.

Por ello, si bien la imprescriptibilidad de algunos delitos tiene antecedentes históricos de antigua data⁴⁴⁴, no debe confundirse con la imprescriptibilidad de los DLH, cuya vigencia no es el resultado de la costumbre internacional; sino de la celebración de la Convención de la ONU del 26 de noviembre de 1968, cuando se abrió a la firma este tratado, y en el caso particular de la Unión Europea, como hemos visto, el Comité de ministros recibió la instrucción de elaborar un convenio de imprescriptibilidad europeo el 28 de enero de 1965. Por otra parte, los DLH fueron creados para el estatuto de Nuremberg en 1945 no puede la imprescriptibilidad ser anterior a esa fecha.

⁴⁴³ Esta nota pertenece al texto original transcripto: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 [A/56/10]*, comentario al artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, párrs. 4 a 6. Véase también el comentario al párrafo 5 del artículo 26. Véase asimismo *Case concerning armed activities on the territory of the Congo [Democratic Republic of the Congo/Rwanda] I C.J. Reports 2006*, párr. 64.

⁴⁴⁴ En la antigua Roma la *Lex iulia de Adulteris* establecía un término de cinco años para la prescripción del adulterio. No obstante, algunos delitos considerados graves como por ejemplo el parricidio, eran imprescriptibles.

Por su parte en Francia la prescripción se aplica a todos los delitos desde 1791 y pese a la existencia de diferentes criterios, la mayoría de los estados adoptó la idea de la prescripción previendo lapsos más largos para los delitos más graves.

En consecuencia la imprescriptibilidad de los DLH, debido a la ausencia de reconocimiento por parte de la comunidad internacional de este principio, no es norma de *ius cogens*, anterior a la Convención consecuentemente la CSJN viola el principio de legalidad, establecido en el Art. 18 CN, pese a lo afirmado en el considerando 28 del caso "Arancibia Clavel".

Otro tanto ocurre con el origen de la categoría de lesa humanidad⁴⁴⁵, cuya fecha se establece con el tratado de Londres del 8 de agosto de 1945, consecuentemente para tener vigencia en el orden interno argentino en los '70, tanto el Estatuto de Nuremberg como la Convención del '68, debieron ser aprobados por el Congreso con antelación a los hechos.

11.3 | ¿INCAPACIDAD ESTATAL PARA IDENTIFICAR LA CATEGORÍA DE DLH O ERA UNA CATEGORÍA INAPLICABLE?

Como bien expresó el Dr. A. Solari⁴⁴⁶, “si la categoría de crímenes de lesa humanidad y su consecuente imprescriptibilidad fuera preexistente a la década del '70 y –como se afirma– de *ius cogens*, entonces no se ve por qué en el ámbito interno:

- 1- No se la imputaron a los Comandantes cuando el presidente Raúl Alfonsín dictó el Decreto 158/83 de enjuiciamiento a los integrantes de las juntas militares.
- 2- No fue invocada por el Congreso de la Nación al sancionar la ley 23.040 –anulación de la ley de auto amnistía n° 22.924–, ni la ley 23.049 –modificatoria del Código de Justicia Militar– cuyo Art. 10 llevó al

⁴⁴⁵ En el texto original se los denominó *Crimes against humanity*, [crímenes contra la humanidad] como una forma de dimensionar la magnitud de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial.

⁴⁴⁶ Alegato de defensa de Alfredo Solari dado en la causa "ESMA 1270" del TOF N°5 de la CABA, ESMA II.

juzgamiento de hechos imputables como delitos cometidos en el proceso de lucha contra la subversión entre el 24-3-1976 y el 26-9-1983.

- 3- No la imputaron los fiscales Strassera y Moreno Ocampo en sus acusaciones en la causa 13/84, ni en las causas 44/85 y 761 de 1985.
- 4- No la aplicó la Cámara Federal ni la Corte Suprema en el juicio y condena a los comandantes [causa 13/84], ni en las otras causas mencionadas.
- 5- No la aplicó el ministro Zaffaroni cuando, actuando como juez del Proceso de Reorganización Nacional, intervino en 1977 en el caso Inés Olleros, ni los tribunales superiores intervinientes en este caso.
- 6- Si la imprescriptibilidad fuera característica esencial de tal categoría [y ello permitiera aún reabrir causas fenecidas y/o con acciones penales prescriptas como hoy se hace], y la categoría hubiese estado vigente por ser derecho consuetudinario, entonces tampoco se ve por qué, tanto la Cámara Federal como la Corte Suprema en el citado juicio a los comandantes, declararon la prescripción de los delitos imputados al Brigadier Agosti⁴⁴⁷.
- 7- Tampoco se ve por qué si la "inamnistabilidad"⁴⁴⁸ y la "inindultabilidad"⁴⁴⁹ son también características de esta categoría, ninguno de los legisladores ni el presidente Alfonsín encontraron obstáculo alguno en la categoría para sancionar las leyes 23.492 y 23.521, donde la categoría ni siquiera fue invocada por los legisladores que no votaron las leyes.

⁴⁴⁷ CSJN, Fallos: 309:5 y ss, ampliando la decretada por la Cámara Federal; lo que así sucedió también al declarar la prescripción la CCCF sala II° el 5-12-1986 en la causa "Hagelin", absolviendo por prescripción al teniente de navío Alfredo I. Astiz, pronunciamiento confirmado por la CSJN el 25 de febrero de 1988 al rechazar el recurso de queja por denegación del extraordinario contra lo decidido por el 'a quo' citado; o en la causa de los "Palotinos" causa n° 7.970 iniciada el 4 de julio de 1976 cuando a fs. 693 Rafael Fensore y a fs.727 Miguel Ángel Romano, en sendos autos dictados el 27 de abril de 1987, fueron sobreseídos definitivamente por extinción de la acción penal por prescripción en fallos suscriptos por los jueces de la Cámara Federal Dres. Jorge Valerga Araoz, Andrés Jorge D'Alessio y Horacio Rolando Cattani, los dos primeros integrantes del tribunal que juzgó la causa "13/84".

⁴⁴⁸ La Corte IDH condena en el caso de Barrios Altos, las amnistías.

⁴⁴⁹ La actual tipificación de los DLH del Estatuto de Roma, no contiene estas limitaciones.

- 8- No se receptaron los principios de imprescriptibilidad, "inamnestiabilidad" e "inindultabilidad" en la reforma constitucional de 1994⁴⁵⁰, habida cuenta que ante la Convención Constituyente, la convencional María Lucero propuso sin éxito que en el Art. 75 inciso 22 se incluyera el siguiente texto...*en relación a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistías. Las acciones a su respecto serán imprescriptibles*⁴⁵¹.

Cabe entonces preguntarse si los convencionales constituyentes –entre los que estaban Juan Carlos Maqueda como convencional por Córdoba del PJ, Eugenio Raúl Zaffaroni por el Frente Grande, Cristina Fernández y Néstor Kirchner⁴⁵² por el PJ–, expresamente rechazaron la inclusión de tales extremos, ¿tienen atribuciones los actuales jueces para modificar de hecho la CN? Nadie que actúe de buena fe podrá avalar que sea el Poder Judicial el que dicte la legislación, ya que es evidente que esos funcionarios estaban siguiendo la costumbre jurídica argentina".

Finalmente el profesor Solari nos dice: "Todo ello es demostrativo, además, de que la reforma introducida en el Código de Justicia Militar por Ley 23.049, bajo la cual se juzgó la causa 761 ESMA, sí admitía la prescripción como derecho vigente y aplicable a la época de los hechos, por lo cual su desconocimiento actual comporta aplicación retroactiva de una ley más gravosa, cuando la ley más benigna benefició a los superiores responsables de todos los militares procesados en la actualidad"⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Que sí los adoptó para los delitos contra el orden democrático en su Art. 36.

⁴⁵¹ Cfr. VÍTOLO, A "La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad", *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires 2009, nota 47.

⁴⁵² Durante la Asamblea Constituyente, Ricardo Lorenzetti actuó como asesor del matrimonio Kirchner.

⁴⁵³ En el caso de la Armada por ejemplo, el almirante Lambruschini, comandante de la Armada imputado en la causa "13/84" por hechos ocurridos en la ESMA fue condenado a quince años de prisión, en cambio en los juicios actuales, a los subalternos de entonces, acusados por los mismos hechos sucedidos en la ESMA, en calidad de coautores, fueron condenados a prisión perpetua, arrasándose el principio de "igualdad ante la ley" [Art. 16 de la CN].

La tardía ratificación e incorporación de la Convención sobre la imprescriptibilidad al derecho interno, cuando ya estaba en vigencia el ER, desnuda la intención de aplicar la ley penal retroactiva para el ejercicio de la venganza.

Pese a ello las sentencias de los juicios de venganza habrán de argumentar, siguiendo la jurisprudencia de la CSJN:

Que la Convención [de imprescriptibilidad] se limita a ratificar las normas imperativas del derecho internacional, pues no impone sino afirma el principio de legalidad.

Por eso es que se establece que dicho principio es aplicable a los crímenes contra la humanidad. Sentencia del TOCF N° 2, causas n° 1696/1742 “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros”.

12 | ¿PUEDE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD SER NORMA DE IUS COGENS?

No obstante lo ya analizado y tomando provisionalmente por válido que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, tal como afirma la CSJN, es norma de *ius cogens*, la discusión se focaliza entonces en su aplicación retroactiva en violación al principio de legalidad, conforme a lo establecido en el Art. 1 del texto de la Convención.

Para que una norma se transforme en costumbre internacional de carácter general, es necesario un proceso de aceptación de ésta por parte de la comunidad internacional, y en ese sentido, tal como expresa la sentencia *North Sea Continental Shelf*⁴⁵⁴ de la

⁴⁵⁴ La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia -CIJ- es importante tanto para la costumbre internacional como para las normas de *ius cogens*, pues es la autoridad convencional de la ONU que resuelve las controversias en ambas materias. En el Art. 38 inc. “1” b de su estatuto, se establece que las controversias entre estados deben resolverse aplicando: *a) las convenciones internacionales [...] b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.*

Corte Internacional de Justicia, se requiere analizar las ratificaciones de los tratados, para establecer el grado de aceptación internacional que permita alcanzar el título de “costumbre internacional de carácter general”, e idéntico requisito deben cumplir las normas de *ius cogens* [en los términos del Art. 53 de la Convención de Viena].

En otras palabras, el consenso de los estados comprobado a partir de las ratificaciones de los tratados, la presencia de una costumbre repetida y extensa generalmente aceptada como derecho, y *las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones* como medio auxiliar, constituyen el filtro que una norma [convencional o consuetudinaria] debe superar para adquirir la consideración de norma consuetudinaria internacional de carácter general e incluso, tal vez, alcanzar naturaleza de *ius cogens*. El conocido especialista en derecho internacional Michael Akehurst sostiene que *La obtención de las ratificaciones necesarias para que un tratado pueda considerarse como ius cogens puede tomar largo tiempo*⁴⁵⁵.

Existe cierta tendencia a asumir que una conducta considerada costumbre internacional es necesariamente norma de *ius cogens*. Esto en parte es debido a que ambas tienen fuentes tanto convencionales como consuetudinarias y experimentan un proceso de aceptación similar.

Es natural entonces que aquella conducta que alcanzó el nivel de costumbre internacional de carácter general, se encuentre en el umbral de ser reconocida como norma de *ius cogens*.

Sin embargo entre ambas normas, hay una diferencia sustancial: las primeras pueden ser obviadas y modificadas, mientras que las segundas son imperativas y sólo admiten ser reemplazadas por una norma posterior de igual categoría.

También con relación a las normas de *ius cogens*, en el Art. 66 de la Convención de Viena se somete a la jurisdicción de la CIJ, las controversias vinculadas a los artículos que refieren dichas normas imperativas.

Dice ese Art. en el inc. a: a) *cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje.*

⁴⁵⁵ British Yearbook of International Law, vol. 47 [1974-75] pp 273-285.

Por eso, una norma “candidata a la corona” de *ius cogens*, requiere ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto [Art. 53 CVDT] pues, una vez reconocida como tal, los estados quedan obligados de manera imperativa. Estas normas tienen el poder de anular tratados por sí solas y son inmunes a los intentos de los estados que pretendan transformarlas. En este sentido, puede considerarse que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales reúne tales requisitos, a partir de las fuentes convencionales existentes⁴⁵⁶.

Sin embargo, lo ocurrido con la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU a lo largo de los años, no puede menos que sorprendernos. A tal efecto veamos algunas opiniones y conductas de los estados durante el período previo y posterior [1966 a 1970] a su votación, abierta a la firma el 26 de noviembre de 1968, Res. 2391[XXIII].

13 | OPINIONES DE LOS ESTADOS CON RELACIÓN A LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ONU DE 1968

1966

En 1966, durante la ronda previa a la elaboración del texto definitivo de la Convención sobre la imprescriptibilidad [E/CN.4/906], los estados expresaron sus opiniones⁴⁵⁷ acerca de la prescripción de los delitos:

- El representante de **Japón** expresó:

Las leyes de Japón no tienen disposiciones específicas relativas al castigo de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

⁴⁵⁶ Convenciones de imprescriptibilidad de la ONU, del Consejo de Europa, Estatuto de Roma y leyes nacionales de algunos estados.

⁴⁵⁷ Reporte de la sesión 23ª de la Comisión de DDHH de la ONU, E/CN.4/940, pág. 63.

Con respecto a las infracciones graves previstas en los Convenios de Ginebra para la protección de víctimas de la guerra del 12 de agosto de 1949 a la que Japón se ha adherido, tales actos son punibles con arreglo a las disposiciones de las leyes penales generales de Japón.

En consecuencia, la cuestión de la prescripción de la acción penal de las personas acusadas de haber cometido esos delitos se rige por las disposiciones generales de las leyes.

*El sistema de la prescripción ha sido tradicionalmente establecido en Japón con respecto a toda clase de delitos, y desde el punto de vista de las leyes nacionales no existen circunstancias especiales que pidan la abolición de, o la provisión de excepciones a la aplicación del sistema de prescripción*⁴⁵⁸.

Japón, como la Argentina, se abstuvo en el momento de la votación de la Convención y al 2014 no ha firmado ni ratificado su texto. En cambio el 17 de julio de 2007 ratificó el Estatuto de Roma. Ello confirma que esa nación, pese a haber tenido criminales de guerra, no estaba de acuerdo con la eventual aplicación retroactiva de la ley penal, pero concuerda con la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales aplicados hacia el futuro, tal como lo establece el Estatuto de Roma.

• Ante la misma consulta **Camboya** dijo:

69. *No hay textos especiales que traten sobre el castigo de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Cualquiera de esos delitos sería castigado con arreglo a las disposiciones del Código Penal que regula los asesinatos de pandillas, saqueos e incendios intencionales, etc. Estarían sujetos a las limitaciones legales normales, es*

⁴⁵⁸ *The laws of Japan have no specific provisions relating to the punishment of war crimes and crimes against humanity. With regard to the grave breaches provided for in the Geneva Conventions for the protection of war victims of 12 August 1949 to which Japan has acceded, such acts are punishable under the provisions of the general criminal laws of Japan. Accordingly, the question of the prescription of prosecution of persons accused of having committed such crimes is governed by general provisions of the laws. The system of prescription has traditionally been established in Japan regarding all kinds of crimes, and, from the standpoint of domestic laws there exist no special circumstances calling for abolition of, or provision of exceptions to, application of the prescription system.*

decir, diez años en materia de procedimiento penal, y veinte años en cuanto a la ejecución de la pena⁴⁵⁹.

Camboya no votó la Convención, tampoco la firmó ni ratificó.

• La opinión de **España** fue la siguiente:

Como hemos dicho anteriormente, si tales crímenes fueran cometidos en España, serían castigados de acuerdo con los códigos comunes y los principios que rigen el plazo de prescripción también serían los mismos que para los delitos comunes.

La cuestión de si la prescripción es aplicable o no a los "crímenes de guerra" y "crímenes contra la humanidad" tiene dos aspectos principales: un aspecto político-social y un aspecto técnico-jurídico.

Desde el punto de vista político, básicamente, y teniendo en cuenta los sentimientos de los pueblos que sufrieron las consecuencias de esta guerra, es posible que la eliminación de la prescripción o por lo menos la extensión de los plazos de prescripción de los delitos mencionados fuera apropiada y popular.

*Sin embargo, desde un punto de vista puramente técnico-jurídico, no hay duda de que la promulgación de leyes penales con efecto retroactivo, aunque oficialmente se puede argumentar que no viola el principio de nulla poena sine lege [ya que una ley siempre cancela las leyes anteriores en conflicto], en la práctica sería una grave violación de ese principio, ya que destruiría la seguridad jurídica representada por la estabilidad del Código Penal*⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ 69. There are no- special texts dealing with the: punishment of war crimes and crimes against humanity. Any such crimes would be punished under the provisions of the Penal Code covering gang murder, looting and arson, etc. They would be subject to the normal statutory limitations, i.e. ten years in respect of criminal proceedings, and twenty years in respect of the execution of the penalty.

⁴⁶⁰ The question whether or not the statutory limitation is applicable to 'war crimes' and 'crimes against humanity' has in the main two aspects: a political social aspect and a technical-legal aspect.

From a basically political point of view, and taking into account the feelings of the peoples which suffered the consequences of this war, it is possible that the barring of the statutory limitation or at least the extension of the limitation periods for the above mentioned offenses would be both appropriate and popular.

España se abstuvo al momento de la votación del texto de la Convención, y al 2014 tampoco la ha firmado ni ratificado.

- **Suecia:**

En un informe enviado al Consejo de Europa en 1965, recogido en el referido informe de la ONU dijo:

Señor Presidente, en mi país, Suecia, la prescripción en el derecho penal ha existido durante muchos años. El período de prescripción varía en función de la gravedad del crimen y es de veinticinco años para los delitos más graves. Quiero hacer hincapié en que por horrendo que sea el crimen siempre existe prescripción en Suecia.

Esto se considera como un principio fundamental del Derecho. Creo que hay una serie de buenas razones para la justificación de este principio.

Uno es que después de tanto tiempo veinte o veinticinco años es muy difícil hacer una investigación clara. Las pruebas desaparecen y existe riesgo de error judicial. Otra razón es que la prescripción no tiene ninguna influencia sobre el número de delitos cometidos. Estos son sólo ejemplos. Hay otros.

Para que mi posición sea lo suficientemente clara, quiero destacar que comparto el horror de todos los que viven en una democracia ante crímenes contra la humanidad.

Eso, señor Presidente, es una cosa. Otra muy distinta es renunciar a un importante principio del derecho. Yo sé que los que están a favor del proyecto de Recomendación 415 [1965] dirán que los crímenes contra la humanidad constituyen una clase muy especial de delitos, pero en mi opinión esto no es suficiente.

Al igual que los crímenes contra la humanidad, hay otros crímenes detestables, y creo que tenemos que tratar a todos los delitos de la misma manera. Existe, por supuesto,

However, from a purely technical-legal point of view, there is no doubt that the enactment of penal legislation having retroactive effect, even if formally it can be argued that it does not violate the principle of nulla poena sine lege [since a law always cancels earlier conflicting laws], would in practice be a serious breach of that principle, since it would destroy the legal security represented by the stability of the Penal Code.

la posibilidad de prolongar el plazo, por ejemplo, de veinte a treinta años, pero estaría en conflicto con el principio de irretroactividad de la ley penal⁴⁶¹.

Suecia no votó la convención y hasta hoy no la firmó ni ratificó.

1967

• Argentina

Un año más tarde, en las discusiones previas a la votación de la Convención, la representante de Argentina también formuló observaciones al carácter retroactivo de la misma. En la reunión del 17 de marzo de 1967 celebrada en el marco de la 23ª sesión de la CDH de la ONU, [E/CN.4/SR.931] la Sra. Zaefferer de Goyeneche, luego de referir que el gobierno argentino no ignoraba los crímenes cometidos por el régimen nazi dijo: *En la mayoría de países de Latinoamérica, el derecho penal no puede aplicarse con carácter retroactivo, y esos países tienen dificultades para aplicar la convención retroactivamente.*

Por otra parte el principio de no retroactividad de la ley penal fue consagrado en el Artículo 11, párrafo [2], de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴⁶¹ Mr. President, in my country, Sweden, statutory limitation in criminal law has existed for many years. The period of statutory limitation varies according to the seriousness of the crime and is twenty-five years for the most serious types of crime. I want to emphasize that however horrifying the crime there is always statutory limitation in Sweden. This is regarded as a fundamental principle of law. I believe that there are a number of good reasons for the justification of this principle.

One is that after so long a time as twenty or twenty-five years it is very difficult to make a clear investigation. Proofs disappear and there is a risk of Judicial error. Another reason is that statutory limitation has no influence on the number of crimes committed. These are only examples. There are others. To make my position quite clear, I want to stress that I share the horror of everyone in a democracy at crimes against humanity. That, Mr. President, is one thing. It is quite another thing to give up an important principle of law. I know that those who are in favour of the draft Recommendation 415 [1965] will answer that crimes against humanity are a very special kind of crime, but in my opinion this is not sufficient.

There are other detestable crimes as well as those against humanity and I believe that we have to treat all crimes in an identical manner. There is, of course, the possibility of prolonging the time-limit, for example, from twenty to thirty years, but that would conflict with the principle of non-retroactivity of criminal law.

Argentina se abstuvo en la votación, no firmó la Convención y sólo la ratificó treinta y cinco años después, en el 2003, cuando Néstor Kirchner asumió la presidencia. Aunque había sido convertida en ley en 1995, fue elevada con jerarquía constitucional poco antes de su ratificación. Cuando los magistrados de la CSJN mencionan que la Argentina participó de las sesiones en las que se trató la Convención no mienten, pero falsean la realidad por omisión, ya que ocultan el tenor de lo expresado, que es categórico en el sentido de rechazar la aplicación retroactiva.

Previamente, en la reunión celebrada el 9 de marzo de 1967 en el seno de dicha comisión de la ONU [E/CN.4/SR.919], quedó aclarado que el castigo retroactivo estaba dirigido a los crímenes del nazismo y se criticaba la imprecisión en la tipificación de los delitos que se pretendía ampliar a guerras futuras.

- El representante de **Israel**, en la misma oportunidad, expresó:

Las definiciones de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que figuran en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg contienen referencias inadecuadas para los fines de un proyecto de convención sobre la no aplicabilidad de la prescripción a esos delitos⁴⁶². Más adelante agregó:

La definición de Nuremberg de "crímenes contra la humanidad" cubre el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, –la Segunda Guerra Mundial– y las persecuciones en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la competencia del Tribunal en relación con los crímenes de guerra de la Segunda Guerra Mundial.

La importancia de castigar los crímenes cometidos durante y en conexión con la Segunda Guerra Mundial no fue cuestionada, pero era claramente la intención de la Comisión que la convención sobre la imprescriptibilidad debería aplicarse a todos los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en el futuro.

⁴⁶² The definitions of war crimes and crimes against humanity given in the Charter of the Nurnberg Tribunal contained references unsuited to the purposes of a draft convention on the non-applicability of statutory limitation to those crimes.

La convención no debe estar relacionada con ninguna guerra en particular. Esto aplica particularmente a los crímenes contra la humanidad, los cuales no estuvieran necesariamente relacionados con cualquier acto de guerra y podrían cometerse en tiempo de paz⁴⁶³.

Nótese que la convención del '68 no tipificó los delitos y refirió la tipificación de los mismos a la establecida en el Estatuto de Nuremberg, por lo tanto los vinculó a la IIª Guerra Mundial y a situaciones futuras donde se repitieran esas condiciones.

El reclamo de Israel recién sería considerado en el Estatuto de Roma, en el que estos delitos no quedaron circunscriptos a ninguna guerra en particular.

Israel votó a favor del texto final de la convención, pero no lo firmó ni ratificó.

- El representante de la **URSS**, Sr. Otrotsky dijo:

La primera cuestión que planteaba el punto en discusión era si la prescripción era aplicable a criminales de guerra y a las personas que habían cometido crímenes contra la humanidad. Claramente, la respuesta fue que las personas que habían cometido estos delitos debían ser procesadas y castigadas, independientemente del momento y el lugar de su comisión.

A pesar de haber transcurrido más de veinte años desde el final de la Segunda Guerra Mundial, ésta habría dejado huellas indelebles, y se deben tomar medidas para asegurarse que los crímenes cometidos durante esa guerra no sean repetidos.

⁴⁶³ The Nurnberg definition of "crimes against, humanity" covered murder and other inhumane acts committed against any civilian population before or during the war, -I.e. the Second World War and persecutions in execution of or in connexion with any crime within the jurisdiction of the Tribunal in connexion with war crimes of the Second World War.

The importance of punishing crimes committed during and in connexion with the Second World War was not disputed, but it was clearly the Commission's intention that the convention on the non applicability of statutory limitation should apply to all war crimes and crimes against humanity in the future.

The convention should not be related to any particular war. That applied particularly to crimes against humanity, which were not necessarily connected with any act of war and could be committed in time of peace.

A clear distinction should be drawn between war crimes, which were committed in the course of military operations, and crimes against humanity which were unconnected with such operations.

A ese respecto, se debe prestar atención al creciente número de publicaciones que aparecen acerca de tales notorios criminales de guerra como Hitler, Goering, Himmler, Hess y Ribbentrop, que tendían a magnificar su papel en la historia. [...]

Hubo una serie de razones por las que las limitaciones legales se deben hacer inaplicables a los criminales de guerra y a las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad.

En primer lugar, la comunidad internacional no tenía derecho a traicionar la memoria de los millones que habían dado sus vidas y derramaron su sangre en la lucha contra las hordas hitlerianas.

La URSS votó a favor de la Convención, y también la firmó y ratificó.

- El representante de **Filipinas**, Sr. Brillantes dijo:

Los delitos a los que la convención haya de aplicarse deberían ser definidos con precisión, no sólo por referencia a otros instrumentos internacionales.

Filipinas votó y ratificó la Convención

- El representante de **Italia**, Sr. Sperduti dijo:

Estuvo de acuerdo con el representante de Jamaica en que la convención debería definir los delitos a los que se aplica. La definición por referencia fue insatisfactoria.

La definición dada en el Estatuto de Nuremberg estaba limitada a crímenes cometidos antes o durante la Segunda Guerra Mundial. La intención de la Comisión, sin embargo, fue que la Convención también debería aplicarse a los delitos cometidos a partir de esa guerra.

Más aún dado que el ámbito de aplicación de la Convención no se limitaba a los crímenes de guerra, una mera referencia a los delitos definidos en el Estatuto de Nuremberg era insuficiente.

Los crímenes contra la humanidad, donde y cuando se hayan cometido, deberían estar claramente definidos en la Convención.

Una vez más, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio definía los delitos a los que está relacionada, pero no cubría todos los crímenes contra la humanidad.

Como el representante de Israel señaló, se debe tener cuidado de asegurar que las definiciones de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad dadas en la Convención, estén relacionados específicamente con los delitos a los que el principio de la imprescriptibilidad deba ser aplicado⁴⁶⁴.

Italia se abstuvo en la votación y tampoco firmó ni ratificó la Convención.

Ese mismo año, la Asamblea General reunida el 18 diciembre de 1967 publicó la resolución A/RES/2338 referida a la Cuestión del Castigo a los Criminales de Guerra y Personas que han cometido Crímenes contra la Humanidad, donde se observa el interés de la ONU en que nada afecte la Convención sobre la imprescriptibilidad que sería abierta a la firma al año siguiente.

En su parte resolutive dice:

5. Recomienda que no se tome ninguna medida legislativa u otras acciones que puedan ser perjudiciales para las intenciones y propósitos de la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, a la espera de la adopción de la convención por la Asamblea General;

⁴⁶⁴ *He agreed with the Jamaican representative that the convention should define the crimes to which it applied. Definition by reference was unsatisfactory.*

The definition given in the Nurnberg Charter was limited to crimes committed before or during the Second World War. The Commission's intention, however, was that the convention should also apply to crimes committed since that war. Furthermore, since the scope of the convention was not restricted to war crimes, a mere reference to the crimes defined in the Nurnberg Character was insufficient. Crimes against humanity, wherever and whenever committed, should be clearly defined in the convention. Again, the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide defined the crimes to which it related, but it did not cover all crimes against humanity. As the Israel representative had pointed out, care should be taken to ensure that the definitions of war crimes and crimes against humanity given in the convention related specifically to those crimes to which the principle of the non-applicability of statutory limitation was to be applied.

6. Decide dar prioridad a la finalización del proyecto de convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, con miras a su adopción en su veintitrés período de sesiones⁴⁶⁵.

1969

• Poco después de la firma de la Convención, el **Consejo de Europa** reunido en la 26ª Asamblea Parlamentaria dio la resolución 401 relativa a la prescripción de los crímenes contra la humanidad; que en el considerando 7 establece:

7. Considerando que la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad fue considerada inaceptable por la casi totalidad de los miembros del Consejo de Europa que forman parte de las Naciones Unidas, en particular porque su falta de precisión⁴⁶⁶.

Esto revela la falta de acuerdo de los estados europeos con el texto de la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU, a lo que se debe agregar la decisión de estos de celebrar su propia Convención sobre la imprescriptibilidad [Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra] en la que:

- a) se respeta el principio de no retroactividad,
- b) no recurre a la tipificación de los delitos de lesa humanidad dada en el Estatuto de Nuremberg y,

⁴⁶⁵ 5. Recommends that no legislative or other action be taken which may be prejudicial to the aims and purposes of a convention on the non-applicability of statutory limitation to war crimes and crimes against humanity, pending the adoption of a convention by the General Assembly;

6. Decides to give high priority to the completion of the draft convention on the non-applicability of statutory limitation to war crimes and crimes against humanity, with a view to its adoption at the twenty-third session.

⁴⁶⁶ 7. Considérant que la Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité a été jugée inacceptable par la quasi-totalité des Etats membres du Conseil de l'Europe qui font partie des Nations Unies, en raison notamment de son manque de précision.

c) no se incluye el delito de *apartheid*.

1970

Ya con la Convención abierta a la firma –pocos meses antes de entrar en vigor [noviembre de 1970]–, el secretario general de la ONU presentó el 19 de agosto de 1970 a la Asamblea General el informe: A/8038 *Sobre la cuestión de la penalización de los criminales de guerra y personas que han cometido crímenes contra la humanidad*, en el que consignan opiniones de los representantes de los estados miembros, con respecto a la Convención sobre la imprescriptibilidad:

• La **República Socialista Soviética de Bielorrusia** expresó:

La República Socialista Soviética de Bielorrusia le da mucha importancia a la implementación efectiva de las decisiones de las Naciones Unidas relacionadas con la penalización de criminales de guerra y personas que hayan cometido crímenes contra la humanidad, y a que todos los estados cumplan con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y los Crímenes contra la Humanidad.

Bielorrusia es uno de los estados en cuyo territorio el fascismo alemán cometió crímenes monstruosos contra la paz y la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. [...]

El pueblo Bielorruso firmemente condena los actos de los Gobiernos de aquellos países que continúan librando guerras agresivas sometiendo al territorio de otros países a bombardeos aéreos masivos, usando napalm y otros tipos de armas químicas, cometiendo crímenes de guerra.

*Todos los crímenes contra la paz, los de guerra y los crímenes contra la humanidad deben castigarse sin aplicar la prescripción debido a que dichos delitos no pueden equipararse a delitos penales comunes...*⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ *The Byelorussian SSR attaches great importance to the effective implementation of United Nations decisions relating to the question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity, and to the compliance of all States with the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to war Crimes and Crimes against Humanity. Byelorussia is one of*

Posición que fue ratificada en la 25ª sesión de la Asamblea General celebrada en Nueva York el 8 de diciembre de 1970, en cuya oportunidad el representante de Bielorrusia Sr. Ogurtsov dijo:

... se congratula de la entrada en vigor, el 11 de noviembre de 1970, de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, el instrumento jurídico más importante que podría asegurar que ningún criminal de guerra escape a un castigo justo. Ciertamente, todos los gobiernos preocupados por la paz y la seguridad deberían considerar concienzudamente la posibilidad de adherirse a la Convención⁴⁶⁸.

Bielorrusia votó, firmó y ratificó la Convención.

• **Checoslovaquia**

Como uno de los primeros estados víctima de la agresión nazi y por experiencia personal, cuyo pueblo sufrió las crueldades de los criminales nazis durante la Segunda Guerra Mundial, Checoslovaquia muestra mucho interés en el consecuente procesamiento y la penalización particularmente de los crímenes nazis y en tomar medidas para prevenir la repetición de tales crímenes y de futuros incidentes similares⁴⁶⁹.

the States in whose territory German fascism committed monstrous crimes against peace and humanity during the Second World War. [...]

The Byelorussian people resolutely condemn the acts of the Governments of those countries which are continuing to wage aggressive wars, subjecting the territory of other countries to massive aerial bombardment, using napalm and other types of chemical weapons and committing war crimes.

All crimes against peace, war crimes and crimes against humanity should be punished without applying statutory limitations, because such crimes cannot be equated with ordinary criminal offences.

⁴⁶⁸ *...he was gratified by the entry into force, on 11 November 1970, of the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, a most important legal instrument which would ensure that no war criminal escaped just punishment.*

Certainly, all Governments concerned about peace and security should give thorough consideration to the possibility of acceding to the Convention.

⁴⁶⁹ *As a state that became one of the first victims of Nazi aggression and whose people and personal experience with the cruelty of Nazi criminals during the Second World War, Czechoslovakia takes high*

En ese mismo sentido se expresó su representante, el Sr. Handl, en oportunidad de celebrarse la 25ª sesión de la Asamblea General el 8 de diciembre de 1970:

...él apoyó el párrafo 2 del proyecto de resolución, en el que los Estados están llamados a tomar medidas para detener a los criminales de guerra y a las personas que hayan cometido crímenes contra la humanidad y extraditarlos a los países en los que hayan cometido sus crímenes.

Esta disposición es muy importante en vista del hecho que muchos criminales de guerra nazis no sólo quedaron impunes, sino que ocupan altos cargos en determinados países, como ha sido señalado por el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática Alemana en su mensaje al Presidente de la Asamblea General [véase A/C.3/62349]⁴⁷⁰.

Checoslovaquia votó y ratificó la Convención.

• **Dinamarca**

...refirió a la similitud de los vínculos entre la presente resolución y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes Contra la Humanidad, que no es aceptable para el gobierno de Dinamarca⁴⁷¹.

Dinamarca se abstuvo en la votación, no firmó ni ratificó la Convención.

interest in consistent prosecution and punishment particularly of Nazi crimes and in measures preventing recurrence of those crimes and future incidents of others similar to them.

⁴⁷⁰ *...he supported operative paragraph 2 of the draft resolution, in which States were called upon to take measures to arrest war criminals and persons who had committed crimes against humanity and extradite them to the countries where they had committed their crimes. That provision was very important in view of the fact that many Nazi war criminals not only remained unpunished but were occupying high positions in certain countries, as had been pointed out by the Minister for Foreign Affairs of the German Democratic Republic in his message to the President of the General Assembly [see A/C.3/623].*

⁴⁷¹ *...referred to the close links between this resolution and the Convention on the Non-Applicability of Statutory limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, which is not acceptable to the Government of Denmark.*

• República Federal de Alemania

El gobierno de la República Federal de Alemania desea destacar que al 9 de junio de 1970 sólo once países han firmado esta Convención y sólo nueve la han ratificado, mientras que la gran mayoría de los países se oponen a las disposiciones de la Convención por razones constitucionales o legales.

*Conforme la opinión del gobierno de la República Federal de Alemania, la aplicabilidad incondicional de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra constituye legislación retroactiva y una violación del principio nulla poena sine lege*⁴⁷².

Alemania no votó y tampoco firmó ni ratificó la Convención.

• Finlandia

Con respecto a las observaciones generales en los párrafos 405-412 del Secretario General [E/CN.4/983 y Add.1 y 2], el gobierno finlandés está de acuerdo con su opinión de que los principios básicos de la cuestión, en particular aquellos que se refieren a las definiciones de los delitos analizados y la obligación de perseguir y extraditar a los delincuentes, ya han sido suficientemente explicados en detalle en los documentos internacionales existentes y no existe necesidad vital de reafirmar dichos principios una vez más.

*No obstante, el concepto de crímenes contra la humanidad es de alguna manera ambiguo...*⁴⁷³.

⁴⁷² The Government of the Federal Republic of Germany wishes to point out that by 9 June 1970 only eleven countries had signed and only nine countries had ratified this Convention while the vast majority of countries objects to the provisions of the Convention for constitutional or legal reasons. In the opinion of the Government of the Federal Republic of Germany, the unconditional non-applicability of statutory limitations to war crimes constitutes retroactive legislation and a violation of the principle of nulla poena sine lege.

⁴⁷³ As regards the general observations in paragraphs 405-412 of the Secretary General's [E/CN.4/983 and Add.1 and 2], the Finnish, Government agrees with his view that the basic principles on the subject, in particular those concerning the definition of the study crimes and the obligation to prosecute and extradite the criminals, have already been sufficiently spelled out in existing international instruments

Finlandia se abstuvo en la votación del texto y no ratificó el tratado.

• **Japón** en la misma línea de lo afirmado en 1966, dijo:

...el gobierno especialmente entiende que las definiciones de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que aparecen en documentos ya existentes son demasiado abstractos y vagos.

Desde este punto de vista, el gobierno no puede acordar, al menos por el momento con que la redacción de las recomendaciones específicas para dar cumplimiento a los principios relevantes del derecho internacional [deba] ser redactada en la Comisión de Derechos Humanos.

Japón, se abstuvo de votar y no firmó ni ratificó la Convención.

• **Madagascar**

*Este tema no le concierne a Madagascar*⁴⁷⁴.

Madagascar no votó, no firmó y no ratificó la Convención.

• **República Socialista Soviética de Ucrania**

La República Socialista Soviética de Ucrania se encuentra entre los primeros estados Miembros de las Naciones Unidas que firmaron y ratificaron la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad. [...]

*Durante los últimos años ha habido varios juicios a criminales de guerra y sus cómplices que cometieron crímenes durante la Segunda Guerra Mundial en el territorio de Ucrania*⁴⁷⁵.

and that there is no vital necessity to reaffirm these principles once again. However, the concept of crimes against humanity is somewhat ambiguous, if by it something else is envisaged than those offences defined as such in the Charter of the International Military Tribunal, Nurnberg, or the crime of genocide.

⁴⁷⁴ This question does not concern Madagascar.

Ucrania votó a favor, firmó y ratificó la Convención.

- **Chile**

Su representante el Sr. Ducci, en oportunidad de celebrarse la 25ª sesión plenaria de la Asamblea General previamente referida, dijo: *...cuando su delegación votó a favor de la resolución 2391 [XXIII], por la cual la Asamblea aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, ésta había hecho la reserva de que las disposiciones de la Convención se aplicarían en el caso de Chile sólo a partir de la fecha en que se deposite su instrumento de ratificación.*

*Esa reserva se había hecho porque el artículo I de la Convención contiene una premisa que es contraria a las disposiciones constitucionales de Chile que establece la absoluta no retroactividad de la ley penal*⁴⁷⁶.

Chile no ratificó la Convención.

- **Noruega**

El representante de Noruega Sr. Aano, en el 25º período de sesiones plenarias de la Asamblea General explicó:

⁴⁷⁵ *Ukrainian SSR was among the first States Members of the United Nations to sign and ratify the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity. [...]*

During the last few years there have been several trials of war criminals and their accomplices who committed crimes during the Second World War in the territory of the Ukraine.

⁴⁷⁶ *...when his delegation had voted in favour of General Assembly resolution 2391 [XXIII], by which the Assembly adopted the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, it had made the reservation that the provisions of the Convention would apply in the case of Chile only as from the date on which it deposited its instrument of ratification. That reservation had been made because article I of the Convention embodied a premise which was contrary to those constitutional provisions of Chile which established the absolute non retroactivity of criminal law.*

Que su delegación se abstuvo en la votación sobre las enmiendas al proyecto de resolución recomendado por el Consejo Económico y Social y sobre el documento como un todo, debido a las referencias que hicieron a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad.

Como la no retroactividad es uno de los principios básicos de su derecho penal, Noruega había sido incapaz de adherir a la Convención.

Sin embargo, el Parlamento noruego aprobó recientemente una enmienda al Código Penal que extendió hasta el 31 de diciembre de 1975 el poder para instruir procedimientos criminales y dictar sentencia por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, a condición de que la pena máxima para el delito en cuestión fuese la de prisión perpetua, y el caso recaiga dentro del ámbito de aplicación de la legislación penal noruega⁴⁷⁷.

Noruega no ratificó la Convención.

• **Jamaica**

La representante de Jamaica Srta. Slyfield, durante el desarrollo del 25° período de sesiones de la Asamblea General señaló:

...que su delegación había tenido que abstenerse en la votación de la resolución 2391 [XXIII], mientras la Asamblea General había adoptado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, ya que había considerado que el principio de retroactividad del derecho penal era totalmente inaceptable.

⁴⁷⁷ *...that his delegation had abstained in the vote on the amendments to the draft resolution recommended by the Economic and Social Council and on the document as a whole because of the references they made to the Convention on the Non Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity. As non-retroactivity was one of the basic principles of its criminal law, Norway had been unable to accede to the Convention. However, the Norwegian Parliament had recently adopted an amendment to the Penal Code which extended until 31 December 1975 the power to institute criminal proceedings and pronounce sentence for war crimes and crimes against humanity committed during the Second World War, provided that the maximum penalty for the crime in question was life imprisonment and the case fell within the scope of Norwegian criminal legislation.*

Ella se había abstenido en la votación que acababa de tener lugar en el Comité por la misma razón.

Sin embargo, su delegación estuvo a favor de elaborar una convención internacional sobre la extradición de criminales de guerra⁴⁷⁸.

Los diferentes puntos de vista de los países, de los que se ha seleccionado una muestra, revelan que aún después de haberse abierto la Convención a la firma, se continúa vinculando los hechos en consideración a lo ocurrido durante la IIª GM, y denotan su preocupación por el quiebre del principio de legalidad y las imprecisiones en la tipificación de los delitos.

Ello se ve ratificado por las expresiones del representante de Polonia vertidas en el documento de la 25ª sesión de la Asamblea General, del 8 de diciembre de 1970. Al momento de tratar el ítem 50, el Sr. Dabrowa⁴⁷⁹ expresó:

*...Polonia insta al castigo de todos los criminales de guerra, no por deseo de venganza, sino porque cree que aquellos que han cometido crímenes de guerra deben ser castigados,...*⁴⁸⁰.

1973

• Argentina

Acerca de las prácticas estatales de la Argentina, el ministro Fayt en el considerando 20 de su voto en el caso "Arancibia Clavel" dijo: *Con respecto a la específica*

⁴⁷⁸ ...that her delegation had had to abstain in the vote on resolution 2391 [XXIII], whereby the General Assembly had adopted the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, because it had considered the principle of retroactivity of criminal law to be entirely unacceptable. She had abstained in the voting which had just taken place in the Committee for the same reason. However, her delegation was in favour of drawing up an international convention on the extradition of war criminals.

⁴⁷⁹ En el ítem 2 de su ponencia.

⁴⁸⁰ ...Poland was urging the punishment of all war criminals not out of desire for revenge but because it believed that those who had committed war crimes should be punished.

posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad, es del caso reseñar que el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea General de la ONU, adoptó la resolución 3074 [XXVIII] sobre "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad".

Allí se estableció que esos crímenes, 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 [A/CN.4/368, pág. 99].

Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los estados que adopten una legislación retroactiva..."

[Naciones Unidas, Asamblea General, 28° período de sesiones, Documentos Oficiales, 2187 sesión plenaria, 3 de diciembre de 1973, Nueva York, pág. 4].

Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación.

1980

- Ya en la década del '80, la **Asamblea General** en el punto 6 de la resolución A/C.3/43/L.73/Rev1 del 25 de noviembre de 1988, hace un llamamiento a los estados que aún no formaban parte de la Convención sobre la imprescriptibilidad para que se incorporen a la misma.

No obstante y pese a todos los esfuerzos realizados por la ONU en este sentido, la Convención resultó "poco atractiva" para los estados miembros, los que en forma mayoritaria no la ratificaron.

1995

- **Argentina**

Luego del caso Priebke, la Argentina aprobó la Convención sobre la imprescriptibilidad por ley 24.584 BO del 29 de noviembre de 1995.

2002

De acuerdo con el estatus de los tratados registrado por la ONU al 27/03/2012, es decir 44 años después de abierta a la firma, la Convención registra 9 estados signatarios y sólo 53 de los 193 estados que integran la ONU la han ratificado, algunos de ellos con reservas. Entre otras se destacan las de:

- **México** formuló la siguiente reserva [15 MAR 2002]:

Declaración interpretativa: Conforme al artículo 14 de la Constitución de los Estados Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, lo hará en el entendimiento que se interprete que son imprescriptibles sólo los delitos que se tratan en la Convención que sean cometidos luego de la entrada en vigencia de la Convención respecto a México⁴⁸¹.

- **Perú** [11 AGO 2003]: *De conformidad con el artículo 103 de su Constitución Política, el estado peruano adhirió a la “Convención sobre la imprescriptibilidad de*

⁴⁸¹ Interpretative declaration:

In accordance with article 14 of the Constitution of the United Mexican States, the Government of Mexico, when ratifying the Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity, adopted by the General Assembly of the United Nations on 26 November 1968, will do so on the understanding that it will consider statutory limitations non-applicable only to crimes dealt with in the Convention which are committed after the entry into effect of the Convention with respect to México.

*los Crímenes de Guerra y los crímenes contra la Humanidad” adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, con respecto a los crímenes estipulados en la Convención que sean cometidos luego de su entrada en vigor para Perú*⁴⁸².

2003

• Argentina

El Poder Ejecutivo dispuso la ratificación de la Convención por decreto N° 579 del 8 de agosto de 2003, y el Congreso le otorgó jerarquía Constitucional por ley 25.778. BO del 3 de septiembre de 2003. Entró en vigor el 24 de noviembre de 2003. Por su parte, la ministra Argibay en su voto en el caso "Simón" [2005] observó las opiniones de los representantes de los estados, y en la construcción de su razonamiento optó por destacar el caso de Noruega. Dice el considerando 17 de dicho voto:

En los trabajos preparatorios que precedieron a la aprobación de la Convención, algunos gobiernos plantearon el problema de la aplicación retroactiva.

El representante de Noruega, Sr. Amlie, manifestó: uno de los principios básicos del ordenamiento penal de su país es el de la irretroactividad de la ley, con la consecuencia de que aquellas personas que hayan cometido un delito cuyo plazo de prescripción hubiese expirado no pueden ser sometidas nuevamente a proceso en el caso de que una ley posterior ampliara el citado término de caducidad.

Agregó más adelante que la frase introductoria del artículo I del proyecto de convención contradice el principio de irretroactividad al que su Gobierno no se encuentra dispuesto a renunciar...".

*La propuesta de su delegación fue la de introducir una enmienda al artículo I y suprimir la frase "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido..."*⁴⁸³.

⁴⁸² In conformity with article 103 of its Political Constitution, the Peruvian State accedes to the 'Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity', adopted by the General Assembly of the United Nations on 26 November 1968, with respect to crimes covered by the Convention that are committed after its entry into force for Perú.

Esta objeción, dice la ministra Argibay, compartida por otros representantes, finalmente no prosperó, especialmente porque, tal como fue puesto de resalto por más de una delegación, "... la enmienda de Noruega ...es contraria al objetivo mismo de la convención, que no tendría sentido si se aprobara esta propuesta".

También se puso de manifiesto que la imprescriptibilidad acordada era aplicable "a los crímenes pasados, presentes y futuros".

En el mismo sentido, el representante de Francia expresó: "Aunque uno de los objetivos de la convención sea permitir el castigo de los criminales de la segunda guerra mundial, no es cierto que se refiera exclusivamente al pasado. Las reglas de derecho internacional fijadas por la convención podrían aplicarse no sólo a actos ya cometidos y no castigados, sino a todos los que se perpetren en el futuro, siempre que reúnan las condiciones estipuladas en la convención".

Estas réplicas condujeron al retiro de las objeciones por parte de sus proponentes y a la aprobación del artículo I de la Convención en los términos del proyecto original, que se refiere a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

Sin embargo el representante de Francia dejó en claro que la aplicación retroactiva de la Convención era para ser aplicada a los nazis y, pese al retiro de las objeciones, ni Francia, ni Noruega firmaron o ratificaron la Convención de la ONU.

Por su parte Francia firmó pero no ratificó la Convención sobre la imprescriptibilidad europea de 1974, y en 1998 firmó el Estatuto de Roma que ratificó en 2000. Ambos instrumentos expresamente se oponen a la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad.

Todo esto evidencia que:

a]-Francia aceptó la imprescriptibilidad, pero limitada a los casos del nazismo, dado que estaba en vigencia el acuerdo de Londres de 1945 que no establecía en el derecho internacional, límites para la persecución de esos delitos.

⁴⁸³ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Naciones Unidas, Documentos oficiales de la Asamblea General, Vigésimo Tercer Período, Tercera Comisión, Actas resumidas de las sesiones del 25 de septiembre al 17 de diciembre de 1968, Nueva York, 1970.

Como hemos visto, a partir de 1964 la ley 64 -1326 estableció, en su derecho interno, la imprescriptibilidad de los delitos de los criminales del Eje tipificados en el Estatuto de Nuremberg, lo que resulta coherente con los fallos de la Casación previamente analizados [condena del ex nazi Barbie y otros casos de ciudadanos franceses vinculados a los crímenes del nazismo].

b]-No obstante rechazó la aplicación universal, extensiva y retroactiva de la jurisdicción de Nuremberg [absoluciones de Aussaresses y Bourdarel].

La Casación francesa con sus sentencias dejó claro que la jurisdicción y competencia no son cuestiones que puedan ser soslayadas con liviandad.

Así también lo puso de manifiesto en 2013, el Dr. Fabricio Guariglia funcionario de la fiscalía de la Corte Penal Internacional, en una entrevista para *La Nación*⁴⁸⁴ acerca de las posibilidades de intervención de la CPI ante la amenaza de un ataque a Siria por parte de los EE.UU. expresó: *Un fiscal puede actuar de oficio, pero siempre dentro del ámbito de su competencia. La CPI es una Corte con vocación de universalidad pero no es todavía una Corte universal.*

Los estados que no se suman al convenio base de la CPI –ER– quedan fuera del marco de jurisdicción de la Corte.

La jurisdicción alcanza solamente a los estados parte, que son más de 120. Más adelante agregó: la base de jurisdicción es un elemento determinante y sumamente rígido.

Cuando el criterio sobre los crímenes internacionales se despojó de la tipificación del Estatuto de Nuremberg, adquirió carácter universal y la imprescriptibilidad se afirmó exclusivamente hacia el futuro, Francia los aceptó en su código penal [1994] y ratificó el Estatuto de Roma en 1998 [guerra de Yugoslavia mediante, que a fines de 1992 registraba aproximadamente 50.000 muertos y dos millones de desplazados].

⁴⁸⁴ "Hay instancias en que el orden internacional permite el uso de la fuerza". *La Nación* 8-9-2013. Fabricio Guariglia participó en un Foro Regional Sobre Prevención del Genocidio, realizado entre el 10 y 12 de diciembre de 2008, en su condición de Jefe de Apelaciones de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, transitoriamente asignado por ICTJ a la Unidad Argentina de coordinación de causas por violaciones de derechos humanos [ver Justicia transicional Tomo II cap XI]. El Foro contó con la participación de Juan Méndez, Martín Balza, Rodolfo Matarollo, Carla del Ponte, etc.

Por lo tanto, si bien, como arguye la ministra, el texto de la Convención aparenta haber seguido la propuesta del representante de Francia y haber logrado su aprobación "luego del retiro de las objeciones", es evidente que los hechos demuestran que el estado francés no acordaba con la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad con carácter universal, sino restringido únicamente al nazismo.

Francia en otras oportunidades, también se ha expresado en favor del respeto a los límites jurisdiccionales de las normas establecidas en instrumentos internacionales.

Ello se puso de manifiesto en oportunidad de realizarse una ronda de consultas para establecer un TPI para la ex Yugoslavia.

En una carta dirigida al Secretario General de la ONU, fechada el 10 de febrero de 1993⁴⁸⁵, acompañada por el informe elaborado por un comité de expertos entre quienes se encontraba Louis Joinet, bajo el título *Competencia ratione temporis* se dijo:

76. El Comité estima al respecto que no sería razonable extender la competencia del tribunal a crímenes anteriores al período de disolución de la ex Yugoslavia y de los conflictos actuales.

Una competencia de esa índole podría difícilmente justificarse sobre la base del Capítulo VII de la carta de las Naciones Unidas, que sólo permite la creación de una jurisdicción con el objetivo de mantener o de restablecer la paz, no de sancionar crímenes antiguos.

Es evidente que pese a los esfuerzos realizados por las Naciones Unidas, la Convención sobre la imprescriptibilidad del '68 fue un rotundo fracaso.

Sobre un total de 126 estados habilitados: 58 votaron a favor [ello representa el 46%], 7 votaron en contra [dos de los cuales EE.UU. y el Reino Unido fueron signatarios del Acuerdo de Londres], 25 no votaron y 36 se abstuvieron⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ S/25266.

⁴⁸⁶ United Nations Dag Hammarskjöld Library [doc: A/RES/239 [XXIII].

Abierta a la firma en noviembre de ese año y pese a las reiteradas invitaciones de la Asamblea General para que los estados adhirieran a la Convención, en marzo de 2012 sobre un total de 193 miembros de la ONU actualmente habilitados, registra 9 firmas y 54 ratificaciones, cinco menos de los que la votaron, es decir que sólo fue ratificada por el 27% de sus miembros.

Además, de los 4 estados signatarios del Acuerdo de Londres que dio lugar al Estatuto de Nuremberg, sólo Rusia firmó la Convención de "imprescriptibilidad" y de los 19 países que adhirieron al acuerdo sólo Honduras, Polonia y Uruguay.

En otras palabras, todos los estados que firmaron o adhirieron al Acuerdo de Londres, convinieron con el enjuiciamiento a los nazis durante los procesos de Nuremberg, pero sólo 4 estados apoyaron la punición retroactiva luego de finalizar esos procesos.

A ello debe agregarse el rechazo a la Convención por parte del bloque europeo, que promulgó su propia Convención sobre la imprescriptibilidad.

Todo lo expuesto confirma que no existe consenso universal para la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los DLH.

Tampoco puede esgrimirse la existencia de una práctica estatal generalizada y en consecuencia no se puede aceptar que se está en presencia de una norma dispositiva perteneciente a la costumbre internacional, la que tampoco alcanza naturaleza de *ius cogens*.

Esto se ve ratificado por la abrumadora aceptación del principio de legalidad en el derecho Penal Internacional, en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por otra parte, para que el texto de un tratado pueda ser adoptado por los Estados Partes, el Art. 9 de la CVDT establece, salvo que el tratado fije lo contrario, que el consenso debe alcanzar al menos el 66%⁴⁸⁷ de los votos de los estados presentes y

⁴⁸⁷ Art. 9 Adopción del texto.

Inc 2: La adopción del texto en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.

Recuérdese que la Argentina se abstuvo cuando se votó el texto de la Convención de imprescriptibilidad de 1968 en el seno de la ONU.

habilitados en el caso de tratarse de una conferencia internacional [Art. 9.2]; de lo contrario se requiere el consentimiento de todos los estados participantes [Art. 9.1].

La votación tiene por finalidad cerrar la etapa de negociación entre los estados y la autenticación del texto que fija definitivamente el acuerdo de voluntades, se da con la firma de autoridades de la Conferencia o mediante la inclusión del texto del tratado en una resolución de la Asamblea General.

El Estatuto de Roma en su Art. 9, también impone la mayoría de 2/3 de los miembros de la Asamblea, para aprobar la interpretación y aplicación de los elementos del crimen que considera la Corte.

Alcanzado este punto de la génesis de un tratado, sólo resta su entrada en vigor y que los estados manifiesten su expresa voluntad de obligarse por él.

En este sentido, la Convención fue votada por 58 estados sobre un total habilitado de 126, en consecuencia no cumple con todos los requisitos legales establecidos porque le faltó el 20% para alcanzar lo exigido, por el Art. 9 la Convención de Viena –CVDT– por lo que si se pretendiera una aplicación retroactiva, la CPI rechazaría dicha pretensión por aplicación de los artículos 9 y 11 del Estatuto de Roma.

Ahora bien, en el derecho internacional la Convención es anterior a la CVDT, pero ingresaron al derecho interno argentino en orden inverso, por lo tanto el Art. 9 de la ley 19.865 que aprobó la CVDT, vigente desde el 27 de enero de 1980, debió impedir el ingreso de la Convención sobre la imprescriptibilidad en 1995, por no reunir ésta los requisitos establecidos para la aceptación de su texto, aspecto que se ha confirmado con la escasa ratificación del tratado por parte de la comunidad internacional.

En la actualidad, acuerdan con el texto de dicha Convención el 27,46% del total de los estados que integran la ONU, lo que jamás permitirá afirmar de buena fe, la existencia de una norma internacional generalizada.

Es propicio recordar que esta Convención fue firmada hace 44 años en plena Guerra Fría y con excepción de México, los otros estados signatarios en el momento de la apertura a la firma pertenecían al Pacto de Varsovia o estaban vinculados a la política

de la URSS, tal como la República Popular de Mongolia, tendencia que se mantuvo con las ratificaciones durante la década siguiente de Cuba, Albania, Nigeria, Camerún, Gambia, Guinea, Kenia, etc.

La Convención tampoco fue firmada ni ratificada por los principales países occidentales como EE.UU., Reino Unido, Francia, Italia, España, Canadá, Alemania, Suecia, Finlandia, Noruega, Holanda, Países Bajos, Brasil, Venezuela, Chile, Israel etc., lo que pondría de relieve la intención de los países del bloque soviético de responsabilizar retroactivamente a los aliados por delitos cometidos durante la IIª GM.

RATIFICACIONES A LA CONVENCIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ONU AL 2014

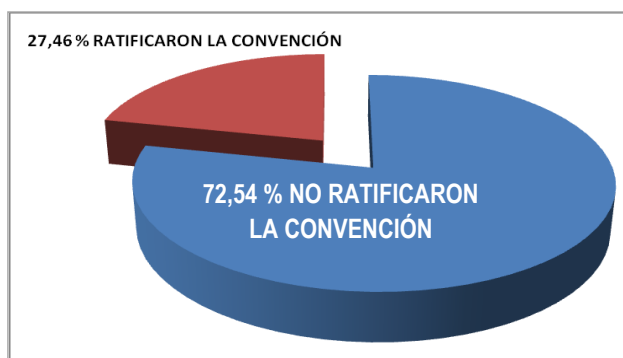


Fig. -9-⁴⁸⁸

No se puede ignorar que en tanto Rusia firmó y ratificó la Convención, los EE.UU. y el Reino Unido votaron en contra mientras Francia se abstuvo, antinomia propia de la Guerra Fría, que se evidencia en las reservas formuladas por los países titulares o afines al Bloque del Este, que reclamaban que la Convención permaneciese abierta a la firma por más tiempo para dar lugar al ingreso de todos los estados.

⁴⁸⁸ En forma gráfica se ve con claridad que la escasa ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad, confirma que ésta no es norma de *ius cogens* ni constituye derecho consuetudinario, pues en todos los casos incumple con los supuestos previstos en el Art. 53 de CVDI, en el Art. 38 del Estatuto de la CIJ, y en los Art. 9 y 11 del Estatuto de Roma.

Tal es el caso de Afganistán que se abstuvo en el momento de la votación, pero ratificó este instrumento en 1983 durante la invasión soviética [1979-1989], y presentó una reserva cuyo texto repite las mismas consideraciones formuladas por los países del bloque del este o afines al mismo: Albania, Bielorrusia, Bulgaria, Cuba, Hungría Mongolia, Polonia, Rumania, Federación Rusa, Ucrania y Vietnam⁴⁸⁹.

Afganistán, en esa reserva expresó: *Dado que las disposiciones de los Artículos V⁴⁹⁰ y VII de dicha Convención, según la cual algunos estados no pueden convertirse en una parte de la Convención, no están en conformidad con el carácter universal de la Convención, el Presídium del Consejo Revolucionario de la República Democrática de Afganistán afirma que, sobre la base del principio de la igualdad soberana de los estados, la Convención debe permanecer abierta a todos los estados*⁴⁹¹.

El hecho de que Afganistán, bajo dominación rusa, haya ratificado la Convención del '68, así como la ratificación mayoritaria de los países del bloque soviético, la ausencia notable de países de la NATO, la particularidad de que Rusia fue el único estado de los 4 signatarios del acuerdo de Londres que ratificó la Convención, y el texto de las reservas, nos lleva a concluir, a modo de hipótesis, que la conflictiva frase del Art. 1 presentada por los países del Este como un reclamo por los delitos de los nazis, tenía una segunda intención, esto es, que pudiesen ser acusados retroactivamente países como los EE.UU. por crímenes de la IIª Guerra Mundial, por acciones de guerra tales como las de Hiroshima y Nagasaki, pues no podemos olvidar que tan sólo unos años antes [1962] de la firma de la Convención, se había producido la crisis entre EE.UU. y Rusia por los misiles instalados en Cuba y estaba en pleno desarrollo la guerra de

⁴⁸⁹ En 1955 se creó el Pacto de Varsovia que abarcaba los estados socialistas de Europa del Este, integrado por la URSS, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, República Democrática de Alemania, Bulgaria, Albania y Yugoslavia. El Pacto sobrevivió hasta los '90 oportunidad en que Gorbachov reemplazó la doctrina Brezhnev por la "doctrina Sinatra" y los países integrantes del pacto pudieron optar libremente.

⁴⁹⁰ Los artículos V y VII establecen el período en que la Convención se mantiene abierta a la firma y los estados que pueden firmarla.

⁴⁹¹ *Since the provisions of articles V and VII of the said Convention, according to which some States cannot become a party to the Convention, are not in conformity with the universal character of the Convention, the Presidium of the Revolutionary Council of the Democratic Republic of Afghanistan states that, on the basis of the principle of the sovereign equality of States, the Convention should remain open to all States.*

Vietnam [1965-1975], argumentos que también están presentes en el informe de Bielorrusia previamente mencionado.

Ante tanta evidencia cabe entonces preguntarse ¿por qué la Convención de la ONU que se presume respondería a un reclamo universal, es tan poco popular en el consenso de las naciones?

Hay dos hipótesis posibles: la primera es que las naciones no acuerden con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad; la segunda es que no convengan con el texto de la Convención, en particular con dicha frase del Art. 1 que habilita confusamente la aplicación retroactiva del derecho penal.

La primera opción responde a la necesidad de introducir un elemento de reflexión en este análisis, pues no sólo va dicho que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es norma de *ius cogens* o está próxima a serlo, recogida por el DIH como regla N°160, sino que el Estatuto de Roma que declara la imprescriptibilidad de dichos crímenes goza del consenso de la mayoría de los estados, ya que –al 2014– fue firmado por 139 [72%] y ratificado por 120, sobre un total de 193 que integran la ONU.

Podemos entonces concluir que por la falta de consenso internacional –que se refleja en la escasa ratificación de la Convención debido a que convalidaría la aplicación retroactiva del derecho penal–, no alcanza a satisfacer los requisitos previstos en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para adquirir naturaleza de *ius cogens*, y por la misma razón no puede ser categorizada como costumbre internacional general, en particular porque el 25 de enero de 1974 se abrió a la firma la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes Contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, que mantiene con la Convención de la ONU una sustancial diferencia: reconoce el principio de legalidad de manera expresa aplicable a los DLH, así como su prescripción.

En su artículo 2, la Convención Europea prescribe:

Art. 2:

1. En cada Estado contratante, la presente Convención se aplicará a las infracciones después de su entrada en vigor con respecto a este Estado.

2. Se aplicará igualmente a las infracciones cometidas antes de la entrada en vigor en los casos en los que el plazo de prescripción no haya llegado todavía a su término en dicha fecha.

Como se puede observar, el tratado europeo reconoce la prescripción de los crímenes internacionales en el inc. 2, mientras que el inc. 1 reconoce la irretroactividad de su aplicación.

La redacción de la primera parte del inc. 2 establece la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, por lo tanto a primera vista parecería que los DLH del nazismo se encuentran comprendidos, sin embargo este no es el espíritu de la Convención Europea.

Es sabido que son necesarios varios años para que una convención entre en vigencia, porque se requiere la ratificación de los estados que la habilitan. En este caso, según el Art. 3, fueron necesarias las ratificaciones de tres estados, por lo tanto entró en vigencia recién el 27 de junio 2003, es decir 58 años después de la finalización de la IIª GM, en consecuencia resultó inaplicable al nazismo.

Situación que ya se planteaba al abrirse a la firma la Convención, en 1974, veintinueve años después de la finalización de la guerra, cuando los delitos de los nazis estaban prescriptos y en consecuencia no podía aplicarse retroactivamente la imprescriptibilidad de los DLH.

Por otra parte, a diferencia de la Convención de la ONU, cuyo confuso carácter retroactivo estaba dirigido a sancionar las conductas del nazismo –al remitir a la "definición" de los DLH dada en el Estatuto de Nuremberg–, el Art. 1 de la Convención Europea sobre la imprescriptibilidad remite, en cambio, a la definición de genocidio establecida en la respectiva Convención, surgida *ex post facto* [1948] para prevenir conductas análogas a las del nazismo con los judíos.

En efecto, el artículo 1 de la Convención Europea establece:

[1797] Todo Estado contratante se compromete a tomar las medidas necesarias para que la prescripción sea inaplicable a la persecución de las infracciones siguientes y a la ejecución de las penas previstas para tales infracciones, supuesto que sean punibles en su legislación nacional:

[Adviértase que subordina la punibilidad a las normas internas de cada Estado].

1. Los crímenes contra la humanidad previstos por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En esa época, en el mundo existieron otras conductas⁴⁹² susceptibles de ser calificadas como genocidio, sin embargo no se condenó por este delito hasta entrada la década del '90 en Ruanda. En consecuencia, era evidente que la Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los DLH no fue establecida para su aplicación retroactiva al nazismo.

Esta Convención es la expresión positiva de la disidencia de los países europeos ante la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, ratificando lo expresado en la Recomendación 549 de 1969 del Consejo de Europa, cuyos considerandos 4 y 5 expresan:

*4. Tomando nota de que en la reciente votación por la Asamblea General de la ONU sobre la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, un sólo Estado miembro del Consejo de Europa [Chipre] votó a favor de esta convención, mientras que un miembro del Consejo de Europa [Reino Unido] votó en contra y todos los demás miembros del Consejo de Europa que forman parte de las Naciones Unidas se abstuvieron, no en oposición con el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, sino por causa de imperfecciones en el texto de las Naciones Unidas*⁴⁹³;

⁴⁹² La matanza de hebreos por los alemanes en 1904, la matanza de armenios por los otomanos en 1915-1916, el pogrom de judíos de Ucrania en 1919, la matanza de los hutus por los tutsi en Burundi en 1965 y 1972, la matanza de los indios achés del Paraguay antes de 1974, las matanzas llevadas a cabo por los jmeres rojos en Kampuchea entre 1975 y 1978, y las matanzas de bahá'íes en el Irán. E/CN.4/Sub.2/1985/6, pág. 10, 2 julio 1985.

⁴⁹³ 4. Constatant que lors du récent vote de l'Assemblée Générale des Nations Unies sur la Convention relative à l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, un seul Etat membre du Conseil de l'Europe [Chypre] a voté en faveur de cette convention, tandis qu'un Etat membre du Conseil de l'Europe [le Royaume-Uni] a voté contre et tous les autres Etats membres du Conseil de l'Europe qui font partie des Nations Unies se sont abstenus, non point par opposition au principe de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, mais à cause des imperfections du texte des Nations Unies;

5. Tomando nota de que la política del Comité de Ministros de esperar *los resultados del trabajo de las Naciones Unidas ha fallado, estos resultados se consideran inaceptables por casi la totalidad de los gobiernos miembros del Consejo de Europa*⁴⁹⁴;

Está claro que para los países europeos la imprescriptibilidad no se da en los mismos términos que en la Convención de la ONU y que los crímenes internacionales considerados eran los que habían sido cometidos por los nazis.

No obstante, la vinculación más clara del fin que perseguía la Convención Europea se encuentra en los considerandos de la recomendación 855 de 1979 del Consejo de Europa, relativa a la prescripción de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en los que refiere que la imprescriptibilidad está vinculada a la IIª Guerra Mundial:

[...]

9. Profundamente preocupada por el hecho de que muchos crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial siguen impunes [...]

10. Recomienda al Comité de Ministros:

i. Invitar a los gobiernos de los estados miembros a firmar y ratificar la Convención Europea de 1974 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra⁴⁹⁵;

La mayoría de los estados, particularmente los europeos, acuerdan con la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales pero privilegian el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* –NCSL–, razón por la cual no avalan

⁴⁹⁴ 5. Constatant que la politique du Comité des Ministres consistant à attendre les résultats des travaux des Nations Unies a ainsi échoué, ces résultats étant jugé inacceptables par la quasi-totalité des gouvernements membres du Conseil de l'Europe;

⁴⁹⁵ Vivement préoccupée par le fait que de nombreux crimes commis au cours de la seconde guerre mondiale sont encore impunis; [...]

10. Recommande au Comité des Ministres:

i. d'inviter les gouvernements des Etats membres à signer et à ratifier la Convention européenne de 1974 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre;

su aplicación retroactiva. Debido a ello no volcaron su apoyo masivo a la Convención de la ONU como lo hicieron con otros tratados y convenciones.

Consecuentemente, la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad no sólo no alcanza el necesario consenso⁴⁹⁶ para ser considerada norma de *ius cogens* [Art. 53 de la CVDT], sino que tampoco es norma de derecho internacional consuetudinario de carácter general [Art. 38 del Estatuto de la CIJ], porque existe la expresa oposición del Consejo de Europa, reflejada en el considerando 7 de la resolución 401/69 relativa a la prescripción de los crímenes contra la humanidad y el texto de la convención europea de imprescriptibilidad, entre otras oposiciones.

14 | CAUSALES DE NULIDAD DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

El análisis de las cuestiones vinculadas a la Convención sobre la imprescriptibilidad, no queda exclusivamente limitado a establecer que su aplicación retroactiva no es norma de *ius cogens*, como se ha acreditado en el capítulo II: también puede fundarse razonablemente que la propia Convención es nula. Veamos los argumentos:

14.1 | INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Aunque habremos de profundizar acerca de la armonización entre el derecho internacional y el interno en el capítulo VII, es propicio recordar que el ministro Boggiano en el considerando 11 de su voto en Arancibia expresó:...[los tratados] deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos

⁴⁹⁶ Las cuatro convenciones de Ginebra, por ejemplo, donde van dadas las normas cuya violación da lugar a los crímenes que se pretenden imprescriptibles, registran 194 ratificaciones al 2014, según el CICR.

tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente...

Agregando en el considerando 16: Que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es este su ordenamiento jurídico propio.

Aquellos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional.

También en el considerando 44 del mismo fallo expresó: Que la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho.

Si así fuera, que un tratado tenga en el derecho interno jerarquía constitucional y el otro no, resultaría irrelevante, porque la incompatibilidad de los dos tratados debe resolverse según los principios del derecho internacional.

14.2 | EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD VS. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD RETROACTIVA

Es frecuente observar en las sentencias el planteo de un conflicto entre el principio de legalidad y el de imprescriptibilidad que se resuelve en favor del segundo afirmándose que el primero no es vulnerado. Sin embargo, la imprescriptibilidad no es un principio de orden general ni una norma de derechos humanos, sino una característica que se otorga específicamente y de manera convencional y excepcional a un delito determinado.

El principio de legalidad claramente establecido en el derecho internacional de los derechos humanos no puede ceder ante la imprescriptibilidad retroactiva porque:

[1]- La jerarquización constitucional de la Convención sobre la imprescriptibilidad [ratificada por 54 estados], afecta la plena operatividad del ER [ratificado por 120 estados] que trata la misma materia y es más beneficioso para los imputados, pues repudia la aplicación retroactiva de los DLH [Art. 11 y 24 del ER] y reconoce expresamente el principio NCSL [Art. 22 del ER]. Por consiguiente el principio de legalidad también está consagrado para este tipo de delitos.

[2]- Hemos visto que los tratados deben ser aplicados tal como funcionan en el ordenamiento internacional, sin embargo la jerarquización referida hace prevalecer en el derecho interno un tratado sobre otro.

Si bien el ER regula las normas para el funcionamiento de la CPI, al aprobarlo y adaptarlo al derecho interno –ley 26.200–, tiene plena operatividad para la Argentina.

Surge entonces que arbitrariamente ha sido despojado de la jerarquización constitucional para restarle categoría y facilitar la aplicabilidad de la Convención sobre la imprescriptibilidad, pues el ER es también un tratado de derechos humanos susceptible de tener jerarquía constitucional, que justamente establece las normas cuya violación ofende a la humanidad toda. Como consecuencia directa del criterio selectivo de los legisladores la imprescriptibilidad tiene jerarquía constitucional mientras que la definición del delito [dada en el ER] no goza de dicho tratamiento.

[3]- Desde el punto de vista del derecho interno tanto el ER como la Convención sobre la imprescriptibilidad deben respetar la primera parte de la CN, tal como lo establece el Art. 75 inc. 22.

El principio de legalidad, incluido en esa primera parte del texto constitucional, es jerárquicamente superior a los tratados, en el sentido que estos no pueden afectar *mala partem* los derechos allí contenidos.

Consecuentemente este principio tiene jerarquía constitucional, en cambio el instituto de la prescripción es de orden inferior al estar legislado en una ley común como el Código Penal y si bien la excepción a dicho instituto [la

imprescriptibilidad de los DLH] adquirió jerarquía constitucional con la ley 25.778 en 2003, luego de haberse aprobado el tratado que la propone, también es de orden inferior a la CN.

En este sentido el Art 75 inc. 22 de la CN, que otorga al Congreso la facultad de aprobar tratados, igualmente establece que:

a) *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

b) *Los tratados rigen: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.*

Lo visto nos permite concluir que el principio de legalidad, en el derecho interno, es jerárquicamente superior al "principio" de imprescriptibilidad, tanto sea ésta aplicada a hechos futuros como a hechos anteriores [retroactivamente] a su ratificación.

[4]- La Argentina suscribió nueve tratados internacionales que avalan la vigencia del principio de legalidad –PIDCP, CADH, CVDT, CVDTOI, Convenciones de Ginebra III y IV, PI, PII y ER– de los cuales dos, PIDCP y CADH tienen jerarquía constitucional.

Además, ningún tratado puede derogar o menoscabar el principio de legalidad incluido en el derecho interno en el Art. 18 de la primera parte del texto constitucional, [ratificado en los Arts. 27, 31 y 33 de la misma], el Art. 75 inc. 22 que incorpora los tratados de derechos humanos previamente referidos con jerarquía constitucional la ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma para la C.P.I. y expresado como reserva de la Argentina al momento de la firma tanto del PIDCP como la CADH.

Por contraparte la aplicación retroactiva del "principio" de imprescriptibilidad de los DLH se encuentra en un único tratado [Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU], según la interpretación de la CSJN que confusamente la avala.

En consecuencia no existe razón suficiente para justificar la violación al principio de legalidad aunque se trate de crímenes internacionales.

14.3 | EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO NORMA DE IUS COGENS NULIFICA LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

14.3.1- LA NATURALEZA DE IUS COGENS DEL PRINCIPIO NCSL

El carácter imperativo del principio de legalidad es observable de diferentes modos:

- El ex juez de la Corte IDH Cançado Trindade, en el voto razonado del caso Masacre de Pueblo Bello versus Colombia⁴⁹⁷ afirmó: *No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo [perteneciendo al jus cogens], y acarrear obligaciones erga omnes de protección.*

- También la Corte IDH en la opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 solicitada por México, sostuvo:

...el jus cogens no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del jus cogens se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos.

El jus cogens se ha manifestado, también, en el derecho de la responsabilidad internacional de los estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente

⁴⁹⁷Sentencia del 31.01.2006.

que todos los estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna...

El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y esta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración.

Más adelante agrega: La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales⁴⁹⁸.

La Comisión IDH ha expresado: los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana tienen el propósito de afirmar que todas las disposiciones en materia de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales están comprendidas dentro del principio de ius cogens⁴⁹⁹.

• Asimismo el ministro Boggiano en el caso "Arancibia Clavel", considerando 11, dijo:... los derechos básicos de la persona humana son considerados de ius cogens, esto es, normas imperativas e inderogables de derecho internacional consuetudinario.

⁴⁹⁸ Las decisiones plasmadas en una sentencia por parte de la Corte Interamericana tienen carácter vinculante para todos los estados que han reconocido la competencia contenciosa de este órgano judicial. Las opiniones consultivas, como las de otros tribunales internacionales, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la CADH. Ver, Corte IDH [1982].

⁴⁹⁹ Caso Roach y Pinkerston contra Estados Unidos y Michael Domínguez contra EE.UU. Casos de menores condenados a muerte. Pese a la oposición de uno de los miembros de la Comisión, ésta dejó establecido que el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y *conditio sine qua non* para el goce de todos los demás derechos.

Por lo tanto, la Comisión considera que tiene la obligación aún mayor de garantizar que toda privación de la vida que se proponga perpetrar un Estado miembro de la OEA por la vía de la pena de muerte cumpla estrictamente con los requisitos de los instrumentos de derechos humanos interamericanos aplicables, incluida la Declaración Americana.

[Barcelona Traction Lights and Power Company LTD, ICJ, report 1950 - 1970, pág. 32, párrafo 33].

- En la 51ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional, al momento de presentar el *Report of the working on jurisdictional immunities of states and their property*, se dijo:⁵⁰⁰ *la inmunidad debe ser denegada en caso de muerte o daños personales derivados de actos de un Estado en violación de normas de derechos humanos dotadas de naturaleza de ius cogens*.

- También el ministro Zaffaroni, en su voto en el caso "Simón" considerando 25 reconoce el actual carácter de *ius cogens* de la DUDH y consecuentemente del principio NCSL [cfr. *supra* Cap. III]: *...En el plano universal sólo existía la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento fundamental pero realmente débil en ese momento, pues la aceptación de su consideración como derecho imperativo ["ius cogens"] es muy posterior a los primeros años de la posguerra.*

Independientemente que el principio de legalidad haya adquirido naturaleza de *ius cogens*, por tratarse de una norma de derechos humanos, es palmario que reúne per se los requisitos que la CIJ observa para reconocerlo como costumbre internacional de carácter general. Si bien en 1968 el principio de legalidad ya contaba con suficientes antecedentes para ser reconocido como norma de *ius cogens*, hoy no presenta duda.

Por lo tanto en una u otra circunstancia, dicho principio se opone y anula por incongruencia la imprescriptibilidad retroactiva de los DLH, dada exclusivamente en el texto del primero de los tres tratados internacionales que positivizaron tal característica:

- [1]- 1968- Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU, retroactiva según la jurisprudencia de la CSJN en los casos "Arancibia Clavel" y "Simón".
- [2]- 1974- Convención sobre la imprescriptibilidad del CE, no retroactiva–.
- [3]- 1998- Estatuto de Roma no retroactivo–.

⁵⁰⁰ Doc A/CN.4/L.576,p.56, del 6 de julio de 1999.

Como se puede apreciar, en el derecho internacional la imprescriptibilidad de los DLH es reconocida convencionalmente en tres tratados y sólo en uno [Convención de la ONU], para alguna interpretación forzada, sería retroactiva.

14.3.2 | INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN LOS QUE SE
CONSAGRA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El siguiente cuadro permite ver gráficamente los instrumentos internacionales más importantes en los que ha sido expresamente reconocido el principio de legalidad a lo largo del tiempo, cuyo detalle se ha referido en el capítulo III.

PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
QUE RECONOCEN EXPRESAMENTE
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

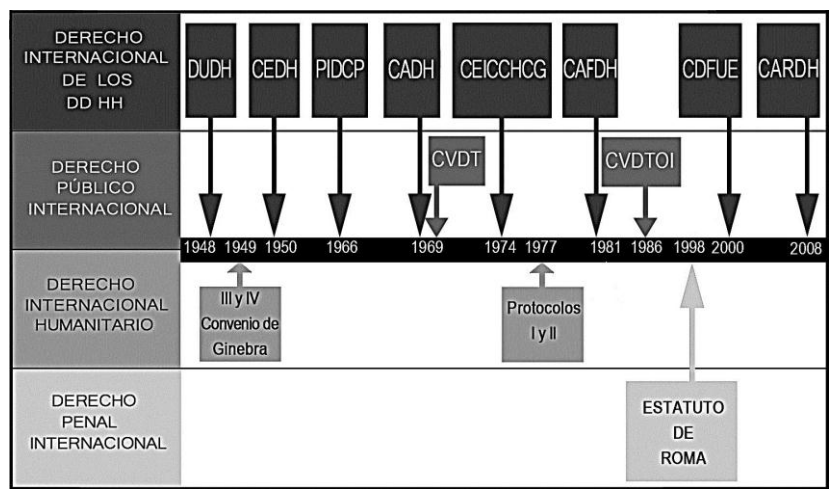


Fig. -10-⁵⁰¹

⁵⁰¹ En este gráfico, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue consignada como CADH, mientras que el acrónimo CAFDH se reservó para la Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos [1981] y CARDH para la Carta Árabe de Derechos Humanos.

Tal como se observa en la figura anterior, este principio ha sido positivizado en 16 instrumentos internacionales que incluyen desde pactos de derechos humanos a convenciones internacionales.

Es un principio fundacional del derecho penal y garantía de la seguridad jurídica que establece límites a la voluntad punitiva estatal, y ha sido consagrado por la comunidad internacional como derecho humano universal.

Cumple además, con las previsiones de la segunda parte del Art. 53⁵⁰² de la CVDT alcanzando naturaleza de *ius cogens*, su abrumadora presencia convencional internacional cuenta con *opinio juris* favorable sin oposición manifiesta y es evidente la preocupación de los estados por evitar su violación.

Inclusive suele incluirse como una norma fundamental en las constituciones de los estados. En consecuencia, el respeto a este principio constituye una práctica estatal uniforme, extensa y representativa generalmente aceptada como derecho de antigua data y por lo tanto, fácilmente reconocible como derecho consuetudinario internacional.

Como ningún otro principio del derecho, el de legalidad es norma positiva del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Penal Internacional, del Derecho Internacional de Derechos Humanos, del Derecho Público Internacional y también, como hemos mencionado, del derecho interno de los estados.

En consecuencia, el principio de legalidad con anterioridad a la firma de la Convención sobre la imprescriptibilidad, ya tenía entidad suficiente para ser reconocido como una norma imperativa internacional consuetudinaria de carácter general.

La tendencia de los tribunales *ad hoc* de la ONU, que no estaban obligados por tratados de este tenor ni por un parlamento –dado que un estatuto establecía sus responsabilidades–, tenían como modelo los procesos de Nuremberg, en los que este principio fue violado.

⁵⁰² ...una norma imperativa de derecho internacional general, es una norma aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Por esta razón dichos tribunales adoptaban un criterio laxo ante los límites que impone el principio de legalidad.

No obstante, a partir de la vigencia de la Convención sobre la imprescriptibilidad europea [CEICCHCG] y del Estatuto de Roma, el derecho penal internacional asumió la definitiva vigencia del principio *NCSL* aplicable a los DLH.

Podemos afirmar entonces que, mucho antes de que se celebre la Convención sobre la imprescriptibilidad y el ER, es indiscutible la presencia en el derecho internacional del principio de legalidad como norma de *ius cogens* consuetudinaria y convencional.

14.3.3 | NULIDAD DE UN TRATADO QUE SE OPONE A UNA NORMA DE *IUS COGENS*.

Como hemos visto al tratar "Las normas de *ius cogens*" [cfr. *supra* cap. II], la Convención de Viena [CVDT] que regula en el derecho internacional del derecho de los tratados, establece en la primera parte del Art. 53 que:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Artículo que se complementa con las previsiones del Art. 64: *Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.*

Obsérvese que la norma no establece nulidades parciales de un tratado que se oponga a una norma de *ius cogens*, sino que declara nulo el tratado completo y *debe terminar*.

Por otra parte el Art. 4⁵⁰³ especifica que la CVDT:

...sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.

⁵⁰³ El texto completo del Art. 4 establece: *Irretroactividad de la presente Convención. Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.*

Antes de profundizar en este punto, es conveniente graficar la secuencia desde la apertura a la firma hasta la entrada en vigor para el derecho interno tanto de la CVDT como de la Convención sobre la imprescriptibilidad.

SECUENCIA DE CELEBRACIÓN RATIFICACIÓN Y VIGENCIA

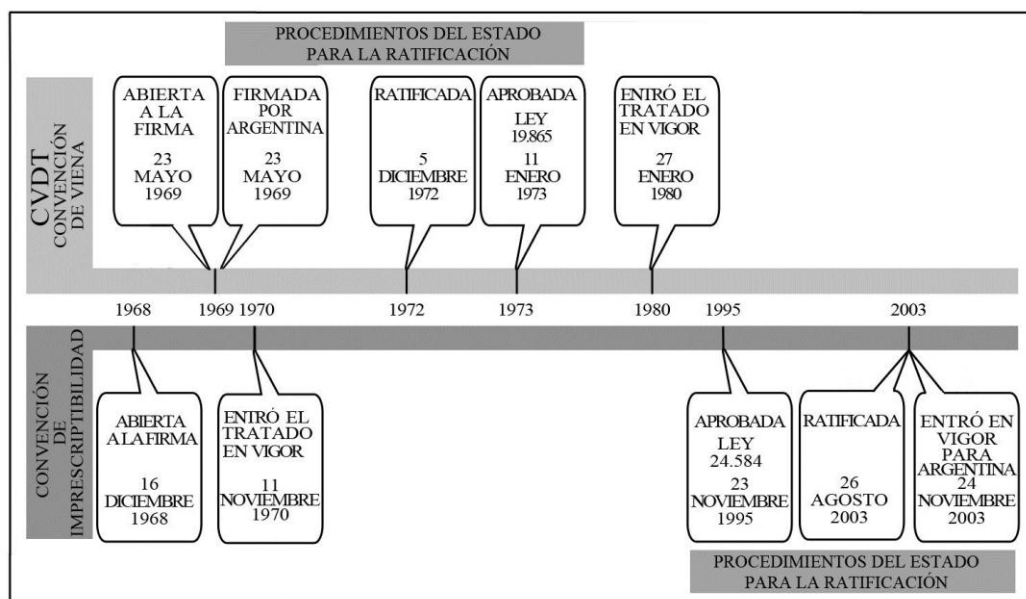


Fig. -11-

Como se observa en el gráfico, en 1968 cuando se abrió a la firma la Convención sobre la imprescriptibilidad, aún no había entrado en vigor la CVDT⁵⁰⁴ [1980] que positivizó las normas de *ius cogens* por primera vez.

Ahora bien, hay quienes interpretan que: [a] un tratado se celebra cuando el Estado se obliga, al depositar el instrumento de ratificación. En cambio, otra interpretación entiende que: [b] un tratado se celebra cuando se producen las discusiones entre las partes y se aprueba el texto definitivo que se abre a la firma.

⁵⁰⁴ Recuérdese que la CVDT fue ratificada por la Argentina el 5 de diciembre de 1972 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.

[a] Como se observa en el gráfico anterior, en el primer supuesto, la Argentina suscribió y ratificó [2003] la Convención sobre la imprescriptibilidad con posterioridad a la entrada en vigencia de la CVDT [1980], tal como lo establece el depósito al que refiere el Secretario General de la ONU, que fija como fecha de efectivización de la Convención sobre la imprescriptibilidad el 26 de agosto de 2003, según el texto del telegrama del Secretario al gobierno argentino como se verá más adelante.

En consecuencia, conforme al Art. 4 de la CVDT es aplicable el Art. 24 de esa misma Convención, que establece el momento en el que entra en vigor un tratado:

1. *Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores. [...]*
3. *Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.*

Por lo tanto, ante este primer supuesto, resulta evidente que si la Convención sobre la imprescriptibilidad se aplica a hechos anteriores a su ratificación por parte del Estado, se viola el principio de legalidad y su corolario, que también es norma de ius cogens, y prohíbe la aplicación de la ley penal retroactiva.

Condición reconocida por la CSJN en el considerando 19 de la sentencia del caso "Arancibia Clavel": ...el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. Agregando en el considerando 22:

- Que en razón de que la aprobación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" y su incorporación con jerarquía constitucional [ley 25.778] se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege.

Pese a tales afirmaciones, tal como hemos visto al analizar si la imprescriptibilidad de los DLH es norma de *ius cogens*, la Corte en contradicción a lo previamente afirmado, expresó en los considerandos 28 y 29 de la sentencia en el caso "Arancibia":

Que la Convención sobre la imprescriptibilidad sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente [ius cogens]. Por lo tanto, *no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal*, dado que la imprescriptibilidad ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

Luego agrega en el considerando 29:

-Que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era ius cogens, [...] Finalmente expresó: es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención.

Como vemos la CSJN, reconoce que al analizar la entrada en vigencia de las Convenciones [considerandos 19 y 22] se viola el principio de legalidad. No obstante, cambia el eje de discusión, ya no se trata de una cuestión de fechas que habilitan o no la aplicación de las convenciones referidas, sino que la naturaleza de *ius cogens* de la imprescriptibilidad, anterior a su positivización, garantiza que dicho principio no se viole.

Sin embargo, hemos previamente visto los fundamentos por los cuales la imprescriptibilidad de los DLH no puede considerarse norma de *ius cogens* anterior a su positivización como sostiene la Corte.

Por otra parte la ministra Argibay, entre otros, expresamente reconoció, en el caso "Simón", la aplicación retroactiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad, aspecto que se ampliará en el punto siguiente al tratar el reconocimiento estatal de la aplicación retroactiva de la ley penal.

En consecuencia, la afirmación según la cual el principio NCSL no se viola al aplicarse la Convención sobre la imprescriptibilidad, es falsa. Consecuentemente

dicho tratado deviene nulo al oponerse a una norma de *ius cogens* como el principio de legalidad.

[b] Ante el segundo supuesto, esto es que la celebración de la Convención sobre la imprescriptibilidad se produjo [1968] con anterioridad a la entrada en vigencia de la CVDT [1980], corresponde considerar la nulidad de la Convención sobre la imprescriptibilidad por oposición a una norma de *ius cogens* como el principio de legalidad, tal como lo establecen los Art.53 y 64 de la CVDT, previamente referidos.

Desde el punto de vista del derecho positivo podría argüirse que tal nulidad no puede ser considerada, porque la CVDT entró en vigor más de dos décadas después y en consecuencia por aplicación del Art. 4 de dicha Convención, ésta no alcanza a la Convención sobre la imprescriptibilidad.

No obstante, la mayoría de las normas establecidas en el articulado de la Convención de Viena pertenecían a la costumbre internacional antes de su positivización, pues se desprenden de la práctica internacional preexistente para celebrar tratados bilaterales o multilaterales entre estados, cuyo ejemplo más notorio es la positivización de las normas de *ius cogens* en la CVDT, vigentes en la costumbre internacional desde la época del derecho romano, y de particular relevancia en los países como la Argentina que reconocen la fuente "romanizadora" de su derecho, plasmado en la Constitución y la tradición jurídica de la Argentina.

Resulta absurdo mediante interpretaciones circunstanciales cambiar el curso jurídico sustancial contenido en la CN que no puede ser alterado por "Política de Estado" alguna, si no es por los medios que la propia Constitución establece en el Art. 30.

La preexistencia de normas consuetudinarias positivizadas en esta Convención también se observa en la sección segunda de la CVDT [Art. 19 a 23], referida a la práctica de las reservas, que un Estado puede interponer al momento de obligarse por un tratado internacional.

Tal como ocurre con el caso de la reserva formulada por Guatemala al momento de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, once años antes que la CVDT entrase en vigor y positivizase las reservas a los tratados, entre otros numerosos ejemplos.

Lo expresado en el capítulo III, con relación al principio de legalidad, ratifica la naturaleza de *ius cogens* del mismo, en consecuencia, independientemente del momento en que haya ocurrido su positivización en el derecho internacional, el carácter imperativo de las normas de *ius cogens*, tal como hemos visto [Art. 53 y 64 de la CVDT], enerva todo tratado que se le oponga, pues de lo contrario la norma perdería su imperio y autoridad, en consecuencia este tipo de normas no podrían reconocerse a lo largo de la historia.

Sin embargo las normas imperativas pueden incluso distinguirse en el Derecho Romano que desde su origen tiene contenido universal, tal como puede apreciarse, en gran parte, en el Digesto según la obra de Paulo, Ulpiano, Modestino y Papiniano.

Por lo tanto los Arts. 53 y 64 de la CVDT, referidos a las normas de *ius cogens*, no hacen otra cosa que positivizar la costumbre internacional preexistente.

En consecuencia cuando la CSJN, en el caso "Arancibia Clavel" expresó las opiniones previamente referidas, a las que debe agregarse que: las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario⁵⁰⁵, también habilitó la nulidad de la aplicación retroactiva de la Convención de la ONU por oposición a una norma fundamental de derecho internacional general con naturaleza de *ius cogens*, [principio de legalidad], de carácter consuetudinaria, observable como una práctica uniforme, extensa y representativa de los estados.

Principio taxativamente incluido en tratados internacionales y en las constituciones nacionales de los estados, tal como se verifica para la Argentina, en el Art. 18 de la CN que ningún tratado puede menoscabar por estar instaurado en la primera parte de la misma [Art. 75 inc. 22, reforzando la norma del Art. 27].

⁵⁰⁵ El considerando 38 del voto de la mayoría del caso "Arancibia Clavel" establece: *Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el Art. 62 inc. 2° en función del Art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro "Arancibia Clavel", por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" [leyes 24.584 y 25.778].*

Por lo tanto el derecho interno como el derecho internacional consagran la vigencia del principio NCSL como norma de *ius cogens* que impide la aplicación retroactiva de la ley penal y torna nulo el tratado que se le oponga.

En otras palabras, la CSJN al darle operatividad al derecho consuetudinario para otorgar validez retroactiva a la imprescriptibilidad de los DLH, positivizada en la Convención de la ONU, también habilitó la nulidad de esta Convención.

En definitiva, la aplicación retroactiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad –según la interpretación de la CSJN–, debió ser considerada materia no aplicable en el derecho interno, en el momento mismo en que se advirtió su oposición a una norma de *ius cogens*.

Consecuentemente, la opinión de los juzgadores vertida en una sentencia, afirmando que al aplicar la Convención sobre la imprescriptibilidad para hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, no se viola el principio de legalidad, –conforme al considerando 28, del fallo de la CSJN en el caso "Arancibia" que se cuestiona a lo largo de esta obra–, corre el riesgo de incurrir en la conducta reprimida en el Art. 248 del CP y constituirse en el mal desempeño de la función.

14.4 | INCOMPATIBILIDAD DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE TRATAN LA MISMA MATERIA

Como obra en el capítulo IV, el Estatuto de Roma, por su extensión y amplitud en el desarrollo de la normativa referida a la persecución de los crímenes internacionales, incluye en su texto las prescripciones previstas en el Estatuto de Nuremberg, en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968 de la ONU, y las de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, así como el delito de *apartheid*.

Resulta palmario que trata la misma materia que la Convención sobre la imprescriptibilidad, esto es, que los crímenes internacionales no prescriban.

La Convención de la ONU no tipifica los DLH ni el de genocidio; sólo remite a las definiciones de otros tratados como el Estatuto de Nuremberg o la Convención para la sanción del delito de genocidio. Es entonces evidente que el Estatuto de Roma que lleva en su texto la tipificación expresa de estos delitos, los torna imprescriptibles y con tendencia a su aplicación universal, despojados de su vínculo con el nazismo y del requisito del nexo con la IIª GM, incluye, supera y reemplaza a la Convención de la ONU, y a todo efecto es claramente una norma posterior.

El ER rige *per se*, sin necesidad de recurrir a otros tratados o acuerdos internacionales para definir con precisión la finalidad pretendida por los estados que discutieron y aprobaron el Estatuto, como ocurre con la Convención sobre la imprescriptibilidad, de ahí su entidad penal irrefragable y autosuficiente. Así mientras un tratado respeta el principio de legalidad, el otro –según la jurisprudencia de la CSJN– lo viola, uno realiza una afirmación dogmática al remitir a la "definición" de los DLH dada en el Estatuto de Nuremberg –que, como hemos visto, no obliga a la Argentina y vincula estos delitos a una situación de guerra–, el otro tipifica los DLH en su texto abarcando situaciones de paz o de guerra; uno tiene jurisdicción exclusiva y excluyente sobre los criminales del Eje Europeo, y el otro, el ER, es de carácter universal, entre otras incompatibilidades a las que nos referimos con mayor profundidad en el curso de este trabajo. Por lo tanto las previsiones de la Convención sobre la imprescriptibilidad establecidas en su Art. 1 se oponen a los Art.11 [competencia temporal]⁵⁰⁶, 22 [NCSL]

⁵⁰⁶ Art. 11:

1. *La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.*

2. *Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.*

En este sentido, la fiscalía de la CPI ante una denuncia realizada el 24/10/13 por inacción del Estado ante hechos, susceptibles de ser perseguidos como DLH según la doctrina de la CSJN, ocurridos en la década del '70 que implicaban al Gral. Balza respondió: *Con la información de la que se dispone actualmente, la conducta descrita en su comunicación parece haber ocurrido con anterioridad al 1 de julio de 2002. En consecuencia, como el asunto parece estar fuera de la competencia de la Corte, el Fiscal ha confirmado que no existe actualmente una base que justifique un análisis posterior. La información que ha presentado se mantendrá en nuestros archivos, y la decisión de no seguir adelante podrá ser revisada si nuevos hechos o pruebas proporcionan una base razonable para creer que las acusaciones corresponden a la competencia de la Corte. Espero que usted comprenda que dada su competencia, la Corte no puede investigar muchas acusaciones graves.* OTP-CR-385/13.

y 24 [Irretroactividad *ratione personae*] del Estatuto de Roma que las prohíbe, y en caso de violarlas puede conducir al encarcelamiento arbitrario, violatorio de las normas de derecho internacional [Art. 7 inc.1, apartado e, ER].

En el derecho interno, la Convención sobre la imprescriptibilidad adquirió por ley 25.778 del 03/09/03 jerarquía constitucional, mientras que el ER por ley 26.200 del 09/01/07, quedó plenamente operativo en el derecho interno, pero no tiene jerarquía constitucional pese a tratarse de un pacto de derechos humanos. No obstante, ambos tratados están alcanzados por la limitación del Art. 75 inc. 22 de la CN referida a la no alteración de la primera parte de ella, por tratado alguno tengan o no jerarquía constitucional. Ante tanta incompatibilidad entre dos tratados que tratan la misma materia, es razonable preguntarse cuál es el criterio jurídico que debe primar.

En términos de derecho interno hemos visto que la CVDT, aprobada por la ley 19.865 del 12 de mayo de 1972, y en vigencia desde el 27 de enero de 1980, debió impedir el ingreso de la Convención sobre la imprescriptibilidad aprobada en 1995 por no reunir los requisitos establecidos para la aceptación de su texto, aspecto que se ha confirmado con la escasa ratificación del tratado por parte de los estados.

En efecto, dado que la Convención sobre la imprescriptibilidad y el Estatuto de Roma versan sobre la misma materia, –ambos tratan la prescripción de los DLH– es oportuno recordar el artículo 30 de la CVDT, referido a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a una misma materia, establece:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103⁵⁰⁷ de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes. [...]

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también parte en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida

⁵⁰⁷ Art. 103 establece:

En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas parte en el tratado posterior: [ultraactividad positiva]

a] en las relaciones entre los estados parte en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3:

b] en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41⁵⁰⁸ y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60, ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

En consecuencia, según inc. 4 del Art. 30 de la CVDT⁵⁰⁹ es de aplicación el párrafo 3, esto es: entre el tratado anterior, –la Convención sobre la imprescriptibilidad– y otro posterior –el Estatuto de Roma– el primero sólo se puede aplicar en las “disposiciones compatibles” con el segundo, por lo que no tiene aplicación la imprescriptibilidad retroactiva, en beneficio del justiciable, pues jamás debe proceder una aplicación *mala partem*.

Seguramente a raíz de que es ilógico que un mismo Estado sea parte de dos tratados incompatibles en la misma materia, es que la CVDT no consideró esa posibilidad.

Pero ante situaciones aberrantes como lo son los juicios de venganza, la sistemática violación de normas permite la existencia de situaciones ilógicas; así es que la Argentina suscribió dos tratados que se contraponen, en cuanto a la aplicación de la

⁵⁰⁸ El Art. 41 establece los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes.

⁵⁰⁹ Obsérvese que el ER fue celebrado con posterioridad a la entrada en vigencia de la CVDT.

retroactividad o irretroactividad de los DLH y aplica el más perjudicial para el imputado que resulta, además, contrariado por ley posterior.

Además, la ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma, es posterior a cualquiera de las que aprueban, incorporan o determinan la jerarquía de la Convención sobre la imprescriptibilidad, por tanto, además de lo expresado respecto de la generalidad de países que no adhirieron e incluso votaron en contra de la Convención de la ONU de 1968.

Lo categórico para la Argentina es que la *lex posteriori derogat priori*, máxime, teniendo presente que se trata de una ley especial y de idéntica materia. Tanto el ER como la Convención sobre imprescriptibilidad fueron celebrados por el Estado argentino después de la entrada en vigor de la CVDT, [cfr. fig.-11-] en consecuencia ambos tratados están encuadrados en el Art. 4 de esta última convención. No obstante ello, podría aquí argüirse que la CVDT no alcanza a la Convención sobre la imprescriptibilidad por haberse celebrado⁵¹⁰ con anterioridad a su entrada en vigor [Art. 4 CVDT⁵¹¹] y en consecuencia no podría aplicarse el Art. 30 de CVDT, pero aún en este caso la incompatibilidad planteada entre dos instrumentos que tratan la misma materia debe ser resuelta en favor del imputado.

14.5 | UN PACTO INTERNACIONAL DESTINADO A SU EXTINCIÓN

La tardía ratificación y la presurosa jerarquización constitucional de la Convención sobre la imprescriptibilidad evidencian la necesidad de fundamentos para la justificación de la ejecución encubierta de la venganza, pues como se verá ese tratado está irremediabilmente condenado a su ocaso.

El Art. 59 de la Convención de Viena [CVDT incorporada por ley 19.865] establece:

⁵¹⁰ En este caso por celebración se interpreta el momento en que terminan las negociaciones, se aprueba el tratado y se abre a la firma.

⁵¹¹ Cfr. *supra* nota 503.

Art. 59: Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícita como consecuencia de la celebración de un tratado posterior.

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

a] se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o

b] las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

En atención a este punto, si bien es necesario que catorce estados más ratifiquen el Estatuto de Roma para estar estrictamente encuadrado en las consideraciones del Art. 59 inc.1 a], de la CVDT, todo parece indicar que no habrá futuras ratificaciones significativas a la Convención sobre la imprescriptibilidad, debido a la adhesión mayoritaria al Estatuto de Roma que la reemplaza, ya que las ratificaciones de éste, triplican el número de estados que suscribieron dicha Convención.

En realidad se torna innecesaria cualquier ratificación de un tratado anterior al ER que trata la misma materia de manera específica y no genérica, como la Convención sobre la imprescriptibilidad.

En ese sentido, desde que entró en vigor el Estatuto de Roma el 1º de julio 2002, sólo han ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad 8 estados:

ESTADOS QUE FIRMARON LA CONVENCIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DESDE QUE SE APROBÓ EL ESTATUTO DE ROMA

PERÚ	11 AGO. 2003
ARGENTINA	26 AGO. 2003

LIBERIA	16 SEP. 2005
MONTENEGRO	23 OCT. 2006
PANAMÁ	21 JUN. 2007
PARAGUAY	23 SEP. 2008
COSTA RICA	27 ABR. 2009
HONDURAS	16 AGO. 2010

Fig. -12-

Durante el mismo período el ER fue ratificado por 39 estados.

Por otra parte, es evidente que la contradicción entre ambos instrumentos internacionales crea una seria incompatibilidad en la misma materia, [Art. 59 inc. 1, apartado b. CVDT], porque *los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente*.

Quedando además en evidencia que sólo se perseguía la venganza contra los civiles y militares de los '70, pues si bien la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad estaba pendiente desde 1995, no tiene sentido obligar al Estado en 2003 ya que su destino próximo es la nulidad, en particular, luego de haberse previamente ratificado en 2001 el ER –de plena vigencia a partir de 2002–, que conceptualmente la reemplaza.

Veamos entonces cuáles son los estados signatarios de la Convención sobre la imprescriptibilidad que deberían ratificar el ER, para quedar estrictamente encuadrados en los términos del Art. 59. 1 de la CVDT.

LISTA DE ESTADOS QUE RATIFICARON LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y TAMBIÉN LOS ESTATUTOS DE NUREMBERG Y DE ROMA

En la columna correspondiente al ER no se consignan todos los estados que ratificaron ese tratado los que totalizan 120 al 2014. Sólo figuran aquellos que también ratificaron la Convención de la ONU.

	ESTADOS	ESTATUTO DE NUREMBERG	CONVENCIÓN SOBRE LA IMPREScrip. ONU- 1968	ESTATUTO DE ROMA RATIFICACIONES
1	AFGANISTÁN		SI	SI
2	ALBANIA		SI	SI
3	ARGENTINA		SI	SI
4	ARMENIA		SI	[sólo firmó] [**]
5	AZERBAIYÁN		SI	NO [**]
6	BIELORRUSIA		SI	NO [**]
7	BOLIVIA		SI	SI
8	BOSNIA		SI	SI
9	BULGARIA		SI	SI
10	CAMERÚN		SI	[sólo firmó]
11	COSTA RICA		SI	SI
12	CROACIA		SI	SI
13	CUBA		SI	NO [**]
14	REP. CHECA		SI	SI
15	COREA DEL NORTE		SI	--
16	ESTONIA		SI	SI
17	GAMBIA		SI	SI
18	GEORGIA		SI	SI
19	GHANA		SI	SI

20	GUINEA		SI	SI
21	HONDURAS	AP	SI	SI
22	HUNGRÍA		SI	SI
23	INDIA	AP	SI	NO [**]
24	KUWAIT		SI	[sólo firmó] [**]
25	KENIA		SI	SI
26	LAOS		SI	NO [**]
27	LETONIA		SI	SI
28	LIBERIA		SI	SI
29	LIBIA		SI	NO [**]
30	LITUANIA		SI	SI
31	MÉXICO		SI	SI
32	MONGOLIA		SI	SI
33	MONTENEGRO		SI	SI
34	NICARAGUA		SI	NO [**]
35	NIGERIA		SI	SI
36	PANAMÁ		SI	SI
37	PARAGUAY		SI	SI
38	PERÚ		SI	SI
39	FILIPINAS		SI	SI
40	POLONIA	AP	SI	SI
41	MOLDAVIA		SI	SI
42	RUMANIA		SI	SI
43	FED. RUSA	SI [*]	SI	NO [**]
44	RUANDA		SI	NO [**]
45	SERBIA		SI	SI
46	ESLOVAQUIA		SI	SI
47	ESLOVENIA		SI	SI
48	ST. VINCENT		SI	SI
49	MACEDONIA		SI	SI
50	TÚNEZ		SI	SI
51	UCRANIA		SI	SI

52	URUGUAY	AP	SI	SI
53	VIETNAM		SI	NO [**]
54	YEMEN		SI	SI
	TOTAL AL 10-03-14	5 de 23 [*]	54	40

Fig. -13-

Referencias de la Fig. -13- :

- [**]: Estados que deberían firmar el ER para quedar encuadrado, en los términos del Art. 59-1 de la CVDT: Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Camerún, Cuba, Corea del Norte, India, Kuwait, Laos, Libia, Nicaragua, Fed. Rusa, Ruanda y Vietnam. [total: 12].

De darse esta situación, se deberá resolver si la Convención sobre la imprescriptibilidad, y el ER, que es ley posterior y la reemplaza, se da por terminada, debido a la manifiesta incompatibilidad en la misma materia.

- [*]: Estados que firmaron el acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945.
- AP [Adhesión Posterior]: Estados que adhirieron posteriormente al Estatuto de Nuremberg [Art. 5 del Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945].

Del cuadro anterior [Fig. 13] se desprende además, que de los cuatro estados signatarios del Acuerdo de Londres que decidieron juzgar a los nazis, sólo uno [Federación Rusa] estuvo de acuerdo con la imprescriptibilidad retroactiva y ratificó la Convención de la ONU.

Por su parte, de los 19 países que con posterioridad adhirieron al acuerdo de Londres, tres ratificaron la Convención sobre la imprescriptibilidad, es decir, del total de 23 países que en el '45 apoyaron los procesos de Nuremberg, sólo cuatro ratificaron la imprescriptibilidad retroactiva de la Convención del '68; los otros 50 estados signatarios no habían participado con anterioridad en los procesos de Nuremberg.

Ello totaliza 54 estados a favor de dicha Convención, mientras que el Estatuto de Roma fue firmado [al 2014] por 139 estados y ratificado por 120.

Gráficamente la comparación puede observarse en la Fig. -14-.

ESTADOS SIGNATARIOS DE LOS DIFERENTES TRATADOS AL 2014

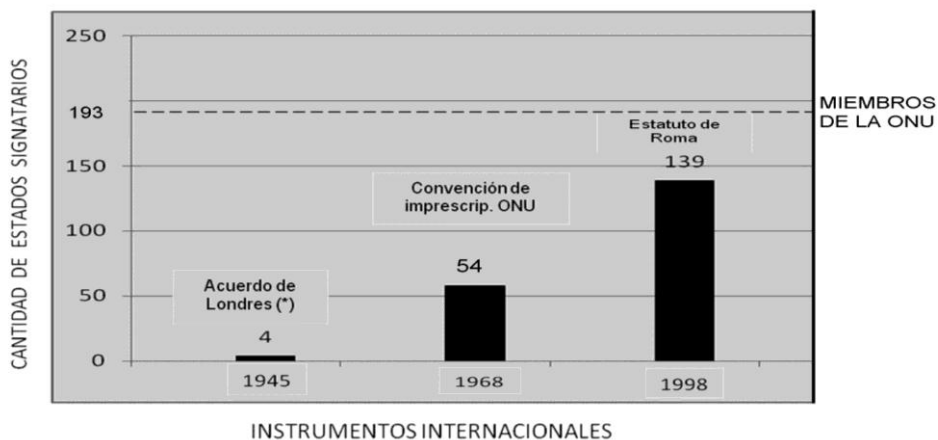


Fig. -14-

14.6 | INAPLICABILIDAD DE LA CONVENCIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ONU

No obstante la inaplicabilidad de la Convención sobre la imprescriptibilidad previamente referida, es de notar que el texto en su Art. II establece:

Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

La Convención sobre la imprescriptibilidad no fue concebida para su aplicación masiva a los agentes del Estado de baja responsabilidad, porque los DLH no fueron tipificados en el Estatuto de Nuremberg con ese fin, sino con una determinación

específica y excluyente. El Art.1 de dicho Estatuto establecía: ...*enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo*.

En consecuencia, entre la aplicación extensiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad que toma la definición de los DLH del Estatuto de Nuremberg, –la que debe ser restringida por el principio de no empleo de la analogía penal, principio medular del Derecho Penal e integrante del *ius cogens*–, y la tipificación restringida de los DLH establecida en el Estatuto de Nuremberg, sólo respecto de los "principales criminales de guerra del Eje Europeo", corresponde –debido a la ausencia de tipicidad plena– aplicar el criterio restringido de dicho Estatuto, en razón del principio jurídico *nulla poena sine lege*, por lo tanto sin ley que establezca el tipo penal no hay delito.

Se activan así las protecciones en favor del imputado que ante modificaciones en el derecho, acaecidas entre el Estatuto de Nuremberg, la Convención sobre la imprescriptibilidad y el ER. Protección específicamente establecida por la comunidad internacional para los DLH en el ER [ley 25.390 Art. 24 inc.2], presente también en el Art. 9 de la CADH y el Art. 15 del PIDCP.

Por lo tanto la Convención de la ONU, para los países que ratificaron ambos tratados⁵¹² [Estatuto de Nuremberg y Convención sobre la imprescriptibilidad], –debido a su particular competencia y jurisdicción así como la ausencia del tipo penal– torna imprescriptibles únicamente las acciones de los delitos cometidos por los principales criminales del Eje Europeo.

Por consiguiente, podría aceptarse que los estados, que firmaron el Acuerdo de Londres, tienen obligación de perseguir los delitos establecidos en el texto del Estatuto, e inclusive aquellos países de Europa que juzgaron al nazismo con sus leyes nacionales, que se volvieron imprescriptibles en 1968.

No obstante, recuérdese que los países que adhirieron no podían interferir en la aplicabilidad de la ley 10 del CC en las zonas de ocupación, [cfr. *supra* nota 431]. En el caso de los estados que no adhirieron al Estatuto de Nuremberg, ni participaron de los procesos de Nuremberg, como la Argentina, la imprescriptibilidad de los DLH

⁵¹² Federación Rusa, Honduras, India, Polonia y Uruguay. Los últimos cuatro adhirieron al Estatuto de Nuremberg, cuando se abrió a las adhesiones de la comunidad internacional.

prevista en la Convención de la ONU, simplemente no es de aplicación, entre otros fundamentos, por ausencia de tipicidad del delito y de la pena, tanto en el derecho interno como en el internacional, por no ser suscriptores del acuerdo de Londres ni pertenecer a los países afectados por el nazismo.

Debido a la aplicabilidad restringida tanto del Estatuto de Nuremberg como de la Convención sobre la imprescriptibilidad, a un criminal de guerra japonés [por ejemplo] acusado por DLH no podría aplicársele dicha Convención, porque toma la definición de los DLH del Estatuto de "Nuremberg" que los vincula al Eje Europeo.

Por el mismo motivo, tampoco puede ser aplicada a los responsables del lanzamiento de las bombas nucleares de Nagasaki o de Hiroshima atento a que ninguno de los posibles responsables perteneció a dicho Eje. Entendiendo, además, por "principales" a los de mayor responsabilidad, tal como lo demuestran las sentencias de los juicios de Nuremberg y de Tokio.

No obstante luego del juicio de Nuremberg, por aplicación de la ley 10 del CC aliado, se continuó juzgando en las cuatro zonas de ocupación en Alemania, a integrantes del nazismo de menor responsabilidad, pero la Convención de la ONU no se basa en esta ley, sino en la definición de los DLH dada únicamente en dicho Estatuto y con carácter restringido a quienes debe ser aplicado. Aún haciendo extensiva la aplicación de la definición de los DLH del Estatuto de Nuremberg a otras personas distintas a los "criminales de guerra del Eje Europeo" corresponde aplicar la Convención sobre la imprescriptibilidad únicamente a las conductas de los "principales criminales" y no como ocurre en los juicios de venganza.



*Donde hay poca justicia
es peligroso tener razón.*

Francisco de Quevedo y Villegas

Capítulo V

Nuremberg vs Roma

Su influencia en la Convención sobre la imprescriptibilidad

1 | ESTATUTO DE NUREMBERG VS ESTATUTO DE ROMA

Hemos visto que en materia penal, para que una conducta pueda ser calificada como delito, debe ser previamente descrita por una norma, cierta, estricta, escrita y previa a la comisión de la contravención; su ausencia suele expresarse con la voz latina *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege praevia*, o principio de legalidad, –desarrollado en el Capítulo III– que impide la retroactividad de las leyes penales.

Este principio constituye una garantía para los ciudadanos ante la sed punitiva del Estado y de sus agentes, quienes a partir de 2003 crearon leyes *ex post facto* para validar una venganza. La persecución penal de un ciudadano por parte del Estado,

requiere previamente que el delito haya sido tipificado de manera positiva en su legislación.

Hasta 1998 los delitos de lesa humanidad sólo habían sido definidos en el texto de estatutos para tribunales internacionales generalmente vinculados a la ONU y a conflictos armados determinados, en consecuencia tenían jurisdicción y competencia específica.

El estatuto más reciente surgido de una conferencia diplomática y vinculante para la Argentina, es el Estatuto de Roma ratificado el 8 de febrero de 2001 por nuestro país, y su texto expresamente establece que no es de aplicación retroactiva⁵¹³.

También se dijo que el tratado internacional en que se tipificaron estos delitos por primera vez fue el Estatuto de Nuremberg, que a diferencia del Estatuto de Roma no es vinculante para la Argentina y por lo tanto no fue incorporado al derecho interno, dado que se trató de una normativa para un tribunal militar integrado por las cuatro potencias vencedoras de la IIª Guerra Mundial⁵¹⁴, para juzgar expresamente los crímenes de los nazis del Eje Europeo cometidos antes y durante esa guerra.

Instrumentos de los que ni siquiera hay copia oficial en español porque así lo establecieron las potencias⁵¹⁵; en consecuencia su aplicación en el derecho doméstico viola los Art. 115; 123 y 169 2º párrafo del CPCCN y el Art. 114 del CPPN toda vez

⁵¹³ Artículo 24 – Irretroactividad *ratione personae*.

1. *Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.*

⁵¹⁴ El acuerdo del 8 de agosto de 1945 fue abierto a la firma de los estados. Entre octubre y diciembre de 1945 firmaron: Australia, Bélgica, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Países Bajos, Polonia, Serbia, Checoslovaquia, Uruguay, Venezuela. En total fueron 19 de los cuales 9 pertenecían a Europa.

⁵¹⁵ En efecto, el Art. 25 del acuerdo de Londres establece los idiomas en los que se producirán los documentos:

Article 25-All official documents shall be produced, and all court proceedings conducted, in English, French and Russian, and in the language of the Defendant.

So much of the record and of the proceedings may also be translated into the language of any country in which the Tribunal is sitting, as the Tribunal considers desirable in the interests of justice and public opinion.

que se hace referencia a dicho estatuto en un acto procesal, siendo ello causa expresa de nulidad de ese acto.

Una lógica elemental permite aseverar que si de un tratado no hay traducción al idioma nacional, jamás puede pretenderse que sea conocido y obligatorio para los nacionales de un país que no están forzados a conocer los idiomas en los que fue producido.

Cabe mencionar lo expresado por el ex secretario de DDHH y ex militante del PRT-ERP⁵¹⁶, Rodolfo Matarollo, quien reconoció que: *La primera tipificación del crimen de lesa humanidad en un instrumento de derecho penal internacional en vigor, fue la realizada en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*⁵¹⁷.

Es también oportuno agregar el reconocimiento expresado por el TIPY en la sentencia a Duko Tadic caso IT-94-1-T considerando 618:

618. *La noción de crímenes contra la humanidad como un concepto jurídico independiente, y la imputación de responsabilidad penal individual por su comisión, fue reconocida por primera vez en el Artículo 6 [c] del Estatuto de Nuremberg [anexo al Acuerdo para el enjuiciamiento y el castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo [Acuerdo de Londres] ["Estatuto de Nüremberg"]*⁵¹⁸, *que concedió al Tribunal Militar Internacional para el Enjuiciamiento de los principales Criminales de Guerra ["Tribunal de Nüremberg"] jurisdicción sobre este crimen*⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Cfr, Gorriarán Merlo, Enrique Haroldo, *Memorias de los setenta a la Tablada*, Planeta, Bs.As. 2003, pág. 465.

⁵¹⁷ Matarollo, Rodolfo, "La jurisprudencia Argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad" *Revista Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, julio 2001, pág. 62.

⁵¹⁸ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945.

⁵¹⁹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Ver el *Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*, establecido en la Conferencia de Paz de París el 25 de enero de 1919, que encontró, *inter alia*, que se habían producido violaciones a las "leyes elementales de humanidad".

Informe Majority and Dissenting Reports of American and Japanese Members of the Commission of Responsibilities [Clarendon Press: Oxford, 1919].

El término "crímenes contra la humanidad", aunque no previamente codificado, se había utilizado en un sentido no técnico, en 1915, y en declaraciones posteriores relativas a la Primera Guerra Mundial y fue insinuado en el preámbulo de la Convención de la Haya de 1907 en la llamada "Cláusula Martens".

Así, cuando los crímenes de lesa la humanidad fueron incluidos en el Estatuto de Nuremberg, a pesar de que fue el primer uso técnico del término, no se lo consideró un nuevo concepto.

*Sin embargo, una nueva categoría de delitos fue creada*⁵²⁰.

En ese mismo sentido, los Estados Unidos en 1919, mucho antes de los procesos de Nuremberg, reconocieron la existencia de "principios de la humanidad", que de alguna manera expresaban el concepto de lo que tres décadas después habrían de ser los

Ver también *Declaration of 28 May 1915 of the Governments of France, Great Britain and Russia* denunciando las masacres de la población Armenia en Turquía como "crimen contra la humanidad y la civilización" por el cual todos los miembros del gobierno turco fueron encontrados responsables junto a los agentes implicados en esas masacres, referido en Egon Schwelb, *Crimes Against Humanity*, 23 Brit. Ybk. Int'l L. 178, 181 [1946].

Ver también *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of Laws of War* 32-38 [*The United Nations War Crimes Commission: London, 1948*] [*"War Crimes Commission"*].

⁵²⁰ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Cassese, Antonio, *Violence and Law in the Modern Age*. Cambridge Polity Press, 1988, pág. 109.

618 ...*The notion of crimes against humanity as an independent juridical concept, and the imputation of individual criminal responsibility for their commission, was first recognized in article 6[c] of the Nürnberg Charter [Annex to the Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis [London Agreement] ["Nürnberg Charter"], which granted the International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals ["Nürnberg Tribunal"] jurisdiction over this crime.*

The term "crimes against humanity", although not previously codified, had been used in a nontechnical sense as far back as 1915 and in subsequent statements concerning the First World War and was hinted at in the preamble to the 1907 Hague Convention in the so-called "Martens Clause".

Thus when crimes against humanity were included in the Nürnberg Charter, although it was the first technical use of the term, it was not considered a novel concept. Nevertheless a new category of crime was created.

delitos de lesa humanidad; no obstante ello sostenían su exclusión de la persecución penal.

En efecto, la delegación de ese país que asistió a la conferencia internacional para el diseño de estrategias fiscales, dada en el interregno entre la Iª y la IIª guerras mundiales, expresó:

Las leyes y costumbres de la guerra son un cierto estándar que se encuentra en los libros oficiales y en la práctica de las naciones.

*Las leyes y los principios de la humanidad varían con el individuo, por lo cual, si no hay otra razón, deberían ser excluidos de la consideración de un tribunal de justicia, especialmente uno encargado de la administración del derecho penal*⁵²¹.

Acerca de la cuestión, el juez Antônio Augusto Cançado Trindade en su voto razonado en el caso Almonacid Arellano [26 agosto 2006] dijo:

La tipificación de los crímenes contra la humanidad es una gran conquista contemporánea, abarcando en mi entender no sólo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también el Derecho Penal Internacional, al reflejar la condenación [sic] universal de violaciones graves y sistemáticas de derechos fundamentales e inderogables, o sea, de violaciones del jus cogens.

Es evidente que el magistrado de la Corte IDH, reconoce la tipificación de los delitos de lesa humanidad, para su aplicación "contemporánea", recién con el Estatuto de Roma, pues es la única manera que abarque el Derecho Internacional de los

⁵²¹ *The laws and customs of war are a standard certain, to be found in books of authority and in the practice of nations.*

The laws and principles of humanity vary with the individual, which, if for no other reason, should exclude them from consideration in a court of justice, especially one charged with the administration of criminal law.

Memorandum of Reservations Presented by the Representatives of the United States to the Report of the Common Responsibilities [Apr. 4, 1919], Annex IIº, reprinted in Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties: Report Presented to the Preliminary Peace Conference [Mar. 29, 1919], 14 AM. J. INT'L L. 95, 134 [1920]. En Beth Van Schaack, "Crime sine lege Judicial Lawmaking at the intersection of Law and Morals", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97:119, pág. 129.

Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, ya que en 1945 estos derechos no estaban desarrollados y empezaron a surgir a partir de Nuremberg.

Los delitos de lesa humanidad tipificados en el Estatuto de Nuremberg, en este primer estadio de su evolución, estaban vinculados a la existencia de una guerra y fueron una creación *ad hoc*.

2 | LOS ESTATUTOS PARA LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES [TPI]

Durante la década del '90 y posteriormente se realizaron varios juicios internacionales celebrados por tribunales *ad hoc*, especiales o mixtos vinculados a la ONU, con competencia para la persecución penal de los máximos responsables de crímenes internacionales en: Sierra Leona –TESL–, Timor Oriental –CETL–, Camboya –SETC– Líbano –TEL–, etc.

Cada tribunal recibió un estatuto en el que estaban tipificados los crímenes y fijada la jurisdicción.

El estatuto para el tribunal internacional de Yugoslavia, por ejemplo, establece:

Art. primero:

Competencias del Tribunal Internacional

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia según las disposiciones del presente Estatuto.

Los Arts. 2 a 5 establecen los delitos, infracciones graves a la Convención de Ginebra, violaciones a las leyes o prácticas de la guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad.

Luego establece el alcance de los principios de responsabilidad individual, competencia *ratione temporis*, *ratione loci*, *ratione personae*, *non bis in idem*, etc.

Lo propio ocurre con el tribunal especial para el Líbano, en el que por un acuerdo entre ese Estado y la ONU [S/RES/1757 [2007]] en el Art. 1 de su estatuto establece la jurisdicción y competencia.

Más adelante determina el alcance de los principios del derecho penal, etc.

Art.1-Competencia del Tribunal Especial

El Tribunal Especial tendrá competencia para enjuiciar a los responsables del atentado del 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas.

Si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1° de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, o cualquier otra fecha posterior que decidan las Partes con consentimiento del Consejo de Seguridad, están conectados conforme a los principios de la justicia penal al atentado del 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares, también será competente para enjuiciar a los responsables de esos ataques.

Esa conexión podrá consistir, entre otras cosas, en una combinación de los siguientes elementos: intención de delinquir [móvil], finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, patrón de los ataques [modus operandi] y autores.

En el caso argentino, en cambio, los tribunales locales disponen de una ley que incorpora al derecho doméstico la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad tipificados en el Estatuto de Nuremberg, instrumento internacional que, como se ha dicho, no se encuentra incorporado al derecho interno.

Ahora bien, cuando un imputado enfrenta cargos en un juicio penal nacional, sabe que las normas penales con las que se habrán de juzgar sus conductas, fueron previamente dictadas y tipificadas por los representantes de la voluntad popular, respectivamente.

Esto no ocurre con los tribunales penales internacionales *ad hoc* –TPI–, que responden a un estatuto elaborado en la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, generalmente por pedido del Consejo de Seguridad donde no están representados todos los estados y rige un discriminatorio derecho de veto de los estados permanentes que institucionaliza la desigualdad entre estados.

Establecido el estatuto se designan los jueces internacionales y ellos, entre otras cuestiones, generan jurisprudencia y hasta, en ocasiones, con sus sentencias positivizan normas de *ius cogens*.

Todo este producto jurídico alimenta el derecho penal internacional y de allí –en el contexto actual– se nutren jueces nacionales generalmente proclives a las premisas del neoconstitucionalismo, en desmedro del derecho positivo.

Es decir que el procesado nacional que se encuentre sometido a juicio por hechos susceptibles de ser encuadrados como crímenes internacionales, puede ser condenado por la jurisprudencia de lejanos tribunales que desconoce, cuyos jueces no fueron nombrados constitucionalmente y con leyes que tampoco votaron los representantes del pueblo de su Estado, que se aplican por analogía.

Cada Tribunal Internacional tiene su propio Estatuto y su jurisdicción. Los delitos perseguidos son similares pero no necesariamente iguales.

El delito de *apartheid*, por ejemplo, no tuvo espacio en el Estatuto de Nuremberg y tampoco el de genocidio; sin embargo éstos fueron incorporados al Estatuto de Roma.

Los delitos perseguidos por el Estatuto de Nuremberg debían ser tratados por un Tribunal Penal Militar Internacional y estar vinculados indisolublemente a la IIª Guerra Mundial⁵²², como ocurrió con el caso Priebke.

Los tipificados en el Estatuto de Roma en cambio, fueron dados para un tribunal internacional civil [CPI] y puede o no tener un nexo con una situación de guerra.

Los DLH previstos en el Estatuto de Nuremberg contemplaban la persecución por motivos religiosos, lo que no fue incluido en el Estatuto de Tokio.

Por su parte el Estatuto para Sierra Leona incorpora como delitos de lesa humanidad el encarcelamiento, la tortura, la prostitución forzada, el embarazo forzado, el secuestro, la esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual, que no fueron tipificados en otros estatutos.

⁵²² Recuérdese que los crímenes internacionales, comienzan a separarse del nexo con la guerra recién con la Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948, es decir dos años después del juicio de Nuremberg. No obstante, los DLH experimentan un proceso más lento.

Los estatutos internacionales incluyen entre la tipificación de las conductas punibles la expresión "otros tratos inhumanos", en la que cualquier conducta, a criterio del tribunal, podría ser encuadrada en tales delitos.

Sin embargo la definición de la conducta punible establecida en cada Estatuto no es un acto estéril de la autoridad que lo establece; por el contrario, es la orientación pretendida en el acto punitivo que habrá de ejercer el Tribunal Penal Internacional.

En esto radica la diferencia convencional entre estatutos para los TPI, de lo contrario no tendría sentido enunciarla.

La punición del *apartheid*, por ejemplo, podría interesar en la Sudáfrica pre Mandela, pero no es de interés que esa conducta sea tipificada para el Estatuto de los juicios celebrados en las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, donde no existió esa conducta.

Aunque hay delitos susceptibles de ser encuadrados dentro de un mismo tipo penal, el contexto político, social y cultural, los diferencia de manera sustancial. Ello indica que cada Estatuto es dado para una jurisdicción específica y requiere de una tipificación determinada.

Esto también ocurre con el "crimen contra la paz" tipificado en el Estatuto de Nuremberg y calificado como crimen internacional supremo, pero ausente en los Estatutos para la ex Yugoslavia y Ruanda pese a tratarse de un crimen internacional.

En definitiva, cada estatuto tipifica los delitos para un Tribunal Penal Internacional específico, así como su jurisdicción y competencia, por ejemplo:

- El Estatuto de Nuremberg persigue a los *criminales de guerra del Eje* sin ubicación geográfica.
- El de Tokio persigue a los *criminales de guerra del lejano este*.
- El de Yugoslavia a los *responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario* cometidos en el territorio de Yugoslavia;

- El de Sierra Leona a los mayores responsables de violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidos en el territorio de ese país a partir del 30 de noviembre de 1996, y
- El Estatuto de Roma tiene jurisdicción de carácter universal sobre los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crimen de guerra y de agresión.

3 | EVOLUCIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A continuación un cuadro comparativo [Fig. 15] expone las características más importantes de los estatutos de diferentes TPI, donde se puede observar la evolución de la tipificación de los delitos de lesa humanidad.

Además de las definiciones de los DLH consignadas en el cuadro, se pueden agregar las propuestas en el Proyecto de Estatuto para una CPI elaboradas por la CDI en 1991 [Art. 21]; 1999 [Art. 20]; 1996 [Art. 18] la CIRCCA, el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954, etc.

Cada instrumento internacional modifica la tipificación de los DLH, en consecuencia la ausencia de taxatividad no permite concluir que existe una costumbre internacional en la tipificación de tales delitos.

No obstante lo referido, en algunos casos de los juicios de venganza el Ministerio Público argentino ha solicitado condenas por delitos de robo, asociación ilícita, apropiación de bebés, infracción de deber especial etc, fuera de toda la normativa internacional consuetudinaria o convencional, pues la comunidad internacional al momento de definir los crímenes contra la humanidad ya sea en el estatuto de Nuremberg como en el de Roma, no incluyó en su definición dichas conductas, ni tampoco los delitos conexos, aspecto que abordaremos en el tomo II.

En cuanto a la jurisdicción, en la declaración de Moscú del 30 Octubre de 1943 los aliados establecieron dos jurisdicciones, una local o nacional y otra internacional; en el primer caso acordaron que:

*Al tiempo de otorgar cualquier clase de armisticio al gobierno que fuese a ser establecido en Alemania, aquellos oficiales alemanes y hombres y miembros del partido Nazi que han sido responsables de, o hayan consentido en las atrocidades arriba indicadas, masacres y ejecuciones, serán reenviados a los países en los cuales cometieron sus abominables hechos a fin de que puedan ser juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de esos países liberados*⁵²³.

Con relación a la jurisdicción internacional, la declaración estableció: *La declaración precedente es sin perjuicio del caso de criminales alemanes cuyas ofensas no tengan una localización geográfica particular y que serán castigados por decisión conjunta del gobierno de los aliados*⁵²⁴.

La jurisdicción internacional quedó reservada para los máximos responsables cuyas órdenes se cumplieron en todos los territorios ocupados por los alemanes.

Obsérvese el carácter imperativo del castigo impulsado por los aliados, pues ya no se trata de juicio y castigo, sino directamente del castigo a los enemigos.

La jurisdicción nacional, por su parte, se reservó para los estados que juzgasen con las leyes de cada país a los nazis que actuaron en sus respectivos territorios. Esa jurisdicción también se estableció para las cuatro zonas de ocupación donde actuaron los tribunales de las potencias vencedoras, pudiendo derivar casos a los tribunales alemanes de acuerdo con lo dispuesto por la ley 10 del CC.

⁵²³ *At the time of granting of any armistice to any government which may be set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries...*

⁵²⁴ *The above declaration is without prejudice to the case of german criminals whose offenses have no particular geographical localization and who will be punished by joint decision of the government of the allies.*

EVOLUCIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE				
	1945	1945	1945	1950
	ESTATUTO DE NUREMBERG	ESTATUTO DE TOKYO	LEY 10 DEL CC	<i>Principios de NUREMBERG</i>
MÓVIL	PERSECUCIÓN A LA POBLACIÓN			
	Motivos 1- Políticos 2- Raciales 3- Religiosos	Motivos 1- Políticos 2- Raciales	Motivos 1- Políticos 2- Raciales 3- Religiosos	Motivos 1- Religiosos 2- Raciales 3- Políticos
CONTEXTO	Antes o durante la guerra	Antes o durante la guerra	El Art. 2(5) refiere exclusivamente a los hechos de la II Guerra Mundial	En conexión con cualquier crimen contra la paz o con cualquier crimen de guerra
COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN	ÚNICAMENTE PARA LOS MÁXIMOS RESPONSABLES		PARA EL RESTO DEL NAZISMO	
	Principales criminales de guerra del Eje Europeo	Principales criminales de guerra del lejano este	Personas acusadas de crímenes de guerra y otros delinquentes similares	No tienen jurisdicción
	Sin ubicación geográfica		Cuatro zonas de ocupación	
TIPOS DE DELITOS INCLUIDOS EN EL TEXTO	1- Asesinato	1- Asesinato	1- Asesinato	1- Asesinato
	2- Exterminio	2- Exterminio	2- Exterminio	2- Exterminio
	3- Esclavitud	3- Esclavitud	3- Esclavitud	3- Esclavitud
	4-Deportación	4-Deportación	4-Deportación	4-Deportación
			5- Encarcelamiento	
			6- Tortura	
			7-Violaciones	
			8- Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos	
	11- Otros actos inhumanos	11- Otros actos inhumanos	11- Otros actos inhumanos	11- Otros actos inhumanos

LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL			
1993	1994	1998	2002
ESTATUTO PARA EL TPIY (EX YUGOSLAVIA)	ESTATUTO PARA EL TPIR (RWANDA)	ESTATUTO DE ROMA	ESTATUTO PARA SIERRA LEONA
CIVIL POR:		ATAQUE SISTEMÁTICO CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL	
Cuando se hayan cometido contra la población civil	1- Nacionalidad 2- Razones políticas 3- Étnicas 4- Raciales 5- Religiosas	1- Nacionalidad 2- Razones políticas 3- Étnicas 4- Raciales 5- Religiosas	Ataque sistemático contra la población civil
Durante un conflicto armado interno o internacional	No refiere, pero la aplicación del DIH confirma la existencia de un conflicto armado	En época de paz o de guerra	Conflicto armado
RESPONSABLES INDIFERENCIADOS		QUIENES HAYAN COMETIDO DELITOS GRAVES	
Responsables de violaciones al DIH cometidos a partir de 1991	Responsables de violaciones al DIH entre 1/1/94 y 31/12/94	Crímenes más graves de trascendencia internacional (Ver Art. 5)	Delitos cometidos desde el 30/11/1996
Territorio de Yugoslavia	Cometidos en Rwanda	Universal	Territorio de Sierra Leona
1- Asesinato	1- Homicidio intencional	1- Asesinato	1- Asesinato
2- Exterminio	2- Exterminio	2- Exterminio	2- Exterminio
3- Reducción a la servidumbre	3- Esclavitud	3- Esclavitud	3- Esclavitud
4- Expulsión	4- Deportación	4- Deportación o traslado forzoso	4- Deportación
5- Encarcelamiento		5- Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional	5- Encarcelamiento
6- Tortura	6- Tortura	6- Tortura	6- Tortura
7- Violaciones	7- Violaciones	7- Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable	7- Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, otras formas de violencia sexual
8- Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos	8- Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos	8- Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la corte	8- Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos
		9- DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS	
		10- APARTHEID	
11- Otros actos inhumanos	11- Otros actos inhumanos	11- Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física	11- Otros actos inhumanos

CUADRO COMPARATIVO DE LOS ESTATUTOS DE NUREMBERG, ROMA Y DE LA CONVENCIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD

El siguiente cuadro compara las características más importantes de la Convención sobre la imprescriptibilidad y de los Estatutos de Nuremberg y de Roma, instrumentos internacionales que tratan la tipificación e imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

TRATADO	OBJETO DEL TRATADO	IMPRESCRIP TIBILIDAD	PRINCIPIO DE LEGALIDAD	DELITOS QUE PERSIGUE				
				CRIMENES DE GUERRA	LESA HUMANIDAD	GENOCIDIO	CRIMEN DE AGRESIÓN	APARTHEID
Estatuto de Nuremberg 6 de octubre de 1945	Tipifica los crímenes internacionales para juzgar a los criminales del Eje	NO REFIERE	LO VIOLA	SI	SI	NO	SI	NO
Convención de Imprescriptibilidad 26 de noviembre de 1968	Otorga imprescriptibilidad a delitos establecidos en el Estatuto de Nuremberg	LA CREA	LO VIOLA	SI	SI	SI	NO	SI
Estatuto de Roma 17 de julio de 1998	Establece los crímenes internacionales para la CPI y tipifica los delitos de lesa humanidad	MANTIENE	NO VIOLA ESTE PRINCIPIO	SI	SI	SI	SI	SI
Convención Europea de Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. 25 de enero de 1974	Otorga imprescriptibilidad a los delitos de la Convención sobre genocidio, determinados artículos de la Convención de Ginebra	LA CREA	LO VIOLA PARCIALMENTE	SI	SI Entiende el genocidio como DLH	SI	NO	NO

Fig.-16-

TRATADO	CRONOLOGIA LEGAL					
	ENTRADA EN VIGOR	FECHA FIRMA DE ARGENTINA	FECHA DE RATIFICACIÓN	INGRESO AL DERECHO DOMÉSTICO	APROBACIÓN DEL TRATADO	LEY DE IMPLEMENTACIÓN
Estatuto de Nuremberg 6 de oct. 1945	-----	NO	NO	NO	NO	NO
Convención de Imprescriptibilidad 26 de nov. 1968	11 de nov. 1970	NO	26 de agosto 2003	Ley 24.584 B.O.29/11/95	Ley 25.778 B.O.3/9/03	NO
Estatuto de Roma 17 de julio 1998	01 de julio 2002	8 de enero 1999	8 de febrero 2001	Ley 25.390 B.O.23/1/01	NO	Ley 26.200 B.O.9/1/07

Fig. -17-

TRATADO	GRADO DE ACEPTACIÓN INTERNACIONAL						ESTADO EL TRATADO AL 2012		
	Votación afirmativa	Votación negativa	Abstenciones	No votaron	Estados miembros habilitados	Cantidad de estados miembros de la ONU	Firmas	Ratificaciones	Reservas por protección al principio de legalidad
Estatuto de Nuremberg 6 de oct. 1945	Surgió por un acuerdo multi lateral	NO	NO	NO	NO	51 (1945)	Luego de la firma de las 4 potencias tuvo adhesiones de 19 estados	No tiene	No tiene
Convención de imprescriptibilidad 26 de nov. 1968	58 (43,03 %)	7 (5,55 %)	36 (28,57 %)	25 (19,84 %)	126		9 (46,66 %)	53 (27,46 %) cinco estados menos de los que votaron el tratado	2 (Perú y México)
Estatuto de Roma 17 de julio 1998	120 (81,08 %)	7 (4,72 %)	21 (14,18 %)	—	148	193 (2012)	139 (72,02 %)	120 (62,17 %)	No tiene

Fig.-18-.

4 | LA APLICABILIDAD DE LA LEY MÁS BENIGNA, NEGADA EN PERJUICIO DEL PROCESADO

Cabe preguntarse ¿por qué y para qué la Argentina depositó el instrumento de ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU en el 2003, si a todo efecto disponía del Estatuto de Roma que atiende la misma materia? La respuesta requiere darle a ese acto soberano ejecutado por un Gobierno Federal teóricamente sensible a los derechos humanos, una segunda lectura.

Si bien la Argentina firmó el Estatuto de Roma el 8 de enero de 1999, lo ratificó el 8 de febrero de 2001 y lo aprobó por ley 25.390 [BO del 23 de enero de 2001], no puede perderse de vista que consagra expresamente el principio de legalidad [Art. 11⁵²⁵ y 24⁵²⁶] al habilitar la imprescriptibilidad de los DLH [Art. 29⁵²⁷] hacia el futuro; por lo tanto no era apropiado para la política de persecución retroactiva que impulsó Kirchner.

Comparativamente, la definición de los DLH de la Convención sobre la imprescriptibilidad es menos evolucionada, remite a normativas de 1945 y está indisolublemente vinculada a conflictos armados internacionales. Por lo tanto la razón evidente por la que el gobierno impulsó la ratificación de dicha Convención, congelada durante cuarenta años, es que se haya hecho con una única finalidad: obligar internacionalmente al Estado y crearle las herramientas a la Corte Suprema

⁵²⁵ El Art. 11 del ER :

1. *La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.*

2. *Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que este haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del Artículo 12.*

⁵²⁶ Art. 24 del ER -[Irretroactividad *ratione personae*]

1. *Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.*

2. *De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.*

⁵²⁷ Art. 29 del ER.-[Imprescriptibilidad]

Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán

para que ésta pudiera proveer el fallo del 24 de agosto de 2004 en el caso "Arancibia Clavel", donde una cuestionable interpretación de la obligatoriedad imperativa [*ius cogens*] de la imprescriptibilidad, opaca el principio de legalidad reconocido por la comunidad internacional y vigente en el Art. 18 de la CN, que la Corte debe respetar como organismo custodio de dicho instituto. Pues como arguye en el considerando 28, el ministro Boggiano en ese fallo expresó: *esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad*, categoría que no se pierde en el Estatuto de Roma. No es entonces la imprescriptibilidad la verdadera razón de convertir la Convención en ley nacional con jerarquía constitucional, pues surge evidente que se obró así para forzar, aún de manera ilegal, la incorporación de la retroactividad al derecho penal interno.

FRANJA TEMPORAL DE LOS EVENTOS DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y EL ESTATUTO DE ROMA

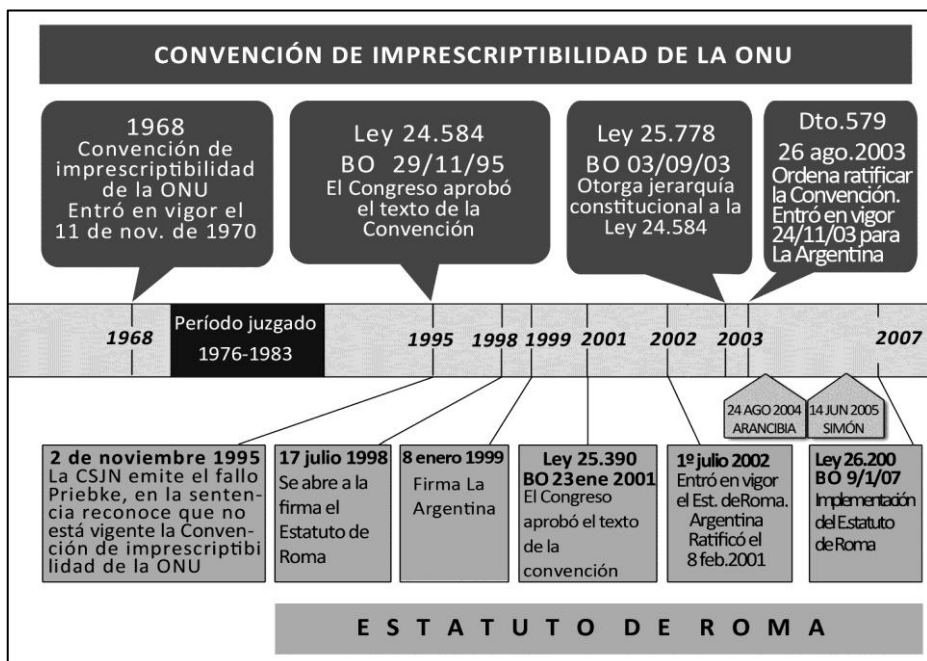


Fig.-19-

La Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU había sido aprobada en 1995 por una ley nacional, al no haberse depositado el instrumento de ratificación hasta el 2003, desde el punto de vista técnico el Estado no estaba internacionalmente obligado por dicha Convención, cuyo único propósito, como se dijo, fue establecer la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno y obligar internacionalmente al Estado por esa norma imperativa.

No obstante la ley 25.778⁵²⁸ del 20 de agosto de 2003, por la que se otorga jerarquía constitucional a dicha Convención⁵²⁹, es posterior y jerárquicamente superior a la ley 25.390 del 23 de enero de 2001, que incorpora al derecho interno el Estatuto de Roma y que no goza de rango constitucional.

Por lo tanto la ley 25.778 es más severa en perjuicio de los acusados⁵³⁰, que la ley 25.390 que no admite la imputabilidad retroactiva de estos delitos. Cabe destacar que la ley 25.778 sería pasible de ser declarada inconstitucional porque viola el Art. 30 de la CN, en tanto pretende introducir una modificación al Art. 18 de la CN, sin cumplir con el requisito de convocar a una Convención Constituyente al efecto, debido a que el último párrafo del Art. 75 inc. 22 permite al Congreso dotar de jerarquía constitucional a un tratado sobre derechos humanos, aunque antes el mismo inciso establece que los tratados con jerarquía [constitucional] no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios

⁵²⁸ Esta ley se votó de manera simultánea con la ley 25.779 por la que se declara la nulidad de leyes de “Obediencia Debida” y de “Punto Final”.

⁵²⁹ Ratificada el 26 de agosto de 2003 y publicada en el BO del 3 de septiembre de 2003.

⁵³⁰ La CSJN en el caso "SA Guillermo Mirás" [Fallos: 287:76] del 18/10/73 tiene dicho:

6] *Que es jurisprudencia de esta Corte que esa garantía comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor-leyes ex post facto-que implique empeorar las condiciones de los encausados, según ha quedado establecido como una invariable doctrina* [Fallos: 17:22,31:82,117:22,48 y 222, 133:216, 140:34, 156:48, 160:114, 169:309,184:531, 197:569, 254:116 consid 19].

7] *Que el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de “ley penal”, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva.*

de los derechos y garantías por ella reconocidos, y el inc. 24, como va dicho, permite al Congreso la incorporación de los tratados.

Ambas leyes tienen por objeto la misma materia, esto es, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; pero la ley 25.390 es más vasta y específica que la ley 24.584 elevada a rango constitucional por la referida ley 25.778 que además remite a la "definición" de los DLH establecidos en el Estatuto de Nuremberg.

No obstante, si el razonamiento considerara la variable temporal entre las leyes 24.584 y la 25.390, que introducen al derecho doméstico los DLH tipificados en el Estatuto de Nuremberg –tratado que no ha sido receptado en el derecho interno– y los delitos de lesa humanidad del Estatuto de Roma, es evidente que la ley posterior resulta más beneficiosa para los imputados, pues niega expresamente su aplicación retroactiva respetando la precedencia legal.

En cualquier caso, en los juicios que se impulsan en la Argentina se debería aplicar el Código Penal de la Nación, que en el Art. 2 impone el principio de la ley más benigna, en concordancia con el Art. 9 de la CADH o Pacto de San José de Costa Rica, y el Art. 15 inc.1 del PIDCP⁵³¹, ambos pactos de derechos humanos y como tal de *ius cogens*, con jerarquía constitucional, que obligan internacionalmente al Estado al reconocimiento y aplicación de la ley más benigna en favor del reo, cuyo texto refiere:

Art. 9 CADH [última parte]

Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En este sentido la CSJN tiene dicho que: *Cuando el Código Penal dice que se aplicará la ley más favorable si hay diferencia entre la vigente a la época de comisión del delito y la que regía a la fecha del fallo, se refiere no sólo a lo atinente con la calidad y cantidad de la pena, sino a todas las circunstancias que puedan influir en la imputabilidad y sanción...*⁵³².

⁵³¹ Esta norma también está incluida en el Estatuto de Roma Art. 24, inc. 2] *antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.*

⁵³² CSJN, 25-04-1932, "L.R.S." "Fallos: 164: 330".

Es evidente que la ratificación impulsada por Kirchner, de una Convención superada por el Estatuto de Roma en cuanto a la aceptación de su texto sin cuestionamientos⁵³³ por parte de los estados, una definición más amplia y más precisa de los delitos punibles y que no modifica la imprescriptibilidad, único fin de la Convención sobre la imprescriptibilidad, sólo tiene por objeto aplicarla como parte de un plan estatal sistemático de retroactividad de la ley penal, con fines persecutorios de personas que cumplieron funciones durante el proceso militar de los '70, con arreglo a la cuestionada frase del Art.1 que habilitaría la retroactividad penal prohibida. En este sentido, desde el punto de vista de la evolución de los DLH, el Estatuto de Roma reemplaza holgadamente al Estatuto de Nuremberg al que la Argentina no estaba internacionalmente vinculada hasta el 2003⁵³⁴, también supera a la Convención sobre la imprescriptibilidad y en términos de derecho interno, cumple con la regla *lex posterior derogat priori*.

Tal como se ha expresado, el Estatuto de Roma es la expresión actual y más acabada de la normativa internacional en lo que a delitos de lesa humanidad respecta, y la ley 26.200 de implementación de dicho estatuto en el derecho interno establece en el Art.13:

-Ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente.

El Estatuto prevé en su texto la sanción de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, que pueden ser juzgados después de su incorporación al derecho interno. Pero los hechos de los '70, susceptibles según la persecución estatal de ser encuadrados en la misma tipificación que establece el Estatuto de Roma como delitos de lesa humanidad, deben juzgarse de acuerdo con este artículo, con las normas previstas en nuestro derecho vigente, naturalmente en la época de los hechos. En este punto encontramos que los delitos de lesa humanidad en

⁵³³ Recuérdese que Estados europeos celebraron su propia Convención sobre la imprescriptibilidad.

⁵³⁴ Año en el que se deposita el instrumento de ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad.

ese tiempo no estaban incorporados al derecho interno, ni estaban positivizados en tratados internacionales de jurisdicción universal que obligaran a los estados.

Por tal irretroactividad expresa, resulta inaplicable esta categoría a los civiles y a los miembros de las fuerzas armadas, de Seguridad y Penitenciarias que actuaron por mandato constitucional [Dtos. 2770, 2771, 2772 del año '75, directiva 1/75 del Consejo de Defensa].

En síntesis, hasta 1995 –oportunidad en que se incorpora la Convención de la ONU– la Argentina no contaba con una ley susceptible de interpretarse desde la óptica de la retroactividad penal que cumpliera con los principios de ser ley *praevia, scripta, stricta y certa*⁵³⁵, para que los jueces pudiesen aplicarla a los delitos de los '70.

Luego del caso Priebke⁵³⁶ –que suele tomarse como antecedente de los delitos que se acriminan a los militares de los '70– era evidente la ausencia de tipificación en el derecho interno de los delitos vinculados al derecho de gentes, por hechos acaecidos en Italia durante la IIª GM, fuera de la jurisdicción nacional.

Solicitado por Italia por crímenes de guerra, en una polémica sentencia, fue extraditado por genocidio a cuya convención la Argentina adhirió el 5 de junio de 1956. En ese sentido el ministro Fayt, en su voto en disidencia en el caso "Arancibia Clavel" diferenció el caso de extradición del ex nazi Priebke –acusado por delitos cometidos en el extranjero y donde no se analiza el fondo de la cuestión–, y el caso "Arancibia" –por delitos cometidos en el país, en el cual los magistrados ingresaron en el fondo de la cuestión–:

44] Que, por último, corresponde aclarar que las conclusiones a las que se arribó en la causa "Priebke" [Fallos: 318:2148] no pueden extrapolarse sin más a la cuestión que se debate en el sub lite. En el mencionado precedente debía resolverse una

⁵³⁵ Lo que es reconocido en la sentencia de Priebke en el considerando 44] Que el hecho de que el legislador nacional no haya implementado "sanciones penales adecuadas" para este tipo de delitos, no empece a la vigencia de los restantes compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido sino sólo establecer, como ya se ha dicho, si su derecho de permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada.

⁵³⁶ "Priebke Erich sobre solicitud de extradición, causa n° 16.063/94", 2 de noviembre de 1995.

solicitud de extradición [que como tal era regida por el principio de colaboración internacional].

Es decir, se trataba de un supuesto de hecho muy distinto al que aquí se plantea, en tanto en el caso sub examine debe decidirse acerca de la atribución de responsabilidad penal a una persona a la que se le ha imputado la comisión de un delito en el ámbito interno de nuestro país.

En efecto, tal como señala con claridad el voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor [considerando 44] y el voto del juez Bossert [considerando 56] in re "Priebke", lo que allí estaba en tela de juicio era la vigencia de los compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición, toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, sino sólo establecer, si su derecho de permanecer en el país [Art. 14 de la Constitución Nacional] debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada. En ese caso, se explicaba que un país soberano como la República de Italia [para el que la acción no estaba prescripta en virtud de su calificación como crimen de lesa humanidad], solicitara la extradición del imputado sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar donde se había cometido.

En el mencionado precedente solamente se admitió que un tratado [al que había adherido el país requirente y cuya aplicación éste, a su vez, permitía] pudiera ser computado por nuestros tribunales a efectos de conceder una extradición.

De ese modo se cumplió con lo que la Organización de las Naciones Unidas había exhortado a los Estados no Partes de la "Convención sobre Imprescriptibilidad" a través de diversas resoluciones en cuanto a su cooperación a los fines de la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de delitos de la envergadura de los crímenes de guerra o de lesa humanidad.

El no acceder a esa petición, por lo tanto, contrariaba los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas⁵³⁷.

⁵³⁷ [Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la "Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa

Tan así es, que diversas normas que regulan actualmente cuestiones de extradición, han hecho hincapié en la observancia de los intereses del país requirente como modo de evitar con facilidad los obstáculos que presentaban causas como la aquí reseñada. A modo de ejemplo corresponde citar la nueva Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal [ley 24.767 del 16 de enero de 1997 que establece como requisito a los fines de la extradición que el delito no esté prescripto en el Estado requirente, sin importar [en base al principio de cooperación internacional] que ya hubiera prescripto en el país requerido [a diferencia de lo que sucedía con la ley 1.612].

Idéntica postura se adopta en el nuevo convenio en materia de cooperación suscripto con los Estados Unidos de América.

De este modo recupera su vigencia un antiguo principio del derecho internacional, según el cual la prescripción debe regirse en virtud del Derecho del país que solicita la entrega. [conf. Werner Goldschmidt, *La prescripción penal debe aplicarse de oficio*, ED, Tomo 110, pág. 384 y sgtes.].

Como ya se afirmó, esta particular problemática que fue materia de decisión en el precedente de Fallos: 318:2148, en modo alguno puede ser trasladada a la situación que se plantea en el sub lite, la que requiere de la elaboración de un examen novedoso, en tanto lo que aquí debe decidirse se vincula directamente con el Art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que "[n]ingún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso..." Ese es el principio que integra el orden público argentino y que no puede ser vulnerado con la aplicación de una norma sancionada *ex post facto*.

Lo expresado pone de manifiesto que el caso "Priebke" es aplicable exclusivamente a otro caso análogo de extradición. La doctrina de la irretroactividad de la ley penal sentada previamente por la CSJN en el caso "Mirás", no experimentó con el caso "Priebke" un cambio de dirección en la línea jurisprudencial, como afirman Santiago y Sabelli: *no [se trataba de] un cambio de dirección en la línea jurisprudencial, [en*

humanidad", n° 2338 [XXIII] del 18 de diciembre de 1967; n° 2583 [XXIV] del 15 de diciembre 1969; n° 2712 [XXXV] del 15 de diciembre de 1970; n° 2840 [XXVI] del 18 de diciembre de 1971].

consecuencia], *no era un precedente que impusiese inmediatamente a la Corte en "Arancibia Clavel" admitir la retroactividad de una ley penal*⁵³⁸.

Luego del episodio Priebke, a fines del 1995, el Poder Legislativo aprobó la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU de 1968 por ley 24.584. Pero el Gobierno Argentino no la ratificó hasta 2003 y como hemos visto, la Convención no contiene la tipificación de los delitos que torna imprescriptibles.

Existe una tendencia, en parte de la comunidad judicial que participa de los juicios de venganza, de evitar el análisis comparativo entre los delitos de lesa humanidad tipificados en el Estatuto de Núremberg⁵³⁹ y la tipificación de los mismos en el Estatuto de Roma⁵⁴⁰.

Si bien se trata de dos momentos de su evolución, el Estatuto de Roma para algunas autoridades judiciales parece no existir, a tal punto que los casos del nazismo tales como Finta, Barbie, Priebke, etc. y los procesos de Nuremberg, son tomados como antecedentes directos de los juicios que se celebran en la actualidad contra los agentes estatales que enfrentaron en la Argentina a las organizaciones armadas terroristas. Es evidente que en la interpretación de la CSJN y de los tribunales subordinados, los procesos de Nuremberg del '45, la Convención sobre la imprescriptibilidad del '68 y el Estatuto de Roma del '98, visto el tratamiento que le dan a cada uno de estos instrumentos, pareciera que no tratan la misma materia.

⁵³⁸ SABELLI Héctor, SANTIAGO Alfonso [H]: *Tiempo, Constitución y Ley Penal, Los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal. Relación con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, Su crisis en la jurisprudencia de la Corte suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 82.

⁵³⁹ El Estatuto de Nuremberg establece: *II- Competencias y principios generales. Artículo 6 - El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones: Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:*

⁵⁴⁰ El Art.1 del Estatuto de Roma refiere: *... La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales...*

Pero es obvio que esto no es así, ya que en todos los casos estos delitos se cometen cuando se violan masivamente los derechos de la población civil en un contexto determinado.

Desde este punto de vista, existe una continuidad en el tipo de delito que evoluciona a lo largo del tiempo, pero desde el punto de vista de la jurisdicción, los tratados muestran que los instrumentos donde los delitos de lesa humanidad están tipificados, a fines de los '40 fueron de aplicación acotada a los principales criminales del Eje Europeo y a los japoneses del lejano oriente, luego en los '90, a los conflictos armados de la ex Yugoslavia y de Ruanda, y finalmente con el Estatuto de Roma su jurisdicción, así como la competencia de la CPI, adquirieron carácter universal, dado que la Convención sobre la imprescriptibilidad no les otorga una jurisdicción diferente a la del Estatuto de Nuremberg.

En ese sentido, la ausencia de jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales con anterioridad a la década de los '90 fue reconocida por el Sr. Mikulka, representante de la República Checa [A/C.6/4B/SR.20] durante la 20ª sesión de la sexta comisión celebrada el 28 de octubre de 1993, con motivo de la implementación de la CPI, donde se analizó el informe de la CDI; allí expresó:

16. Es lamentable que el renovado interés por un tribunal penal internacional haya debido inspirarse en los trágicos sucesos acaecidos en la ex Yugoslavia, que volvieron a golpear la conciencia de la humanidad y confirmaron una vez más que la responsabilidad penal individual por los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no son sólo cosa del pasado. La comunidad internacional ha debido recurrir a un tribunal especial para someter a juicio a los autores de crímenes de guerra cometidos en la ex Yugoslavia.

Ha llegado el momento de avanzar hacia la creación de una jurisdicción permanente y universal para sancionar crímenes abominables que en el derecho interno de los estados podrían quedar impunes.

En este sentido, el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional elaborado por la CDI constituye un buen punto de partida.

En el derecho interno, una de las pocas sentencias nacionales que reconoce dicha evolución fue dada por la Cámara de Apelaciones de Tucumán el 15 de diciembre de

2004 en el caso Vargas Aignasse; dice el fallo: *Respecto al concepto de "delito de lesa humanidad" puede afirmarse que es una definición en evolución que acredita cuatro momentos decisivos:*

[I] Definición en el Estatuto de Nüremberg de 1945[...]

[II] Definición en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948: [...]

[III] Definición en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968. [...]

[IV] Definición en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 1993; en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994 y en el Estatuto de Roma de 1998.

Agrega más adelante:

Finalmente el camino evolutivo trazado sobre el concepto de crimen de lesa humanidad encuentra su punto más desarrollado en la definición normada en el Estatuto de Roma sancionado en el año 1998 con vigencia desde el 1 de julio de 2002.

También el Procurador General ha dicho en el caso "René Jesús Derecho"⁵⁴¹: *La comunidad internacional ha realizado un esfuerzo conjunto para definir, en una evolución cuyo último punto sobresaliente lo constituye el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en qué consisten los crímenes de lesa humanidad.*

La definición a la que se arribó fue no sólo el producto de arduas discusiones, sino que constituye, como se dijo, un último paso estatutario de una larga evolución histórica y legal.

Pese a lo dicho, el ministro Maqueda en su voto, en el caso "Arancibia" considerando 33, percibió una evolución de los DLH diferente: *Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre estados [enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería] ha derivado en*

⁵⁴¹ D. 1682. XL. Recurso de hecho Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal Causa 24.079, 11 de julio 2007.

la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

Es decir no cuenta las necesidades de protección de la población civil ante un conflicto armado, sino que estos delitos devienen de la punición de la piratería.

No obstante lo dicho, el reconocimiento del proceso evolutivo de los DLH marca dos tiempos claramente datables y definidos desde el punto de vista de la tipificación, la jurisdicción y el alcance de los delitos de lesa humanidad.

El problema se plantea cuando a los delitos de lesa humanidad se los pretende de aplicación universal desde el mismo momento en que fueron creados, con supuesto fundamento en la costumbre internacional, ante la ausencia de un “Código Penal Internacional” que obligue a los estados, ya que los estatutos para los TPI sólo obligan a las partes involucradas. Planteo que se aborda en el capítulo VIII.

La ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad así como el otorgamiento de la jerarquía constitucional en 2003⁵⁴², no tiene entonces otra explicación que darle un supuesto fundamento jurídico a la violación del principio de legalidad, dos años después de haberse ratificado el Estatuto de Roma que, como hemos visto, trata la misma materia que dicha Convención. En consecuencia, esta última, en la que se basan los tribunales para dictar sus sentencias⁵⁴³, es a todo efecto ley más gravosa para los imputados e hipotéticamente habilitaría la retroactividad⁵⁴⁴ de la ley penal en violación al principio de legalidad, pese al ardid de negación de violación a dicho principio esgrimido por la CSJN en sus fallos.

⁵⁴² Curiosamente, según la página web Infoleg del Ministerio de Economía, hay dos decretos del PEN que llevan el número 579/2003, uno publicado el 13 de agosto referido a la Convención sobre la imprescriptibilidad, y otro fechado el 14 de marzo de 2003 referido a una designación de personal en el MRE.

⁵⁴³ Algunos tribunales han reconocido en sus sentencias el carácter de DLH, basados en el tipo penal establecido en el Estatuto de Roma, dejando de lado las definiciones de los DLH del Estatuto de Nuremberg previstas en la Convención sobre la imprescriptibilidad.

⁵⁴⁴ Téngase presente que al Estatuto de Roma no se le otorgó jerarquía constitucional. El Estatuto de Nuremberg no está incorporado al derecho interno y la Convención sobre la imprescriptibilidad no tiene una ley de aplicabilidad, pero goza de jerarquía constitucional.

5 | LOS PRINCIPIOS DE NUREMBERG Y EL "CÓDIGO PENAL INTERNACIONAL"

Finalizados los procesos de Nuremberg la ONU decidió rescatar los principios aplicados en estos juicios, con miras a codificarlos para disponer de un instrumento penal internacional.

En noviembre de 1947, a pedido de la Asamblea General de la ONU, se elaboraron los principios de Nuremberg [Res. 177 [II°]] a cargo de la Comisión de Derecho Internacional con la participación de las cuatro potencias vencedoras [EE.UU., Rusia, Francia y el Reino Unido] y fueron aprobados por la Asamblea General en diciembre de 1950 [Res. 488] con miras a codificarlos en un estatuto para su aplicación por una corte penal internacional permanente, Res. 95[I]⁵⁴⁵.

Sin embargo pese a los intentos de la ONU de materializar dicho código, durante la postguerra, no hubo consenso internacional para su creación.

Los proyectos presentados en 1951 y 1953 no fueron aprobados y la cuestión se suspendió hasta 1957. Recién el 25 de noviembre de 1992, la Asamblea General pidió a la Comisión de Derecho Internacional que prosiga su labor por resolución 47/33. Los principios de Nuremberg que estaban destinados a ser aplicados en ese Código [Res. 177[II]] tampoco recibieron la aprobación formal de la Asamblea General, aunque fueron reconocidos por Res. 95 [I] de 1946.

El memorándum del Secretario General de la ONU [A/CN.4/5] de 1949 titulado: *La carta y el Juicio del Tribunal de Nuremberg*, refiere que el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General aprobó la resolución 95 [I] donde se confirman los principios de Derecho Internacional Público reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. En la misma sesión plenaria, la Asamblea General también adoptó otra resolución, –94 [I]– *por la cual se creó un Comité para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación, por recomendación del Presidente, los siguientes*

⁵⁴⁵En la resolución 95[I] la Asamblea General: *Da instrucciones al comité de Codificación de Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946 para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto de Nuremberg y las sentencias de dicho tribunal.*

estados fueron designados para integrarlo: Argentina, Australia, Brasil, China, Colombia, Egipto, Francia, India, Países Bajos, Panamá, Polonia, Suecia, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido, Estados Unidos de América, Venezuela, Yugoslavia. [A/CN.4/5 pág. 21].

En las discusiones dadas en el seno de este comité el representante de los Estados Unidos propuso: *Que una comisión de expertos debería ser instruida para preparar un borrador de una convención conteniendo los principios de Nuremberg. Este borrador necesita ser diferido hasta la preparación de un código general completo de los delitos contra la paz y la seguridad.* [A/CN.4/5 pág. 16].

El informe de la Subcomisión de redacción, propuso que la Comisión de Derecho Internacional debe ser invitada a preparar "un proyecto de convención de incorporación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por la sentencia de dicho Tribunal, a fin de dar a estos principios una fuerza vinculante para todos.

Como un juez del Tribunal de Nuremberg, Professeur Donnedieu de Vabres, dijo que estaba muy viva la crítica de la sentencia de Nuremberg sobre la base de que el Tribunal sólo estaba compuesto por representantes de los países vencedores⁵⁴⁶, no representan la comunidad internacional. Ni el pacto de la Liga de las Naciones ni el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha llenado este vacío. Por lo tanto, es necesario establecer un tribunal ad hoc al de Nuremberg [op. cit. pág.24]. La defectuosa composición del Tribunal, ha demostrado que es necesario establecer un tribunal criminal verdaderamente internacional.

Es evidente que EE.UU. no apresuraba la promulgación del Código, pero tampoco lo hacía Rusia cuyo representante refirió *que la enorme tarea de completar un código penal internacional necesitaría tiempo*⁵⁴⁷; ni el Reino Unido como veremos más adelante, entre otros países que se expresaron en el mismo sentido.

Las discusiones referidas *ut supra* a modo de ejemplo, evidencian que la ONU, incluida la Argentina, había aceptado que los delitos tipificados en el Estatuto de

⁵⁴⁶ A/AC.10/21, 15 May 1947.

⁵⁴⁷ A/CN.4/5 pág. 22.

Nuremberg y los principios de Nuremberg no eran vinculantes para las naciones, sin que mediase un código penal internacional al que se obligasen los estados.

La CDI en oportunidad de dar su reporte con relación al trabajo realizado en la 47ª sesión plenaria de 1995, acerca del proyecto del Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad⁵⁴⁸, expuso las razones de la demora:

1-Observaciones generales.

a] Antecedentes de la labor de la Comisión sobre el proyecto de código [...].

5. Se recordó que las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial habían llevado a la Asamblea, en 1947, a pedir a la CDI que examinase un proyecto de código al respecto y que dicho proyecto, junto con los temas conexos de la jurisdicción penal internacional y la definición de la agresión tenían una larga y tortuosa historia en el sistema de las Naciones Unidas. Asimismo se señaló que, 48 años después de la aprobación de la resolución 177 [II] de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947, en la cual la Asamblea había encargado a la CDI que preparase un código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, no podía negarse que la comunidad internacional se había esforzado por estar a la altura de las expectativas de la Asamblea, pero⁵⁴⁹ tampoco podía negarse que sus esfuerzos habían sido infructuosos hasta la fecha. Se atribuyó la lentitud con que se avanzaba en la elaboración del proyecto de código al hecho de que éste trataba de cuestiones relacionadas con una parte de derecho internacional que en los últimos 50 años se habían abordado casi exclusivamente en el Consejo de Seguridad, sobre la base de consideraciones más políticas que jurídicas.

6. En lo relacionado al objetivo del futuro código, se observó que, si bien era difícil llegar a un consenso respecto de los crímenes que habían de incluirse en él, era innegable que contribuiría a fortalecer el imperio del derecho y la lucha contra los crímenes más graves contra la paz y la seguridad internacionales.

⁵⁴⁸ A/CN.4/472.

⁵⁴⁹ Esta nota pertenece al texto original transcrito: Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 [A/50/10]. 2 Ibid., Sexta Comisión, sesiones 12ª a 25ª y 44ª.

Se expresó la opinión de que no sería fácil determinar qué hechos o actividades deberían quedar comprendidos en el ámbito del código mientras no se precisase el bien o bienes jurídicos protegidos por el futuro instrumento. Se sugirió que las disposiciones generales del código reflejaran los dos principales objetivos del código [el mantenimiento de la paz dentro de la comunidad internacional y la protección de la vida humana], y que se distinguiera claramente entre el bien jurídico protegido y los hechos o actividades que violasen el orden social, considerando que estos últimos eran crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; indudablemente habría que incluir los crímenes contra el status quo de la comunidad internacional protegido por las normas del jus cogens. A este respecto, también se expresó la opinión de que el código no debía basarse indebidamente en los tratados en vigor, pues trataba de crímenes consistentes en violaciones del jus cogens.

7. [...] también se observó que los trágicos sucesos acaecidos últimamente en la ex Yugoslavia y en Rwanda [sic] habían demostrado la necesidad de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad para que la comunidad internacional pudiera poner fin al nefasto fenómeno de la impunidad y desalentar las violaciones flagrantes de los derechos humanos cualquiera fuera el lugar y el momento en que se produjeran. Se sugirió que, para alcanzar ese objetivo, no sólo había que establecer un tribunal penal internacional sino también adoptar un código que previniese y castigase eficazmente los crímenes contra la humanidad y la civilización mundial.

Es claro que en 1995 había dudas acerca de los delitos que debía contener el código, ya que no se trataba de tomar los delitos previstos en el Estatuto de Nuremberg y codificarlos en un instrumento internacional. Ello reafirma que los crímenes internacionales habían sido considerados para circunstancias especiales y no tenían jurisdicción universal, de lo contrario huelga el comentario de la Comisión, en particular la observación acerca de las decisiones del Consejo de Seguridad, que el 25 de mayo de 1993 por resolución 827, había establecido el Estatuto para el Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia, donde se tipificaron una vez más los delitos de lesa humanidad.

En otras palabras, si hubiese existido una costumbre internacional de carácter general claramente identificable como una práctica de los estados, ninguna de las discusiones

hubiese tenido lugar pues en ese caso el código simplemente habría positivizado la costumbre.

La Comisión ya conocía las divergencias en cuanto a los crímenes que debería incluir el código. El 18 de agosto de 1953⁵⁵⁰ el presidente de la Comisión abrió la discusión acerca de las implicancias de la creación de una Corte Penal Internacional y en la oportunidad el representante de Francia dijo:

...la Corte tendría un gran papel que jugar y mucho trabajo por hacer en la prevención y el castigo de delitos “menores” y delitos internacionales pasibles de ser juzgados por tribunales internacionales, tales como el terrorismo, el tráfico de mujeres y niños, el tráfico de drogas, estupefacientes y la piratería⁵⁵¹.

El representante del Reino Unido agregó:

La función principal de la Corte, probablemente sería para juzgar a personas acusadas de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Los crímenes de guerra no eran suficientemente frecuentes como para justificar la creación de un tribunal internacional permanente, [...]...sería prematuro establecer en este momento un tribunal internacional que no lograría nada.

Con el advenimiento del *New World Order* impulsado por la ONU⁵⁵² luego de la caída del muro de Berlín, y motivados por las consecuencias de la guerra en Yugoslavia [1992] en pleno territorio europeo, se reavivaron recuerdos de la II° Guerra Mundial, agravado por los acontecimientos de Ruanda [1994] con más de quinientas mil víctimas. Fue entonces que los principios de Nuremberg fueron positivizados y tipificados en el Estatuto de Roma [1998].

⁵⁵⁰ A/AC.65/SR/21.

⁵⁵¹ *...the Court would have a great part to play and much work to do in the prevention and punishment of “minor” crimes, and international offences at present subject to domestic prosecution such as terrorism, traffic in women and children, traffic in narcotics, drugs, and piracy.*

⁵⁵² Los EE.UU. participaron activamente del cambio de paradigma y replantearon la política exterior buscando el apoyo a las democracias y la limitación del poder de las Fuerzas Armadas de Latinoamérica, por su historia de intervención en cuestiones políticas.

En la concreción de dicho Estatuto fue decisiva la acción de una importante coalición de ONGs con activa participación de Amnesty International, al tiempo que se creó la Corte Penal Internacional –CPI– con sede en La Haya y vinculada a la ONU por un acuerdo. El 17 de julio de 1998 se aprobó el Estatuto de Roma en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, y entró en vigor el 1º de julio de 2002. Este proyecto tuvo su génesis el 12 de septiembre de 1950 por resolución 489 [V] de la Asamblea General, cuando se constituyó el comité encargado de formular las propuestas para el estatuto de un tribunal penal internacional.

Como vemos son las propias potencias las que dilatan por diferentes razones, la posibilidad de concretar un “Código Penal Internacional” que contenga los crímenes internacionales.

De hecho, Bill Clinton dispuso la firma del ER pero no lo ratificó, tampoco lo hizo China, ni Israel, entre otros estados. Cuando la CPI se convirtió en un peligro potencial para las operaciones de los soldados empeñados en la guerra con Al Qaeda susceptibles de ser encuadrados en alguno de los crímenes que persigue, *el Congreso de los Estados Unidos aprobó una ley que prohibía cualquier tipo de cooperación con la Corte Penal Internacional y autorizaba la invasión a Holanda para rescatar cualquier soldado estadounidense preso por órdenes de la Corte*⁵⁵³.

6 | ACERCA DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ONU

El telegrama del Secretario General de la ONU⁵⁵⁴ dirigido a las autoridades argentinas luego de haber depositado el instrumento de ratificación de la Convención sobre la

⁵⁵³ La ley fue promulgada en agosto de 2002. MORENO OCAMPO, Luis, *Cuando el poder perdió el juicio*, Capital Intelectual, Buenos Aires 2014, pág.310.

⁵⁵⁴ [C.N.874.2003. Treaties]

imprescriptibilidad, fechado el 27 de agosto de 2003, refiere expresamente la fecha de entrada en vigor del tratado en función del Art. 8 inc. 2.

El Secretario General de las Naciones Unidas, actuando en su carácter de depositario, efectúa la siguiente comunicación:

El acto indicado más arriba se efectivizó el 26 de agosto de 2003.

*La Convención entrará en vigor para Argentina el 24 de noviembre de 2003, de acuerdo con su Artículo VIII [2] que dice: Para cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación 27 de Agosto 2003*⁵⁵⁵.

Por su parte la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en lo referente a la entrada en vigor de los instrumentos que obligan a los estados establece:

Art. 24. Entrada en vigor:

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los estados negociadores. [...]

3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.

El 3 de septiembre de 2003 entró en vigencia la ley 25.778 por la cual el Congreso otorgó jerarquía constitucional a la ley 24.584 que aprobó la Convención sobre la imprescriptibilidad en 1995, pero se había pasado por alto la ratificación de dicho

⁵⁵⁵ *The Secretary-General of the United Nations, acting in his capacity as depositary, communicates the following:*

The above action was effected on 26 August 2003.

The Convention will enter into force for Argentina on 24 November 2003 in accordance with its Article VIII [2] which reads as follows:

"For each State ratifying this Convention, or acceding to it after the deposit of the tenth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the ninetieth day after the date of the deposit of its own instrument of ratification." 27 August 2003.

instrumento internacional ante la ONU, aspecto que fue reparado por el decreto 579 del 26 de agosto de 2003. En consecuencia el tratado entró en vigencia luego de su ratificación en noviembre de 2003, tal como lo expresa la comunicación del secretario General de la ONU, anteriormente referida.

En ese sentido la Corte IDH en el caso Gomes Lund y otros [guerrilla do Araguaí] vs. Brasil sentencia del 24 de noviembre de 2010, expresó:

15- A efectos de determinar si tiene o no competencia para reconocer un caso o un aspecto del mismo, de acuerdo con el Art. 62.1 de la Convención Americana⁵⁵⁶, el Tribunal debe tomar en consideración la fecha de reconocimiento de la competencia, por parte del Estado, los términos en que el mismo se ha dado el principio de irretroactividad, dispuesto en el Art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁵⁵⁷.

Pese al reconocimiento del principio de legalidad de la Corte IDH, cuando en apelación ante la Sala II de la CNCP en la causa "ESMA 1270" se manifestó este firme argumento, el tribunal con fundamento en que: *la Convención sobre la imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional*, la extrema gravedad de los crímenes y que su sanción es un mandato elemental de justicia, expresó —en consonancia con lo sostenido por el presidente de la CSJN—: *La suma de las razones expuestas privan de virtualidad a la invocación del caso “Gomes Lund y otros [‘Guerrilha do Araguaia’] vs. Brasil” de la Corte IDH⁵⁵⁸*. Ignorando así el principio de legalidad claramente consagrado como norma de *ius cogens*, con argumentos insustanciales que se cuestionan a lo largo de esta obra.

⁵⁵⁶ Esta nota pertenece al texto original transcrito:

El Art. 62 establece: Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

⁵⁵⁷ Esta nota pertenece al texto original transcrito: *Dicha norma establece que “[l]as disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni en ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.*

⁵⁵⁸ Causa Nro. 15496 -SALA II- “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”.



*El último grado de la perversidad es
hacer servir las leyes para la injusticia.*

François Marie Atouet.
Más conocido como Voltaire

Capítulo VI

La positivización de los derechos humanos: otras formas de implementarlos

1 | LA MUTACIÓN DE CONDUCTAS VIOLATORIAS DE GARANTÍAS A DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES

A la luz de la evolución del derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no estaban positivizados ni vigentes para los magistrados internacionales de los procesos de Nuremberg, hoy resulta evidente que no es aceptable la aplicación de los métodos militares propios de actos de guerra celebrados con apariencia de juicios militares para satisfacer la necesidad punitiva de los aliados, estableciendo de antemano el sujeto pasivo propio del derecho del enemigo.

En efecto, lo acontecido en esos procesos [sentencias con penas de muerte; instauración de tribunales *ex post facto*; violación del principio de legalidad a partir de la creación de normas aplicadas retroactivamente –tales como la creación de los DLH–, aplicación de la responsabilidad penal individual por actos que antes eran imputables al Estado; falta de codificación previa de las penas, determinadas de manera arbitraria por jueces parciales por su condición de miembros de las potencias

vencedoras⁵⁵⁹ etc., debe ser motivo de profunda preocupación de todo aquel que genuinamente se interese por los derechos humanos.

Obsérvese que dos años después de haber finalizado el juicio de Nuremberg, se dio en el seno de la ONU la DUDH en la que se consagraron como derechos humanos, normas tendientes a evitar las violaciones como las perpetradas en ese juicio.

Es llamativo que fueran los aliados quienes se encargaron de elaborar el texto de la DUDH, presentado a la firma en París el 10 de diciembre de 1948, la comisión encargada de su redacción, estaba compuesta por los EE.UU. [representados por Eleanor Roosevelt], Francia, Reino Unido, Unión Soviética, Australia, China⁵⁶⁰ y Canadá.

Por cierto, es propicio recordar el Art. 30 de dicha declaración que postula:

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que *confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.*

En consecuencia, los mismos derechos violados por los aliados en Nuremberg, a partir del '48 quedaron consagrados como derechos humanos universales.

Por lo tanto, desde ese momento la aplicación del “derecho de Nuremberg” a los aliados habría sido en violación a los derechos humanos consagrados en la DUDH, pues no podemos olvidar que la bomba de Nagasaki⁵⁶¹ se lanzó 24 hs. después de la creación del derecho de Nuremberg por parte de los aliados.

⁵⁵⁹ Los jueces fueron designados por las potencias victoriosas que firmaron el acuerdo de Londres.

⁵⁶⁰ China participó del acuerdo de Moscú de octubre de 1943.

⁵⁶¹ La bomba de Hiroshima se lanzó el 6 de agosto 1945, murieron entre 66.000 y 78.000 personas. El Acuerdo de Londres fue firmado el 8 de agosto de 1945 y al día siguiente, 9 de agosto de 1945, se lanzó la bomba “Fat Man” sobre Nagasaki, donde murieron 39.000 personas. Los japoneses estimaron las víctimas en 240.000 personas. Las víctimas japonesas iniciaron una demanda contra los EE.UU. que no prosperó, caso “Shimmoda vs. The State”, 355, Harnel Jiho, 7/12/63.

Si bien la aprobación de la DUDH, Res. 217 [iii], fue un hecho de relevancia internacional, estableció bases meramente dogmáticas que inicialmente no obligaban de manera imperativa los estados, éstas inspiraron a los pactos y convenciones de derechos humanos posteriores, e incluso comenzaron a ser en, muchos casos obligatorias. En ese sentido, el 22 de abril de 1968, se celebró la Conferencia Internacional de Derechos Humanos cuyo documento final conocido como la Proclamación de Teherán, del 13 de mayo de ese año, declara en su punto 2: *La Declaración Universal de derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional.*

DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS:
CUADRO COMPARATIVO

<u>VIOLACIONES PERPETRADAS</u> TMI	<u>DERECHOS RECONOCIDOS</u> DUDH-ONU
Violaciones a los principios del derecho aceptados por las naciones.	Derechos Humanos reconocidos por la DUDH, protegen a los imputados de violaciones como las perpetradas en el juicio de Nuremberg.
El juicio de Nuremberg se celebró entre el 20 de noviembre de 1945 y el 31 de agosto de 1946.	La DUDH se aprobó el 10 de diciembre de 1948.
El Tribunal de Nuremberg fue un tribunal militar internacional [TMI] integrado por los vencedores –por lo tanto parcial– para juzgar a los	Artículo 10 de la DUDH <i>Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier</i>

vencidos.	<i>acusación contra ella en materia penal.</i>
Se condenó por delitos que no existían previamente en el derecho internacional.	Artículo 11.2 de la DUDH establece el principio de irretroactividad de la ley penal. <i>Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional.</i>
Se impuso penas de muerte y los restos de los condenados no fueron entregados a sus familiares. ⁵⁶²	Artículo 3 de la DUDH <i>Todo individuo <u>tiene derecho a la vida</u>, a la libertad y a la seguridad de su persona.</i>
Se aplicó exclusivamente a los nazis.	Artículo 7 de la DUDH <i><u>Todos son iguales ante la ley</u> y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.</i>
	COMPLETAN LAS PROTECCIONES
El TMI de Nuremberg fue un tribunal <i>ex post facto</i> .	1- La CADH establece: Art. 8.1. de la CADH <i>Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o <u>tribunal</u> competente, independiente e imparcial, <u>establecido con anterioridad por la ley</u>, ...</i>

⁵⁶² Las cenizas de los condenados a muerte fueron esparcidas en las aguas del río Isar. *Crónica Militar y Política de la II° Guerra Mundial*, Editorial Sarpe, 1978.

Las sentencias no tenían instancias de apelación.	Art. 8.2. de la CADH <i>Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:</i> <u>h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.</u>
No establece la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar.	<i>Tiene dicho la CSJN: La configuración de un delito por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe [Art. 19 CN]. De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho [Art. 18]. Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien <u>establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde.</u> [CSJN 1929 “Bonevo, Ricardo”, Fallos: 155:178].</i>

En comparación con el ER, obsérvese que en los Arts. 11, 22, 23, 24 se adoptan principios que se oponen a los establecidos en el Estatuto de Nuremberg.

2 | EL DERECHO A LA VIDA

El mismo año que se dio la Declaración Universal de los Derechos del Hombre –DUDH–, los estados americanos adoptaron la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre –DADDH– con similar orientación que la DUDH, y el derecho a la vida fue expresado como sigue en el Art. 1:

Art. 1- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Dos años después de la DUDH el 4 de noviembre de 1950, en el Consejo de Europa se dio el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Pero en Europa aun continuaban celebrándose los juicios contra el nazismo⁵⁶³ y una de las condenas era la pena de muerte.

En consecuencia la DUDH generaba incongruencias contra la aplicación del derecho de Nuremberg, por lo tanto el derecho a la vida fue redactado en el convenio europeo, que rige para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, –TEDH– de la siguiente manera:

Art. 2. Derecho a la vida.

- 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.*
- 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:*

⁵⁶³ Cfr. supra Fig.-4-, en ese cuadro se observa que 12 personas fueron condenadas a muerte luego de 1958.

- a]-En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.*
- b]-Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.*
- c]-Reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.*

Las restricciones europeas al derecho a la vida también fueron adoptadas por el PIDCP en 1966 y el artículo que protege ese derecho fue redactado como sigue:

Art. 6

- 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana.*

Este derecho estará protegido por la ley.

Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

- 2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.*

Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

- 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.*

- 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte.*

La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

- 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravedad.*

6. *Ninguna disposición de este Artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.*

También así fue adoptado por la CADH el 22 de noviembre de 1969, pese al texto de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, –DADDH–⁵⁶⁴.

Art. 4. Derecho a la Vida

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

2. *En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoria de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.*

3. *No se restablecerá la pena de muerte en los estados que la han abolido.*

4. *En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.*

5. *No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se les aplicará a las mujeres en estado de gravidez.*

6. *Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.*

⁵⁶⁴La Declaración Americana de los Derechos del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, establece sin limitaciones ni restricciones en su Art. 1 *Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*

Obsérvese que en ningún momento se prohíbe la pena de muerte, sino que por el contrario, se le otorga al Estado la potestad sobre el derecho a la vida⁵⁶⁵.

En esos términos quedó establecido dicho derecho, hasta que en el seno de la comunidad europea se redactó el Protocolo N° 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el 28 de abril de 1983, como sigue:

Abolición de la pena de muerte.

Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

No obstante se reservó en ese documento el derecho a imponer la pena de muerte en circunstancias especiales.

Artículo 2. Pena de muerte en tiempo de guerra.

Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma.

Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación que se trate.

Lo propio ocurrió en el seno de la ONU cuando se firmó el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP el 15 de diciembre de 1989, destinado a abolir la pena de muerte. En su Art.1 se estableció:

Art.1. No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.

⁵⁶⁵ En ese sentido la Asamblea General de la ONU aprobó la resolución 2393 [XXIII] del 26 de noviembre de 1968, invitando a los gobiernos para que: *a) Aseguren los procedimientos legales más estrictos y las mayores garantías posibles a los acusados en casos de pena capital en los países donde existe la pena de muerte...*

Los estados americanos celebraron el 6 de agosto de 1990 el Protocolo a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte estableciendo:

Art.1-Los Estados Partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción.

Finalmente los estados europeos adoptaron la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el 18 de diciembre de 2000, que en su Art. 2. expresa:

Art.2- Derecho a la vida.

- 1. Toda persona tiene derecho a la vida.*
- 2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.*

Esta limitación en el derecho a la vida que inicia Europa y es acompañada por los estados americanos, no fue adoptada por los estados africanos que se dieron su Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos [carta de Banjul] el 27 de julio de 1981.

En ese continente no existía la misma necesidad que en Europa, donde estaba vigente la pena de muerte aplicada en los juicios a los nazis.

En consecuencia los africanos incluyeron el derecho a la vida en los mismos términos que la DUDH y la DADDH; el Art. 4.expresa:

Art.4: Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente⁵⁶⁶.

La búsqueda de una apoyatura en los vicios de la jurisprudencia de Nuremberg con el propósito de fundar opiniones jurídicas actuales, violando los principios de derechos humanos que se consagraron tanto en el derecho internacional como en el derecho doméstico, no sólo constituye un agravio a quienes murieron ante la ausencia de esas protecciones, sino también una afrenta a todos los que lucharon en el mundo por la

⁵⁶⁶ No obstante toda la normativa internacional a favor de la abolición de la pena de muerte, a Saddam Husein se le aplicó la pena capital dispuesta por un tribunal especial iraquí y sus restos arrojados al mar, según lo informaron los medios locales e internacionales. Iraq ratificó el PIDCP el 25 de enero de 1971.

consagración de los derechos humanos, alcanzándose el más alto grado de hipocresía cuando se los viola con el pretexto de estar defendiéndolos, aunque se alegue que se trata de una excepción, dado que también existen distintos procedimientos para resolver los conflictos internos, como veremos seguidamente.

3 | OTRA FORMA DE RESOLVER LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS: EL *APARTHEID*

Antes de retomar el tema específico en estudio, es digno de mención el caso del *apartheid* en Sudáfrica, cuya solución fue muy diferente de las opiniones vertidas en los votos de los ministros de la CSJN por los casos de lesa humanidad.

Para analizarla debemos realizar una ajustada síntesis acerca de la situación de Sudáfrica a modo de introducción.

La expresión *apartheid* o distanciamiento⁵⁶⁷ surgió en la década del '40 para identificar la política de segregación racial que llevó a profundas diferencias sociales entre las etnias de blancos, asiáticos, mestizos o *coloured* y bantúes o negros, aplicada en Sudáfrica hasta la década del '90.

Esta política destinada a mantener derechos civiles y políticos diferenciados en favor de la minoría blanca, generó sangrientos conflictos durante más de treinta años.

En 1912, antes de que el *apartheid* se convirtiese en política oficial en la década del '50, se creó el Congreso Nacional Africano –CNA– para luchar por los derechos de las etnias afectadas. Uno de sus líderes sería el abogado Nelson Rolihlahla Mandela, junto a otras organizaciones como la encabezada por el Arzobispo anglicano de ciudad del Cabo, Desmond Tutu.

⁵⁶⁷ *Apartheid* significa distanciamiento en Afrikaans, lengua que deviene de los antiguos colonos holandeses.

En la década siguiente se fundó el partido *South West African People's Organization* – SWAPO– en la vecina Namibia, que en 1966 adoptó tácticas guerrilleras en contra de la política de *apartheid* del gobierno sudafricano –a cargo de la administración de ese territorio–, al que atacaba en procura de su independencia⁵⁶⁸ favoreciendo las acciones del CNA cuyo líder fue encarcelado el 5 de agosto de 1962.

Para ese entonces el CNA no era un movimiento pacífico, Mandela había optado por la clandestinidad y contaba con un brazo armado conocido como *Umkhonto We Sizwe* [lanza de la Nación].

En 1975 el Swapo instaló sus cuarteles generales en Angola, desde donde operaban las tropas angoleñas y cubanas apoyadas por la URSS contra Sudáfrica apoyada por los EE.UU.

El *apartheid* comenzó a debilitarse recién con la llegada a la presidencia, en 1989, de Frederik de Klerk. Este alcanzó un acuerdo, en noviembre de 1993, con Mandela, –quien para ese entonces estaba libre y era presidente del CNA desde 1991–, con la finalidad de instaurar una democracia igualitaria e inclusiva para todos los habitantes.

4 | LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ANTE EL DELITO DE *APARTHEID*

La política de discriminación racial y segregación, fue una preocupación permanente de la ONU desde sus comienzos.

En efecto, el 22 de junio de 1946, a raíz del trato discriminatorio que recibían los asiáticos en Sudáfrica, la India pidió que este tema se incluyera en el primer período de sesiones de la ONU.

⁵⁶⁸ Namibia había sido territorio controlado por Alemania; luego del tratado de Versailles pasó a ser colonia británica y en 1920 la Sociedad de las Naciones le otorgó a Sudáfrica el mandato sobre este territorio. Luego de la participación de Sudáfrica en la II° Guerra Mundial comenzó a tratar a Namibia como la 5ta. provincia e impuso la política del *apartheid*. En ese contexto se crearon las SWAPO. Los enfrentamientos terminaron con el Acuerdo Trilateral de Nueva York firmado en 1988.

A partir de allí se produjeron numerosos documentos en contra de la política del *apartheid*: el 2 de diciembre de 1950 se aprobó la Res. 395[V] por la que se declaró que el *apartheid* era una forma de segregación racial; más adelante se dio la Res. 134 del 1 de abril de 1960, por la que el gobierno sudafricano fue instado al abandono de dicha política.

- El 2 de abril de 1963 se reunió por primera vez el Comité Especial contra el *apartheid*. La Res. 181 del Consejo de Seguridad del 7 de agosto de 1963 recomendaba el embargo de armas a Sudáfrica, y la Res. 1899 [XVIII] el embargo de petróleo.

- El 23 de agosto de 1963 se celebró en Brasilia un seminario internacional sobre el *apartheid* organizado por el Comité de DDHH de la ONU, el Comité Especial contra el *apartheid* y el gobierno de Brasil.

Esta fue la primera conferencia de las muchas organizadas por la ONU sobre este tema.

- En abril de 1968, se celebró la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán cuyo documento final, expresa en el punto 7:

La comunidad internacional se siente profundamente preocupada por la notoria denegación de los derechos humanos que emana de la repulsiva política de apartheid.

Esta política, condenada como un crimen de lesa humanidad, sigue trastornando profundamente la paz y la seguridad internacionales.

Es imperativo por lo tanto, que la comunidad internacional emplee todos los medios a su alcance para desterrar ese mal.

La lucha contra el apartheid se reconoce como legítima.

- A fines de ese año, el 2 de diciembre de 1968 la Asamblea General pidió a los estados la suspensión de los intercambios culturales, educacionales, deportivos y de otro tipo con organizaciones de Sudáfrica.

- El 17 agosto 1973 se aprobó la Res. 554 por la que el Consejo de Seguridad declaró que la nueva constitución racista de Sudáfrica no tenía validez alguna.
- El 30 de noviembre de 1973, se aprobó la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de *Apartheid* que entró en vigor el 18 de julio de 1976, Res. 3068 [XXVIII].
- El 16 de junio de 1986 se celebró la conferencia mundial sobre sanciones contra la Sudáfrica racista organizada por la ONU, la Organización de Unidad Africana [OUA] y el Movimiento de Países no Alineados, y el 14 de diciembre de 1989 la Asamblea General aprobó la Res. S-16/1 en la que proponía el fin del *apartheid* y el establecimiento de una democracia no racial, lo que llevó a las autoridades sudafricanas a dar por terminado ese régimen.

5 | LA TRANSICIÓN HACIA LA IGUALDAD

Al concluir este proceso político, la ONU aprobó la Res. 48/1 del 8 de octubre de 1993, recomendando que se restableciesen de inmediato las relaciones económicas con Sudáfrica y que se levantase el embargo petrolero.

El 10 de marzo de 1994 asumió Nelson Mandela como presidente, y al año siguiente fue promulgada la *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* estableciendo la creación de una comisión para atender casos particulares y otorgar amnistías, siempre que quienes la pidiesen colaborasen en la búsqueda de la verdad.

En 1996, la Corte Constitucional de Sudáfrica ratificó la validez de la ley en el caso *Azanian Peoples Organization vs The President of the Republic of South Africa*⁵⁶⁹, y en abril de ese año se aprobó la Comisión por la Verdad y la Reconciliación integrada por 17 miembros y presidida por el arzobispo anglicano Desmond Tutu.

Esta comisión recibió el testimonio de 20.000 personas y elaboró un informe presentado en 1998 por el presidente Mandela y Desmond Tutu que acreditó, hasta la década del '90, las violaciones a los DDHH resumidas en el siguiente cuadro:

⁵⁶⁹ Sabelli, Santiago, *Tiempo, Constitución...* op. cit., pág.39.

Estadísticas nacionales de las violaciones a los DD.HH. por la política del apartheid						
OFICINA	Declaraciones tomadas	Violaciones graves y asociadas	Graves violaciones a los DDHH	Cantidad de víctimas	Promedio de víctimas por declaración	Promedio de violaciones por Víctima
Cape Town	1.780	4.267	3.122	3.250	1.3	1.8
Durban	10.292	19.383	16.803	14.207	1.4	1.4
East London	2.843	6.380	5.460	3.252	1.1	2.0
Johannesburg	6.381	16.666	11.50	8.941	1.4	1.9
Total	21.296	46.696	36.935	28.750	1.4	1.6

Fuente: Comisión de la Verdad y la Reconciliación Vol III, Cap. I pág.3.
 1- Violaciones graves a los derechos humanos son: asesinatos, torturas, tratos crueles y secuestros. Además, un número de violaciones fueron reportadas pero debido a que no entran en estas categorías fueron llamadas por la Comisión: violaciones asociadas.

Fig.-21-⁵⁷⁰

A pesar de la magnitud de las violaciones, la comisión expresó: *Había quienes creían que debíamos seguir el ejemplo de la Segunda Guerra Mundial y llevar a los culpables de violaciones graves de los derechos humanos a juicio como hicieron los aliados en Nuremberg.*

En Sudáfrica, donde la acción militar no arrojó un resultado concluyente, era claramente una opción imposible.

Ninguno de los bandos en lucha [el Estado ni los movimientos de liberación] había derrotado al otro y por lo tanto nadie estaba en condiciones de hacer cumplir la llamada justicia del vencedor⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Nótese que los últimos dos guarismos del total debieran ser 1.3 y 1.77 en lugar de 1.4 y 1.6 como figura en el original.

⁵⁷¹ *There were those who believed that we should follow the post World War II example of putting those guilty of gross violations of human rights on trial as the allies did at Nuremberg. In South Africa, where we had a military stalemate, that was clearly an impossible option. Neither [sic] side in the struggle [the*

22. No obstante, había razones más convincentes para evitar la opción de Nuremberg. No hay duda de que los miembros del establishment de seguridad habrían echado por tierra el acuerdo negociado, [...] por su participación en violaciones anteriores.

Sin duda en tales circunstancias, no habríamos experimentado una transición razonablemente pacífica de la represión a la democracia. Debemos tener esto en cuenta a la hora de criticar las disposiciones de amnistía del acta de fundación de la Comisión [...] ⁵⁷².

23. Otra razón por la que Nuremberg no era una opción viable era porque nuestro país no podía disponer de los recursos en tiempo, dinero y personal que habríamos tenido que invertir para este tipo de operación. A juzgar por lo que ocurrió en el juicio De Kock y en los llamados de Malan, el rumbo de los procesos habría llevado más allá de los límites razonables a un sistema judicial de por sí muy presionado.

También habría sido contraproducente dedicar años a oír hablar de acontecimientos que, por su naturaleza, despiertan sentimientos muy fuertes. Habrían sacudido masivamente el barco y durante demasiado tiempo.

El 10 de diciembre de 1998, Sudáfrica ratificó la Convención para la sanción del delito de genocidio y el PIDCP, y en 2000 el ER. Curiosamente, al 2014, no ha ratificado la Convención sobre el *apartheid*, ni la Convención sobre la desaparición forzada de personas.

Podemos concluir que pese a que el *apartheid*:

a)- En 1966 fue declarado DLH por la Asamblea General [Res. 2202],

state nor the liberation movements] had defeated the other and hence nobody was in a position to enforce so-called victor's justice.

⁵⁷² 22 However, there were even more compelling reasons for avoiding the Nuremberg option. There is no doubt that members of the security establishment would have scuppered the negotiated settlement [...] for their involvement in past violations. It is certain that we would not, in such circumstances, have experienced a reasonably peaceful transition from repression to democracy. We need to bear this in mind when we criticise the amnesty provisions in the Commission's founding Act. [...]

b]- en 1968, dos años más tarde, fue incluido en la Convención sobre la imprescriptibilidad;

c]- en 1973 se celebró la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* [CIRCCA],

d]- en 1998, fue reconocido como DLH en el Estatuto de Roma.

Pese a ello, ninguno de los razonamientos argüidos por los ministros de la CSJN de la Argentina en los fallos "Arancibia" y "Simón", para justificar sus sentencias por DLH, fueron tenidos en cuenta por Sudáfrica para dar por finalizado su conflicto interno. Esto es:

- La obligación del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos.
- La responsabilidad internacional del Estado en la que incurriría si incumple la obligación precedente.
- La obligación del Estado ante la imprescriptibilidad de los DLH como norma de *ius cogens* reconocida por el derecho internacional, etc.

Sudáfrica rechazó la doctrina de Nuremberg, las personas que intervinieron en el conflicto expresaron ante la comisión, su participación en los hechos y fueron amnistiados, porque el objetivo primordial era obtener una reconciliación fundacional y la comunidad internacional incluido nuestro país, aceptó esta forma de solución.

Sin embargo, según el criterio neopunitivista de la CSJN expresado en el caso Arancibia y otros de similar tenor, todos los dirigentes de Sudáfrica agentes estatales que intervinieron desde 1968 a 1993, serían susceptibles de ser perseguidos como máximos responsables.

Es más, la Argentina estaría internacionalmente obligada a ello, pues firmó el 6 de junio de 1975 la CIRCCA, la ratificó el 7 de noviembre de 1985, y fue aprobada por ley 23.221⁵⁷³ del 21 de agosto de 1985.

⁵⁷³ Al momento de la firma interpuso la siguiente declaración: *La República Argentina, entiende que el Art. XII de la Convención debe interpretarse en el sentido que toda controversia que no haya sido*

Dicha convención establece entre otros aspectos:

Observando que en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ciertos actos que pueden calificarse también de actos de apartheid constituyen un delito de derecho internacional;

Observando que, conforme a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, "los actos inhumanos debidos a la política de apartheid" están calificados de crímenes de lesa humanidad;

Convencidos de que una convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid permitiría adoptar medidas más eficaces, tanto en el plano internacional como en el nacional, con objeto de reprimir y castigar el crimen de apartheid,

Art. I

1. Los estados Partes en la presente Convención declaran que el apartheid es un crimen de Lesa Humanidad y que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de apartheid y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial que se definen en el Artículo II de la presente Convención son crímenes que violan los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales.

2. Los estados Partes en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de apartheid. [...]

Art. III

Se considerarán criminalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetrán los actos como en cualquier otro Estado que:

resuelta mediante negociación y en la que ella sea parte, requerirá su consentimiento expreso para que la cuestión sea sometida a la Corte Internacional de Justicia.

a] Cometan los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, o que participen en su comisión, la inciten directamente o se confabulen para ella;

b] Alienten o estimulen directamente la comisión del crimen de apartheid o cooperen directamente en ella.

Art. IV

Los estados Partes en la presente Convención se obligan:

a] A adoptar las medidas legislativas o de otro orden que sean necesarias para reprimir e impedir el aliento al crimen de apartheid y las políticas segregacionistas similares o sus manifestaciones y para castigar a las personas culpables de tal crimen;

b] A adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas.

Art. V

Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción.

Si bien Sudáfrica al 2014 no es parte de la Convención contra el apartheid es claro que, de acuerdo a la doctrina de la CSJN, los agentes estatales de la Argentina debieran –si la coherencia del accionar de este Alto Tribunal tuviera estadio en sus concepciones– perseguir a los agentes sudafricanos con fundamento en el Art. 118 de la CN, atento a que éste sólo es aplicable por delitos cometidos en el extranjero, situación que debería darse al menos, cuando los mismos entrasen en el territorio de terceros países signatarios de dicho tratado.

En particular después de la sentencia de la CSJN en el caso "Simón" *hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta.*

*O sea, que si no la ejerce en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y cualquier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República*⁵⁷⁴.

Habida cuenta la declamada obligación internacional del Estado ante violaciones de derechos humanos, la pregunta –conforme al Art. IV b, que le otorga jurisdicción universal para el delito de *apartheid*, en tanto DLH– es: ¿por qué ningún fiscal actuó siguiendo la jurisprudencia de la CSJN,? pues los agentes fiscales del fuero penal federal de la Argentina quedaron expuestos por incumplimiento de sus deberes de funcionario público, en particular, por la gravedad del crimen referido que permanece impune hasta la fecha y sobre los cuales ninguno de los poderes del Estado cumplimentó con la obligación impuesta por la Convención.

Es evidente que a partir de la sentencia del caso "Arancibia Clavel" la jurisprudencia de la Corte ha creado un "oxímoron" entre dos razonamientos antagónicos, pues ambos simultáneos no son posibles:

- a) o los actuales agentes estatales tienen la razón en sus argumentos y los juicios de venganza pueden considerarse ajustados a derecho, por tanto no sólo los militares deben ser juzgados, sino también los funcionarios de los gobiernos de Alfonsín, Menem, De la Rúa y Duhalde, por incumplimiento de sus funciones al impedir ex profeso el juzgamiento de los militares pues, *La ilicitud de las conductas existía con anterioridad a los hechos y estaba claramente descripta en el Código Penal Argentino*, conforme con lo expresado por el presidente de la Corte Suprema en su voto en el caso "Simón". Y de manera extensiva también deben ser juzgados los ex funcionarios de los gobiernos de Sudáfrica.

⁵⁷⁴ Fallos: 328:2056, voto del juez Zaffaroni, considerando 30.

- o los funcionarios de Alfonsín que juzgaron a los comandantes y no imputaron DLH tenían razón, así como Menem que mantuvo ese criterio e impulsó los indultos y los dos siguientes presidentes que no mandaron juzgar. En consecuencia quienes deben ser juzgados por dicho incumplimiento son los actuales agentes estatales vinculados a los juicios de venganza, como ocurrió con el ex juez español Baltasar Garzón.

Tampoco se entiende por qué no se le reclama a Sudáfrica la inamnestiabilidad del crimen de *apartheid*, ni a otros países que amnistiaron este tipo de delitos.

No puede pasar desapercibido que en el caso argentino por los hechos de los '70, no hubo un cuestionamiento específico de la comunidad internacional como acabamos de referir para el caso de Sudáfrica, que incluso dio lugar a una convención [CIRCCA] que tipifica el delito refiriéndolo a una determinada jurisdicción⁵⁷⁵.

En efecto el Art. II establece:

Art. II

A los fines de la presente Convención, la expresión "crimen de apartheid", que incluirá las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional, denotará los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente:

a] La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona:

i] Mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;

ii] Mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;

⁵⁷⁵ Si bien la desaparición forzada de personas es una práctica que se atribuye a la Argentina, las convenciones internacionales que protegen de este delito fueron establecidas debido a la existencia de prácticas internacionales.

iii] Mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

b] La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c] Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

d] Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos;

e] La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f] La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales.

De todos modos habrá de recordarse que en materia penal se prohíbe la analogía, en consecuencia aunque algunas conductas punibles en el *apartheid* parezcan similares a las que se imputan por los hechos de los '70 en la Argentina, existe un factor de origen étnico en el conflicto sudafricano, que de ningún modo se advierte en estos hechos.

6 | LA LECCIÓN DE SUDÁFRICA

Es recurrente observar las referencias que en el ambiente político argentino se hacen al proceso de Sudáfrica. Aunque no parece sencillo trasladar ese modelo a la cuestión local para cerrar definitivamente el conflicto de los '70, nos enseñó que la obligatoriedad imperativa de aplicar el derecho de Nuremberg no es tal, y que las políticas de perdón también constituyen formas de solución a los conflictos internos aceptadas por la comunidad internacional, que a diferencia de las políticas asimétricas de castigo, tienen la particularidad –como la balanza de la justicia– de mantener las disputas en equilibrio.

Advertidos de que el perdón estatal no es lo mismo que una amnistía, pues en el primero se reconoce la existencia de la ofensa, mientras que en el caso de la amnistía se olvida el factor agravante de la conducta obrada y la otorga el Congreso, ambas⁵⁷⁶ constituyen políticas de perdón que se oponen a las políticas de castigo impulsadas por el neopunitivismo.

El perdón, cuando lo otorga el Estado, es una disposición de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo de ese territorio consistente en quitar la pena impuesta, lo que implica necesariamente la ejecución de un juicio previo, y jurídicamente es un indulto.

En cuanto a la intención de obtener una pacificación duradera que permita superar el pasado, Sudáfrica mostró que existen formas de perdón político entre los perpetradores que se pueden materializar en un instrumento jurídico. No obstante, en el caso argentino el perdón genuino es un poco más complejo que en el caso de Sudáfrica, porque los miembros de las organizaciones armadas deberían pedir perdón a sus víctimas, –civiles y agentes estatales victimizados por sus actos terroristas– mientras que los agentes estatales deberían pedir perdón a los miembros de las organizaciones armadas no por reprimirlos sino por hacerlo de manera extrema.

El filósofo francés Philippe Joseph Salazar, comparando los procesos de Sudáfrica y de Argentina expresó: *Para el proceso de reconciliación en Sudáfrica el perpetrador no es alguien al que hay que rechazar, sino reintegrar.*

⁵⁷⁶ Adviértase que el único que puede otorgar una amnistía o indulto es el Estado, sin embargo el indulto no elimina la responsabilidad civil ante la víctima que puede pedir reparaciones por los daños sufridos.

En Sudáfrica era necesario saber y comprender lo que había pasado, y para saber era necesario dejar hablar. Y para eso se necesita una palabra libre, no la palabra judicial, en la que sólo se muestra lo que sirve y se oculta lo que no sirve [...] la justicia es una forma de venganza codificada [...] no se puede aplicar la justicia penal a las relaciones políticas [...] la consecuencia es que en la Argentina probablemente habrá una ley que cambiará de nuevo las cosas. Y eso es un proceso perverso.

El genio de Desmon Tutu fue hacer comprender, tanto a quienes estaban del lado del apartheid como a quienes estaban del lado del movimiento de liberación, que ellos tenían un lenguaje común que podía pertenecer a la política. Una palabra fundamental de ese glosario es la idea de compañerismo, de amigo y ciudadano. Uno es ciudadano porque es amigo y eso lleva a una verdadera revolución política.

Con el fin del apartheid no son solamente liberados los negros, sino también los blancos, porque todos son oprimidos. [...] esa es la base de la reconciliación. [...] los crímenes de sangre cometidos por los movimientos de liberación están en el mismo plano que aquellos cometidos por los agentes del apartheid, porque la idea es que la ideología es opresiva para todo. [...] es la única solución para construir una nueva nación. [...]

Hoy llama la atención para cualquiera que vaya a Sudáfrica lo feliz que es la gente allá. Es la felicidad de vivir juntos.

No quieren hablar más del pasado. Es lo que dijo Mandela sobre la frase de San Mateo: Hay que dejar a los muertos enterrar a sus muertos, porque si no enterramos a los muertos, los hijos de los vivos algún día van a tomar venganza.

Los países que no fueron capaces de resolver el conflicto mental, psicológico y político, han creado una industria de la memoria que es anti política porque impide avanzar. Los museos producen pruebas y evidencias, pero ocultan muchas otras. Tenemos un muro, ponemos nombres y hay muchos nombres que faltan [...].

Si hacemos comprender a las familias de unos y otros que el fin es crear una reconciliación nacional, entonces [...] eso debe venir de la política, pero no sucede porque el interés de los gobernantes es dividir para reinar. Es un escenario que crea infelicidad y ese no fue el caso de Sudáfrica.

*Creo que hay una Sudáfrica mirando al futuro y una Argentina encadenada al pasado... lo que es terrible para los jóvenes. Aquí los jóvenes están hundidos y aprisionados en el pasado*⁵⁷⁷.

7 | EL CASO SCILINGO Y LA JUSTICIA UNIVERSAL

El Caso Scilingo despierta cierto interés y merece un breve análisis por tratarse de una condena impuesta por un tribunal ajeno a la jurisdicción de los juicios de venganza locales.

Adolfo Scilingo se recibió de Guardiamarina en 1968, junto a Juan Carlos Rolón⁵⁷⁸ y al jefe de la Armada durante el gobierno de Kirchner, Jorge Omar Godoy. Durante 1977 estuvo destinado en la Escuela de Mecánica de la Armada [ESMA] y se encargó de una tarea prevista para los oficiales de marina orientados en máquinas: la jefatura del "carga automotores". Fue en esa época cuando decidió incursionar en sucesivas actividades comerciales fracasadas que terminaron llevándolo a un estado de desesperación. Económicamente quebrado, desvinculado de la Armada a raíz de la venta de material pornográfico a menores de edad en una base naval⁵⁷⁹ y sin

⁵⁷⁷ PIKIENLY Astrid, "Una mitad de la historia argentina desapareció en el silencio de los que no hablan" *La Nación*, 23/03/14.

⁵⁷⁸ Acusado de haber cometido delitos de lesa humanidad por el Juzgado N° 12 CABA. En 2009 fue juzgado por el TOF N°5 de la CABA y absuelto por los cargos que se le imputaban. No obstante en la sentencia, el tribunal determinó que permanecería en prisión a la espera de otro juicio, en manifiesta violación a su derecho de permanecer en libertad durante la instrucción del proceso.

⁵⁷⁹ Scilingo, según un informe enviado al juez Garzón, registra los siguientes antecedentes:

- Agosto '87: Causa 14.565 – Juzgado Federal N°2 Secretaría 5 –“Circulación moneda falsa”– Sobreseimiento parcial provisional.
- Agosto '88: Causa 56.586 –Juzgado Nacional 1ª Instancia Criminal de Instrucción N°24 Sec.22– “Averiguación estafa”.
- Diciembre '88: Causa 22.824 –Juzgado Nacional de 1ª Instancia Criminal de Instrucción N°12 Sec.35– “Solicitud captura por libramiento de cheque con cuenta cerrada”.
- Septiembre '90: Detenido en Comisaría 19ª en cumplimiento de causas anteriores.

posibilidad de devolver el dinero que había pedido a muchos de sus camaradas, comenzó a vincularse con actividades al margen de la ley, hasta que circunstancialmente se cruzó en un medio de transporte con Horacio Verbitsky⁵⁸⁰ y vio la posibilidad de obtener dinero con la “venta de información”. Así Scilingo primero comenzó a expresar lo que la izquierda quería oír y luego lo que la propia izquierda quería decir⁵⁸¹. Sus relatos, en el fondo, convenían a un sector con claros intereses

-
- Diciembre '90: Detenido en Comisaría 5ª por “Defraudación” – Puesto en libertad en Enero 91 [juez Dr. Marquevich].
 - Diciembre '90: Causa 866 – Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Criminal de Sentencia – “Estafa seguida de encubrimiento con un automóvil sustraído a un Sr. de apellido Grondona”.
 - Agosto '91: Condena a un año de prisión en suspenso confirmada por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional – La Corte Suprema anuló lo actuado por no haber sido notificado oportunamente.
 - Agosto '94: Causa 6888 – Juzgado Nacional en lo Criminal – Condena a un año de prisión en suspenso por “Estafa” [libramiento cheque con cuenta cerrada].
 - Febrero '95: Causa 33923/95 por “Defraudaciones reiteradas y asociación ilícita”.
 - Marzo '95: Causa 28855 – Juzgado Criminal Correccional N°7 de San Isidro [Dr. Igarzabal] “Homicidio calificado reiterado, robo calificado reiterado y tentativa de homicidio” remitida por el Juez a la Capital Federal. Archivada.
 - Septiembre '95: se le dictó prisión preventiva por “Estafa en 14 oportunidades en concurso real con falsificación [en 14 oportunidades] y asociación ilícita”.
 - Febrero '96: Juzgado Nacional 1ª Instancia en lo Criminal Sec.24 – Sentencia definitiva a un año de prisión en suspenso por “Estafa” – Sec.41 un año de prisión en suspenso por “encubrimiento” – La Cámara de Apelaciones unificó condenas en 3 casos de dos años y 6 meses y cumplimiento en suspenso.
 - Junio '97: Recuperó la libertad por recusación y pedido de nulidad de lo actuado. El tema adquiere fuerte implicancia política.

⁵⁸⁰ El periodista Horacio Verbitsky, presidente del CELS, perteneció al Peronismo de Base y a Montoneros según sus propios dichos [http:// www.perfil.com/contenidos/2007/11/04/noticia_0023.html](http://www.perfil.com/contenidos/2007/11/04/noticia_0023.html). consultada el 17 de mayo de 2009.

⁵⁸¹ Uno de sus primeros actos fue denunciar, en una carta dirigida en 1996 al presidente de la Nación Carlos Menem, conductas delictivas de Astiz. Pero Scilingo era superior de Astiz, por lo tanto en el momento de los hechos estaba obligado a evitar que este continuase con dichas conductas. Era evidente que la intención de Scilingo al denunciar a un subalterno suyo –veinte años después de los hechos– respondía a las necesidades políticas de los organismos vinculados a la izquierda revolucionaria, empeñados en convertir a Astiz en un ícono internacional.

A nadie se le escapa que en el tiempo de los hechos era un joven teniente a quien la prensa le ha dado un trato mediático equiparable al de Pinochet, pues autores de infiltraciones susceptibles de ser comparadas

políticos, pero no convencían a nadie e incluso desorientaba a quienes podían beneficiarse con su incoherente conducta.

Llegado a Madrid con el patrocinio de Izquierda Unida, sirvió a los fines del juez Baltasar Garzón, quien a partir de la década del '90 se hallaba empeñado en materializar el rol de España en la "justicia universal" y estaba sobrellevando la frustración por la negativa al pedido de extradición de Pinochet desde el Reino Unido.

El 1° de julio de 1985, durante el gobierno del socialista Felipe González, [1982-1996] se había aprobado la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ N° 6/1985 [BOE N° 157, 02/07/85]. De acuerdo con el Art. 23.4, de esta ley, los tribunales españoles pasaron a ser competentes para entender en los delitos internacionales ocurridos en su territorio o en el de otros estados, perpetrados tanto por españoles como por extranjeros.

En un primer momento la gestión de Garzón, en el caso de Pinochet y de la Argentina⁵⁸², fue acompañada por la interpretación literal de dicho artículo por parte de la Audiencia Nacional.

Si bien Pinochet no tuvo mayores inconvenientes y pudo regresar a Chile, Scilingo en cambio terminó condenado. La inconsistencia de sus dichos ante el juez Garzón y la retractación completa de su declaración inicial autoinculpatoria en el momento del juicio oral, no alcanzaron para convencer al tribunal que consideró más creíble la primera versión de su declaración. Así las pruebas indirectas y subjetivas o "pruebas

con las que se le imputan a Astiz, tal como los hechos del Rainbow Warrior, no tienen un grado equivalente y perdurable de difusión mediática.

El 10 de julio de 1985, agentes del servicio secreto francés se infiltraron en el puerto neozelandés de Auckland y volaron el buque insignia de Greenpeace "Rainbow Warrior", hecho en el que murió un fotógrafo. Tres meses más tarde el primer ministro francés Laurent Fabius reconoció públicamente que se trató de una operación secreta que contaba con el aval del gobierno de Françoise Mitterrand y que los agentes involucrados habían cumplido órdenes. Los militares involucrados en la operación tuvieron un destino muy diferente al de Astiz.

⁵⁸² Informe del 29 de abril de 2013, acerca del Alcance y Principio de Jurisdicción Internacional, proporcionado por el Reino de España. Elevado al Secretario General de la ONU [Nueva York], por el titular de la Misión Permanente de España ante las Naciones Unidas.

políticas", le alcanzaron para condenar al ex marino argentino por DLH. En referencia a ello la Audiencia Nacional en su sentencia del 19 de abril de 2005 expresó:

También el Tribunal aprecia y valora la falta de consistencia de las propias razones de retractación alegadas y de las razones de su nueva versión y de por qué con anterioridad había declarado de forma absolutamente diferente hasta el punto de auto inculparse de gravísimos hechos y lo que buscaba con ello, indagando en lo posible la desconcertante actitud que mantiene el procesado.

En el mismo sentido dos ex detenidas en la ESMA en diferentes circunstancias opinaron sobre Scilingo. Dijo Miriam Lewin: *Cuando Scilingo participó en el programa de televisión de Mariano Grondona nombró a Pelusa, que era un personaje imaginario, una licencia literaria del libro Recuerdo de la Muerte. Hablaba de la situación de Pelusa como si hubiese ocurrido realmente y él hubiese sido testigo. Más adelante agregó: para mí Scilingo es un gran fabulador leyó todo lo publicado sobre la ESMA y hablaba como si hubiera sido testigo directo*⁵⁸³. Ello fue conteste con los dichos de Sara Solarz de Osatinsky cuando afirmó sobre Scilingo que [en la ESMA] no cree haberlo visto⁵⁸⁴.

Ex integrante de Montoneros y Secretaria de DDHH de la Ciudad de Buenos Aires, Alicia Pierini en declaraciones publicadas en *La Nación* el 2 de septiembre de 1997 con relación a Scilingo dijo: *Me siento amenazada, extorsionada. Él quiere dinero, pero de mí no lo va a conseguir.*

A ese hombre lo único que le interesa es la plata, no tiene sentimientos. ...Scilingo es un traficante, es un tipo que hace negocios con los desaparecidos. Después de hablar con él en el penal, me quedó la sensación de que lee los diarios, los refrita y trata de vender esa información.

También Horacio Verbitsky, quien pese a las inconsistencias del relato de Scilingo, volcó las afirmaciones de éste en el libro *El Vuelo*⁵⁸⁵: [Scilingo] *Tenía motivaciones*

⁵⁸³ Miriam Lewin, *Ese Infierno*, edición de los 30 años, Buenos Aires 2005 pág.195.

⁵⁸⁴ Según declaración del 7 de julio de 1998 en la causa "10.326/96, Nicolaidés Cristino y otros sobre sustracción de menores".

⁵⁸⁵ VERBITSKY Horacio, *El vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995, pág. 149.

muy cruzadas: el recuerdo le impedía dormir, la Armada lo estaba sumariando por algo que había hecho y además quería plata por contar su historia [pág. 149].

Ahora bien, España no participó del acuerdo de Londres de 1945 ni adhirió al Estatuto de Nuremberg, no firmó ni adhirió a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los DLH de la ONU de 1968, ni firmó ni adhirió a la Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de 1974. Estos delitos ingresaron a su derecho interno recién el 23 de noviembre de 1995 con la ley 10/1995. Finalmente, el Estado español se obligó internacionalmente a la persecución de los crímenes internacionales a partir del 24 de octubre de 2000, cuando ratificó el Estatuto de Roma.

Cabe entonces preguntarse ¿cuáles son los fundamentos para condenar a Scilingo por supuestos DLH cometidos fuera del territorio español en los '70? si todos los instrumentos que supuestamente obligan a España son *ex post facto*.

La ausencia de los DLH en el derecho español, obligó al juez Garzón a procesar a Scilingo por genocidio y subsidiariamente por terrorismo.

7.1 | SCILINGO ANTE LOS DELITOS DE GENOCIDIO Y TERRORISMO

Para el momento de dictar sentencia, la Audiencia Nacional [Fallo del 16/2005] ya se habían introducido los DLH en el código penal español. El 19 de abril de 2005, el Tribunal concluyó que las conductas de Scilingo no encuadraban en el delito de genocidio y lo refirió de la siguiente manera:

En el momento actual, y recalcamos que se trata del momento actual, en atención a los hechos que estrictamente se consideran probados, éstos no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el Art. 607 del Código Penal.

Entre los elementos definidores del tipo penal están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, debiéndose entender que como tal grupo, sin incluirse a los grupos no estables en sí mismos como tales grupos,

lo que excluiría específicamente a los grupos políticos⁵⁸⁶. La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el “autogenocidio”, es decir la

⁵⁸⁶ La expresión genocidio fue una creación del profesor polaco de derecho internacional Raphael Lemkin de la universidad de Yale. La palabra elegida es el producto de la combinación de *geno* del griego –raza o tribu– y *cidio* de latin *caedere*, –matar–, es decir “matar a una etnia”.

Dice Lemkin: *Entendemos por genocidio la destrucción de una nación o de un grupo étnico [...] De manera general, genocidio no significa necesariamente la destrucción inmediata de una nación, excepto cuando se hayan llevado a cabo asesinatos en masa de todos los miembros de una nación. Lo que más bien propone es definir un plan de acciones, coordinado, con el fin de destruir los fundamentos esenciales de la vida de los grupos nacionales, cuya finalidad es eliminar a esos mismos grupos.*

Los objetivos de semejante plan sería la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, de la lengua, de la religión y de la vida económica de estos grupos nacionales y la destrucción de la seguridad personal, de la vida, de la libertad, de la salud, de la dignidad, e incluso de la vida de los individuos que pertenecen a esos grupos.

El genocidio está dirigido contra el grupo nacional como entidad, y las acciones que arrastra son llevadas a cabo contra individuos, no en razón de sus cualidades individuales, sino porque pertenecen al grupo nacional. LEMKIN, “Le crime contra l’humanité, le génocide y les crime de génocide”, *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, N°4, 1946, pág. 213.

En los debates generales en el seno de la ONU quedaron excluidos el genocidio político y el cultural.

No obstante todo lo dicho:

- El TOF N°1 de La Plata integrado por los Dres. Carlos Rozanski, Horacio Isauralde y Norberto Lorenzo, en la causa NE 2251/06, seguida a Miguel Etchecolatz, resolvieron que los hechos objeto de debate eran *DLH cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en nuestro país entre los años 1975 y 1983.*
- El TOF N°1 de Rosario integrado por Roberto López Arango, Lilia Carnero, Noemí Berros, en la sentencia N°25 del 20 de diciembre de 2013, en la causa “Porra, y otros” y acumulada “Guerrieri y otros”, sobre asociación ilícita expediente 117/09, escaló un poco más la argumentación y resolvió que las conductas imputadas y juzgadas *eran delitos de lesa humanidad ocurridos en el contexto histórico del terrorismo de Estado que asoló nuestro país en el marco del segundo genocidio nacional, perpetrado entre los años 1975 y 1983.*
- El voto disidente del vocal Pérez Villalobo en la sentencia en la causa Romero Niklison, María Alejandra, del 31 de marzo de 2011 del TOF de Tucumán, disintió con el experimento doctrinario del TOF N°1 de La Plata y del TOF N°1 de Rosario y va más allá: *El Genocidio no es un marco en el que se cometen delitos, sino que es el crimen mismo.* Para Villalobo los delitos sometidos a juzgamiento constituyen genocidio, por lo tanto no son DLH.
- Por su parte el TOF N°5 de la CABA al dictar sentencia en la causa “ESMA1270” no coincidió con la calificación de genocidio, no obstante fue más ambicioso y resolvió librar oficio a la CSJN, *adjuntando los fundamentos de la presente sentencia, a efectos de que se solicite a los demás poderes*

destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir “subgrupos” diferenciados por la ideología.

Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superestricta y restringida del delito de genocidio en el momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código Penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter más amplio, y que obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado.

De acuerdo con la interpretación del tribunal español, el genocidio no incluye el propósito de destruir total o parcialmente a los grupos políticos por su condición de grupos no estables, característica propia de una etnia o una cultura determinada.

Varios autores coinciden en que un grupo nacional es un colectivo de origen nacional común, es decir un grupo de personas permanente, con origen y características comunes y con identidad propia que comparten valores culturales y morales, susceptibles de ser diferenciados del resto de la población dentro del territorio de un Estado.

En ese sentido en la Argentina, en la sentencia 025/2013 del TOF N°1 de Rosario, del 24 de febrero del 2014 se consigna: *Para juristas como Alicia Gil Gil –entre otros-, el término grupo nacional refiere al conjunto de personas que tienen la misma nacionalidad, por lo que, a su criterio, no puede entenderse como tal a un subgrupo del grupo nacional, cuyo criterio de cohesión es un factor distinto al de su identidad nacional [sea este ideológico, social o de oposición al régimen].*

del Estado que ante los Organismos Internacionales pertinentes, postulen la inclusión de la persecución política como causal de genocidio en la Convención respectiva.

- En este sentido en una entrevista para *La Nación*, a Fabricio Guariglia, funcionario de la fiscalía de la CPI, con relación a la desaparición de personas expresó que no se trataba de un genocidio porque *no hubo victimización de alguno de los cuatro grupos protegidos—racial, étnico, nacional o religioso—con la intención de su destrucción total o parcial y el genocidio político no está tipificado como tal. Cuando se redactaba el estatuto, hubo intentos de ampliar la definición de genocidio de grupos políticos, pero la idea es que la Convención de Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio protege grupos estables.*

Los grupos políticos pueden cambiar, separarse. Los cuatro grupos tienden a ser estables.

En tal caso –expresa la mencionada autora– “el grupo victimizado ya no queda definido por su nacionalidad sino por su presunta oposición al régimen” y está excluido por tanto del ámbito de protección de la Convención, aunque el crimen pueda caracterizarse como de lesa humanidad⁵⁸⁷.

De cualquier manera, autocontradictoriamente, el tribunal rosarino, condenó por genocidio en los términos anteriormente explicados, cfr. *supra* nota 586, 2da parte.

Acerca del grupo nacional, la sentencia del 7 de junio de 2012 del TOF N°1 de San Martín en la causa N° 2376, expresó: *resultando difícil sostener que la República Argentina configurara un Estado plurinacional que en la época en la que tuvieron lugar los hechos objeto de esta causa cobijara, al menos, dos nacionalidades, la de los golpistas y la de los perseguidos por el gobierno de facto, de modo tal de poder entender los hechos como acciones cometidas por el Estado bajo control de un grupo nacional contra otro grupo nacional y que, asimismo, por la significación que para el derecho internacional tiene la expresión "grupo nacional" tampoco resulta posible incluir a toda la nación argentina como integrante de un grupo nacional comprendiendo a los delitos cometidos como acciones cometidas contra un integrante de un grupo nacional por otros integrantes del mismo.*

Kai Ambos [“La parte general del Derecho Penal Internacional”], al analizar el tipo objetivo del Art. II de la Convención, afirma que la enumeración es taxativa desde una perspectiva: respecto de las conductas típicas mencionadas y respecto de los grupos mencionados y en este aspecto el objeto de ataque es una unidad de personas diferenciada del resto de la población por alguna de las características aludidas, agregando que “no se encuentran protegidos otros conjuntos de personas emparentadas por otras características diferentes de las mencionadas, como por ejemplo, grupos políticos o culturales”.

A mayor abundamiento, la sentencia del 19 de diciembre de 2012 del TOF La Plata en la causa 2955/09 caratulada “Almeida, domingo y otros s/Infracción Arts. 80, 139,142, 144, 45, 54 y 55 del CP” en la parte resolutive expresó: *Considerando que las conductas de los imputados, al dirigirse inequívocamente al exterminio de un grupo*

⁵⁸⁷ Cfr. GIL GIL, Alicia; “Posibilidad de persecución en España de violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica”, en *CD y JP*, Año V, N° 8-C, p.491 y ss.

nacional, importan la comisión del Delito Internacional de Genocidio [en las tipificaciones del Art. 2 incs. a, b, c y e, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que fuera ratificada por el decreto-ley 6.286, y conforme el Art. 118 de la Constitución Nacional] en cada caso corresponde la condena por tal delito. Sin perjuicio de ello –por mayoría–. A fin de no violar posiciones defensistas, ya que los causantes no han sido intimidados por el mismo, que solo fue introducido en los alegatos, corresponde aplicar los tipos penales y las penas previstas en el derecho interno todos los cuales configuran de delitos de lesa humanidad, compartiendo esta última categorización del tribunal en pleno.

Volviendo al caso Scilingo, el tribunal español tampoco calificó sus conductas como terrorismo por encontrarlos subsumidos en los delitos de lesa humanidad, aspecto este último, expresado en el considerando 7: *Calificación por delito de Terrorismo: La Sala igualmente rechaza que se trate exclusivamente de un delito de terrorismo.*

Resulta cierto que se dan en el caso los elementos típico penales del delito de terrorismo [elemento estructural y teleológico de esta clase de delitos], pero los hechos van más allá y contienen otros elementos que sólo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala se decanta por esta última calificación, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos.

Es evidente que el trillado argumento de la lucha contra la impunidad, muy evocado en este tipo de causas, queda en este caso de lado, dado que la justicia española nunca revisó la etapa franquista y se ratificó la amnistía de 1977 que cierra este período de la historia sin aclarar, por ejemplo, la responsabilidad de Santiago Carillo en la matanza de miles de civiles en Paracuellos del Jarama, en noviembre y diciembre de 1936.

Lo primero que debemos tener en cuenta para comprender la condena en España, es que Scilingo se presentó voluntariamente en jurisdicción española y se autoincurpó⁵⁸⁸ ante sus autoridades. Ello las habilitó a decidir el derecho aplicable y forzosamente fue juzgado y condenado por aplicación extensiva de la jurisdicción de Nuremberg, como si se tratase de un ex nazi.

⁵⁸⁸ Scilingo en sus declaraciones nunca dio descripción ni filiación de las supuestas víctimas a las que habría afectado con sus conductas.

El Tribunal que juzgó a Scilingo aplicó retroactivamente los delitos de lesa humanidad con fundamento en el Art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y al inc. 2 y del Art. 15 del PIDCP ratificado *ex post facto* por España en 1985, pero ante la ausencia de tipificación en el derecho interno español, refirió una vaga presencia de los delitos en el derecho internacional.

En el texto de la sentencia se dijo en el considerando 1].4:

En definitiva hemos de decir aquí que desde una perspectiva internacional, existían en el momento de la producción de los hechos normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas a cabo durante la dictadura militar argentina por militares, fuerzas de seguridad del estado y civiles en la llamada lucha contra la subversión, aunque ciertamente la tipificación de dichas conductas basadas fundamentalmente en el Art. 6 c. del Estatuto de Nuremberg no tuvieran una absoluta precisión en los tipos, y la tipificación de la contenida en el Convenio contra el Genocidio de 1958 no le fuera absolutamente aplicable.

Sin embargo, ya existían suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que esas conductas eran constitutivas de un crimen contra la humanidad e iban no sólo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional por lo que, al margen de las posibles consecuencias o responsabilidad internacional del Estado argentino, en virtud del principio de responsabilidad individual, también les era exigible a sus autores y partícipes responsabilidad penal internacional por ese tipo de conductas.

Consideramos, por tanto, que aunque posteriormente se haya producido una tipificación de este tipo de conductas en el ámbito internacional mediante su cristalización en tratados internacionales, ello simplemente añade un plus de taxatividad y de certeza a la previsibilidad general de la conducta prohibida u ordenada, por lo que no existen sólidas razones para negar el respeto del principio de legalidad, al menos en su manifestación de garantía criminal, a no ser que se haga una interpretación falsa y desviada de dicho principio.

Acusado inicialmente de genocidio y terrorismo, como hemos dicho, Scilingo fue sentenciado por delitos de lesa humanidad⁵⁸⁹ que no estaban vigentes en el derecho

⁵⁸⁹ Artículo 607 bis. Fue incorporado al Código Penal español por la ley orgánica 10/1995 del 23 de noviembre de 1995. En el Título XXIV- Delitos contra la Comunidad Internacional, Capítulo II bis, se establece:

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

- a) *Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.*
- b) *En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.*

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1. *Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona. Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.*
2. *Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.*
3. *Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.*
4. *Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.*
5. *Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.*
6. *Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.*
7. *Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.*
8. *Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.*

positivo español tal como lo reconoce la sentencia, con el fundamento de que sus conductas estaban prohibidas en la costumbre internacional en la época de los hechos.

7.2 | VIGENCIA DE LOS DLH EN LA ÉPOCA DE LOS HECHOS EN JURISDICCION ESPAÑOLA

Al momento de tratar el *ius cogens* en el capítulo II, hemos visto que la CIJ, de acuerdo con el Art. 38 de su Estatuto, para distinguir una costumbre internacional a fin de resolver una controversia, observa:

- I] las convenciones internacionales y confirma las ratificaciones de los tratados;
- II] las prácticas estatales generalizadas aceptadas como derecho;
- III] los principios generales del derecho y;
- IV] las opiniones de juristas y las decisiones judiciales más relevantes [con carácter auxiliar].

-
9. *Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.*
 10. *Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1. Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado.*
 11. *Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas. Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.*

En función de ello puede consagrar una norma consuetudinaria de carácter general y si esta cuenta con el consenso *de la comunidad internacional de estados en su conjunto*, con arreglo al Art. 53 de la CVDT, puede adquirir naturaleza de *ius cogens*.

No alcanza con que un tribunal enuncie repetidas veces la existencia de una costumbre internacional: debe probarla, y la CIJ –por delegación de la comunidad internacional– determina la forma de reconocer dicha costumbre.

La sentencia del tribunal español establece que los delitos no pueden ser categorizados como genocidio; por lo tanto desde el punto de vista de los tratados, nada puede aportarse para sostener el criterio de la existencia de una costumbre internacional de aplicación universal en relación a los hechos de la década de los '70.

Sólo puede abonarse que después de los procesos de Nuremberg, en el seno de la ONU se establecieron los principios de Nuremberg con miras a su aplicación en un futuro “Código Criminal Internacional” y con ese sentido fueron confirmados en la Res. 95[I], pero ello no alcanza para obligar a los estados pues no revisten otro carácter que el de una guía.

Sólo existían prohibiciones en el marco del Derecho Internacional Humanitario conforme al Art. 3 común de los Convenios de Ginebra que establece las normas para los conflictos armados internos, ya que el Protocolo II a dichos Convenios se aprobó a fines de la década del '70 y tanto España como Argentina lo ratificaron recién en los '80.

En este caso el contexto activa lo dispuesto en el DIH, cuyas normas no constituyen un código penal propiamente dicho, aunque ellas no serían de aplicación al caso argentino dado que la doctrina actual de los juristas sostiene que lo ocurrido en los '70 no se corresponde con un conflicto armado.

Por último, desde el punto de vista de la *opinio juris*, la causa 13/84 seguida a los comandantes de las fuerzas armadas al finalizar el conflicto de los '70, internacionalmente conocida y que ha colocado a la Argentina a la "vanguardia" de los procesos de la justicia transicional que impulsa la ONU, no puede ignorarse a la hora de emitir sentencia a un procesado nacional subordinado de dichos comandantes y por los mismos hechos.

La sentencia estableció que los delitos acriminados prescribían, separándolos de la extensión de la jurisdicción de los delitos de Nuremberg.

Cabe mencionar que en dicha causa se analizó expresamente si los hechos habían ocurrido en un contexto de “guerra revolucionaria”, descartándose esta interpretación al no aplicar el DIH, aunque la condena se fundó en el Código de Justicia Militar.

En ese sentido uno de los jueces de la Cámara Federal, el Dr. Guillermo Ledesma, en un artículo publicado en la sección Enfoques de *La Nación* el 15 de agosto de 2010, dijo: Nosotros, en 1985, no juzgamos a las juntas por delitos de lesa humanidad, juzgamos por delitos comunes, homicidio, etcétera, no obstante estaban definidos como crímenes de lesa humanidad pero no ratificados por la Argentina⁵⁹⁰.

En conclusión, no puede afirmarse con tanta soltura que en la costumbre internacional ya existían figuras jurídicas que hoy se acriminan a los hechos de los '70.

En ese sentido el profesor Kai Ambos ha expresado, *En realidad, es bastante discutible [...] que las torturas, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas se encuentren prohibidas por el derecho internacional consuetudinario*⁵⁹¹.

Sobre todo porque la expresión “delitos vigentes en la época de los hechos”, recurrentemente utilizada en sentencias y tratados sin agregar la taxatividad necesaria en el derecho penal, ya había sido empleada en la jurisprudencia de los juicios con

⁵⁹⁰ Es propicio recordar que en 1985 cuando se celebró el juicio a las Juntas Militares, no existía abierto a la firma o pendiente de ratificación ningún tratado donde se tipificasen los delitos de lesa humanidad con alcance universal, con excepción de la Convención sobre la imprescriptibilidad que remite a la tipificación del estatuto de Nuremberg y cuya jurisdicción está restringida a los criminales nazis de las potencias del Eje Europeo.

En consecuencia, en el único instrumento donde estaban tipificados estos delitos en 1985, era en dicho estatuto. Si tal afirmación se sustenta en el hecho de que este tipo de delitos se consuman cuando se perpetrar contra la población civil, veremos más adelante que la acción fue planificada para ser dirigida sobre los integrantes de las organizaciones armadas terroristas susceptibles de ser diferenciados de los civiles ajenos a las hostilidades a los que se buscaba proteger.

⁵⁹¹ Kai Ambos, *Impunidad y derecho Penal Internacional*, Medellín 1997, pág.243.

motivo de la ley N° 10 del CC⁵⁹², para referir que los hechos por los que acusaban a los nazis ya eran punibles cuando fueron cometidos y mitigar la creación de derecho penal retroactivo, lo que fue expresado en la sentencia del "caso de los juristas", *The Justice case*, de la siguiente manera:

*Ya sea que el crimen contra la humanidad es el producto de la ley o del derecho internacional consuetudinario, o de ambos, como creemos, no encontramos ninguna injusticia para las personas juzgadas por esos delitos. Son imputables a sabiendas de que tales actos estaban equivocados y eran punibles cuando se cometieron*⁵⁹³.

No debe perderse de vista que quienes sostenían que las acciones de los nazis “estaban equivocadas” –sin que esto signifique convalidar las conductas del nazismo–, eran también responsables de hechos atroces como los que estaban adjudicando a sus enemigos, aunque resultaran ser los vencedores.

Los delitos de lesa humanidad no eran punibles en la época de esos hechos de la IIª GM, sólo la ruptura de la paz por parte de los estados era reprochable, por la vigencia del pacto Briand-Kellog⁵⁹⁴, así como los ataques militares a la población civil considerados crímenes de guerra.

⁵⁹² Sentencia por el caso del enjuiciamiento por los EE.UU. a miembros del poder judicial del IIIº Reich –The Justice Case– Berlín, 1947. En relación con la expresión referida, cfr.: *Breve digresión sobre el inc. 2 del Art. 15 del PIDCP*, en el capítulo III de la presente obra.

⁵⁹³ *Whether the crime against humanity is the product of statute or of common international law, or, as we believe, of both, we find no injustice to persons tried for such crimes. They are chargeable with knowledge that such acts were wrong and were punishable when committed. Trial of war criminals before the Nürnberg military tribunals. VOL IIº, The Justice Case, Washington 1951, pág. 979 y ss.*

Recuérdese que quienes sostenían estos fundamentos eran representantes del Estado que había lanzado, sobre civiles inocentes, la bomba nuclear de Nagasaki después de la firma del acuerdo de Londres donde se estableció el Estatuto de Nuremberg. En consecuencia actuaron en contra de la ley que habían establecido.

⁵⁹⁴ Por este pacto, firmado en París el 27 de agosto de 1928, los estados signatarios se comprometían a resolver sus controversias sin recurrir a la guerra. Entre los estados firmantes estaban Alemania, EE.UU., Francia, Reino Unido; en total firmaron 15 estados. Luego adhirieron otros hasta un total de 57, de los cuales 48 pertenecían a la Sociedad de las Naciones y 9 no formaban parte de ella. Rusia adhirió el 6 de septiembre de 1928. Se negaron a firmar el pacto: Arabia Saudita, Yemen, Bolivia, Brasil y Argentina. En su texto se establece:

Pero las persecuciones a los civiles, como las realizadas sobre los judíos, no estaban positivizadas como delito internacional. Por ello, como hemos visto, el Secretario General de la ONU en su informe A/CN.4/5 en 1949 al referirse al juicio de Nuremberg, expresó: *Tal como se define en el Estatuto y en la sentencia, los crímenes de lesa humanidad son, en consecuencia, una categoría de crímenes accesorios a los crímenes contra la paz y crímenes de guerra.*

El concepto se destina a cubrir los actos inhumanos, en relación con la planificación o la guerra de agresión, que no están cubiertos por las leyes y costumbres de la guerra.

La definición de los DLH fue originalmente dada en el Estatuto de Nuremberg a partir de un acuerdo político de los vencedores para "enjuiciar" a los vencidos del Eje Europeo, y cubrir así con métodos políticos la falta de regulación jurídica de estos delitos en el derecho internacional, creado inicialmente para resolver cuestiones entre estados.

La profesora Alicia Gil Gil⁵⁹⁵, al estudiar el caso Scilingo expresó: *en el afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se han realizado en nuestro país interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, [Ley Orgánica del Poder Judicial] y en ocasiones se ha ido todavía más lejos, vulnerando peligrosamente los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley penal como en la sentencia que estamos comentando.*

Art. 1: *las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente en nombre de sus naciones, que condenan la guerra como medio de solución de controversias internacionales y que desisten de su uso como herramienta de la política nacional en sus relaciones mutuas.*

Art. 2: *las Altas Partes Contratantes reconocen que el arreglo o la solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera sea su naturaleza u origen, que pudieran surgir entre ellos, no deberá jamás buscarse sino por medios pacíficos.*

⁵⁹⁵ Alicia Gil Gil es Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza y Doctora en Derecho por la UNED, Profesora Titular de Derecho penal en la UNED, Acreditada por la ANECA para el Cuerpo de Catedráticos de Universidad, miembro del Grupo de Estudios de Política Criminal, del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre el Derecho Penal Internacional, de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Sociedad Internacional de Defensa Social, Codirectora de la Revista de Derecho penal y Criminología y Subdirectora del Instituto Universitario Gutiérrez Mellado de estudios sobre paz, seguridad y defensa.

Este afán por impedir la impunidad se contrapone con el deseo evidenciado en otras resoluciones de evitar la proliferación de procesos por delitos internacionales ante nuestra Audiencia Nacional.

Evidentemente la Audiencia Nacional no puede convertirse en la Corte Penal Internacional, pues no tiene capacidad ni jurídica, ni material, ni política para llevar a cabo tal tarea.

Pero en la denegación de jurisdicción para todos estos supuestos que se presentaron tras la apertura del sumario Chile –Argentina [Guatemala, Fidel Castro, Perú] se han manejado los criterios más variados, que han dejado insatisfechos y perplejos a los demandantes...

El propio Tribunal Superior ha ido variando su propia doctrina según quien sea el ponente de la correspondiente sentencia, lo que crea un gran desconcierto y parece impropio de un tribunal de casación, y así, en el caso Scilingo, aunque se reproduce literalmente la doctrina del caso Guatemala, se llega finalmente a una solución bien distinta que traiciona la mencionada doctrina.

La sentencia que estamos comentando ha sido recurrida ante el TS y ahora le toca de nuevo a nuestro Alto Tribunal hacer encaje de bolillos para evitar la impunidad con un ordenamiento jurídico insuficiente para tal fin, con lo que son de esperar nuevos errores en la aplicación de la ley [quizás de nuevo un uso incorrecto del tipo del genocidio]. [...]

Y por otra parte la lucha contra la impunidad no debe hacerse a costa de los principios y garantías esenciales del Estado de Derecho y del Derecho penal moderno, pues una condena conseguida a esta costa no supondría en absoluto un avance para la Justicia sino todo lo contrario⁵⁹⁶.

A medida que profundizamos en el estudio de estas cuestiones surgen posibles respuestas al interrogante planteado.

Va dicho que la política y la justicia no son compartimentos estancos. Aunque lo deseable es que la primera interfiera lo menos posible, es evidente que esta premisa es

⁵⁹⁶ "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, N°7.

efectiva sólo cuando existe una aceptable calidad institucional, por lo tanto a mayor calidad institucional mayor es la independencia de la justicia.

8 | LA JUSTICIA UNIVERSAL

La cuestión ahora es el análisis de los conflictos armados internos en el interregno entre los Estatutos de Nuremberg del '45 y el de Roma del '98. Pues ni el primero, ni los estatutos de los tribunales *ad hoc* [TPIY y TPIR] los abarca en su jurisdicción y competencia, y el Estatuto de Roma no es de aplicación retroactiva. Este es el espacio que decidieron explorar, entre otros, Izquierda Unida de España y el Juez Baltasar Garzón, aprovechando la jurisdicción de la "justicia universal" adoptada en los '80 por España. La característica internacional de los delitos acriminados, le permitió al juez español buscar justificaciones dogmáticas y en la costumbre internacional, donde los "grises jurídicos" son mucho más amplios que en la legislación positiva de su país.

En este contexto el caso Scilingo iniciado en 1997, como hemos dicho, requería necesariamente su condena para consolidar la jurisdicción universal española, que ya en 2009 tenía causas abiertas por supuestos genocidios perpetrados en varios países⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ http://elpais.com/elpais/2009/06/25/actualidad/1245917830_850215.html.

Por efecto de la "justicia universal" establecida por ley, al borde de lo que puede considerarse un neo colonialismo judicial, España comenzó a reemplazar las funciones propias de una Corte Penal Internacional, lo que llevó a la enmienda del Art. 23.4 [LOPJ 1/2009] que establece:

23.4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.*
- b) Terrorismo.*
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.*
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.*
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.*
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.*
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.*
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.*

Scilingo, a diferencia de otros casos como el de Augusto Pinochet, presentaba una característica excepcional: por decisión propia había acudido a jurisdicción española y se había presentado ante el mediático juez español pidiendo ser incluido en los procesos que éste llevaba adelante.

En consecuencia, se convirtió en una pieza clave para la materialización de la "justicia universal" española que también tenía causas abiertas por: el genocidio de Guatemala, la muerte de José Couso en la guerra de Irak por soldados de los EE.UU., el genocidio del Sahara, Falun Gong de China, cuatro guardias de las SS residentes en EE.UU., vuelos de la CIA, genocidio de Ruanda, el caso de Carmelo Soria en Chile, homicidio de Ellacuría en El Salvador, ataque de Israel a la Flotilla de Gaza, y el ataque al campo refugiado de iraníes de Ashraf, pero curiosamente rechazó las denuncias contra Fidel Castro.

Mary Robinson, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en oportunidad de prologar los Principios de Princeton sobre la "justicia universal"⁵⁹⁸ en 2001 dijo: *El ejercicio de la jurisdicción universal ofrece la promesa de lograr una mayor justicia para las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos en todo el mundo. Mi oficina seguirá observando los acontecimientos que se desarrollen en esta esfera en rápida evolución, incluida la labor del Proyecto de Princeton destinada a fortalecer la jurisdicción universal como instrumento para poner fin a la impunidad.*

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

⁵⁹⁸ A/56/677.

En los '90 también Bélgica –como había ocurrido con España en el '85 e incluso Alemania⁵⁹⁹ con la reforma de su código penal en 2002–, había asumido un rol penal internacional a partir de una ley de 1993 que le otorgaba competencia para ejercer la "justicia universal" ante crímenes internacionales. Con base en ello se procesó al ex primer ministro de Israel Ariel Sharon⁶⁰⁰ en 1998.

Es evidente que arrogarse estos derechos propios de un organismo penal internacional, al que los estados adhieren previamente, es un verdadero "etnocentrismo judicial". La sociedad belga persiguiendo crímenes internacionales tal vez haya querido manifestar su arrepentimiento ante los derechohabientes de los diez millones de personas que murieron en el Congo, imputables a los colonizadores belgas entre 1880 y 1920.

En febrero de 2002 Bélgica pidió la detención del primer ministro de la República Democrática del Congo, pero este país recurrió a la CIJ y Bélgica perdió⁶⁰¹. Finalmente en 2003 la Corte de Casación belga rechazó las demandas incoadas contra Sharon y George Bush y ese mismo año, por presión de los EE.UU.⁶⁰², Bélgica restringió el alcance de esa ley.

Las medidas restaron eficacia a la justicia universal que ponía en riesgo no sólo a los dirigentes, sino también a los soldados norteamericanos, como quedó evidenciado en el pedido de captura emitido por el juez Garzón a los soldados involucrados en la muerte del periodista José Couso durante la guerra de Irak.

Cuando los mismos argumentos usados para condenar a Scilingo comenzaron a ser empleados por Garzón para revisar el pasado franquista español, se produjo la

⁵⁹⁹ El código Penal Internacional Alemán establece en su Art. 1º *Esta ley rige para todos los delitos contra el derecho internacional descritos en ella incluso cuando el hecho haya sido cometido en el extranjero y no muestre ninguna relación con el territorio nacional.*

⁶⁰⁰ Ariel Sharon fue procesado el 18 de octubre de 2001 por las matanzas de Sabra y Chatila a raíz de denuncias realizadas por víctimas palestinas.

⁶⁰¹ <http://www.un.org/News/fr-press/docs/2002/AFR379.doc.htm>. Consultada 3 de mayo de 2011.

⁶⁰² http://internacional.elpais.com/internacional/2003/06/22/actualidad/1056232808_850215.html. consultada 28 de marzo 2011.

reacción política interna y el TS dictó una sentencia⁶⁰³ –que va comentada en el presente– en la que rechaza los argumentos del juez. La Audiencia Nacional⁶⁰⁴ dictó a su vez otro fallo por el que no daba curso a la revisión del período de la guerra civil.

Garzón cayó en desgracia en España, pero el "kirchnerismo" se sintió en deuda por los servicios prestados a las causas de derechos humanos y lo recibió con los brazos abiertos. Las devoluciones de favores de alguna manera evidenciaron la parcialidad con la que había actuado este juez.

En un comienzo recaló en la CPI, asimilado al equipo del saliente fiscal Moreno Ocampo, sin embargo la relación del mentor de la "justicia universal" española, con el organismo designado por la comunidad internacional para que ejerza esa jurisdicción, es de presumir que no debe haber sido sencilla por la manifiesta incompatibilidad de la justicia que aplican, y poco tiempo después llegó a la Argentina.

Rápidamente fue asesor del Senado y participó con víctimas del franquismo en la causa incoada por la Jueza Federal Servini de Cubría por la que se pidió, en ejercicio de la nueva "justicia universal" retroactiva argentina, la extradición de españoles vinculados a los hechos de ese período, denegada por el Estado español.

Finalmente a raíz de otras incursiones de la "justicia universal" española, en este caso reclamándole a China por la responsabilidad ante la situación del Tibet, en febrero de 2014 se votó una reforma de la LOPJ aprobada por 179 votos a favor y 163 en contra, que resolvió al establecer restricciones en la jurisdicción y competencia de la justicia española.

El supuesto ejercicio de la "justicia universal" para la persecución de DLH, dejó claro que se trató de una experiencia etnocentrista de los países europeos del primer mundo con consecuencias en los países menos desarrollados, como si fuese una nueva forma de colonialismo de carácter anárquico, pues cada país que la ejerce se autoatribuye la jurisdicción internacional en la que pretende actuar.

⁶⁰³ Sentencia: 102/2012.

⁶⁰⁴ Sentencia 53/08 expediente 34/08.

Qué pasaría si un tribunal de Calcuta se autoasigna discrecionalmente la jurisdicción y competencia universal que le permita enjuiciar al Ministro de Agricultura Ganadería Pesca y Alimentación argentino por aprobar la matanza de ganado vacuno, dado el carácter sagrado del animal, independientemente del país donde se encuentre. ¿Esgrimirá el ministro en su defensa que no había un tratado internacional preexistente que tipificase ese delito? o sería susceptible de ser extraditado con las prevenciones propias para los terroristas, dada la gravedad de la violación. Nada menos que matar a una deidad cuya jerarquía natural, obviamente, es superior a la de la humanidad.

Si bien la positivización de las normas que protegen los derechos humanos es un logro de la humanidad, también se reafirman como un instrumento más de la política internacional que ejercen los países con mayores poderes.

La propensión a la generalización, muy afín a la globalización, en la que diferencias sustanciales se perciben como simples matices de una realidad común, no sólo es patrimonio del enfoque igualitario entre el nazismo y los militares de los '70.

O'Neill Bard⁶⁰⁵ con relación al terrorismo expresa: *el partido nazi llamaba terroristas a los judíos que se rebelaron en Varsovia, pero también en la Sudáfrica del "apartheid" se decía que los negros hacían actividades terroristas, los franceses dijeron lo mismo de los argelinos que se opusieron a la dominación francesa y bajo el mismo enfoque se les acusa a las guerrillas en Sudamérica.*

Excede el propósito de este libro analizar estas expresiones traídas como ejemplo al sólo efecto de ilustrar este punto.

No obstante, en una primera aproximación debiera diferenciarse si los ataques "terroristas" estaban dirigidos a estructuras estatales, contra un ejército invasor o a la población civil, para luego seguir con el análisis de si se trataba de conflictos anti colonialistas o intentos de toma del poder por fuera del sistema, etc.

La extremada simplificación del autor lo lleva a igualar el nazismo a los regímenes militares latinoamericanos. Todo es lo mismo, como lo preanunciaba el conocido tango *Cambalache*.

⁶⁰⁵ O'NEILL, Bard *Insurgency and Terrorism: Inside modern revolutionary warfare*, E. Brassey, UK, 2001, pág. 16.

Si bien las personas ante circunstancias análogas responden de manera similar, no puede soslayarse que las conductas humanas están fuertemente condicionadas por la cultura. Así ante la muerte de un ser querido, por ejemplo, unos expresarán su dolor cantando mientras otros contratarán lloronas.

Sólo una percepción excesivamente lejana al objeto de estudio, permite ignorar el condicionamiento de las conductas de ciudadanos socializados en la cultura germánica, de estricto respeto de las normas, y la criolla que transita su existencia al borde de la anomia.

En definitiva la amalgama de procesos históricos sin análisis crítico en los que incurre O'Neill, no permite establecer criterios válidos de diferenciación que garanticen la comprensión de los hechos.

En este mismo sentido se expresaron los doce diputados que presentaron, el 4 de marzo de 1998, el proyecto de ley para consagrar el 24 de marzo el *Día nacional de la memoria*⁶⁰⁶, al referir: *[el gobierno militar] se identifica con el camino de martirio padecido por armenios [masacrados por los turcos], por la persecución y opresión de la mayoría negra por la minoría blanca de Sudáfrica, se relaciona con el Holocausto judío, tomando como fecha el 19 de Abril de 1943, día del levantamiento del ghetto de Varsovia, perpetrado por el nazismo al practicar el aniquilamiento masivo de mujeres, hombres y niños durante la Segunda Guerra Mundial, se presenta en el sufrimiento del pueblo japonés por las bombas atómicas de Hiroshima [6 de Agosto de 1945] y Nagasaki [9 de Agosto de 1945] en fin... se relaciona en última instancia con el dolor colectivo y el reino de lo irracional y el fanatismo produjeron profundas y graves "heridas sociales".*

Hemos visto que los DLH nacieron para proteger los derechos de la población civil ante la agresión nazi, no obstante se registraron en la evolución del tipo penal diferentes variaciones, tales como la jurisdicción a la que se aplica, la tipificación, su prescripción, la necesidad de un contexto determinado que evolucionó desde el requisito de un nexo con la IIª GM a la posibilidad de su comisión tanto en un contexto de paz como de guerra, el monto de las penas, la necesidad de una

⁶⁰⁶ El proyecto fue firmado entre otros por los diputados: Alfredo Bravo, Federico Soñez, Jorge Giles, Pablo Fernández, José Dumon, Silvia Vázquez, Margarita Stolbizer, Graciela Fernández Meijide, Rubén Giustiniani, Oscar Masse.

sistematización en las conductas e inclusive su aplicación retroactiva para conductas restringidas a un tiempo y espacio acotados, etc.

Pese a estos cambios entre los “proto delitos de lesa humanidad” del '45 y los actuales –que comparativamente configuran conductas típicas con significativas diferencias–, entre 1945 y la década del '90 se los identificó como delitos de lesa humanidad, y al no haberse modificado la protección para la que fueron establecidos [el amparo de la población civil], se perciben, a los efectos políticos y jurídicos, como una misma norma de aplicación a una misma jurisdicción y competencia, sin embargo es posible identificar no menos de diecisiete definiciones diferentes del tipo penal antes de su positivización en el ER.

Ante estas circunstancias, el caso Scilingo es empleado como un “puente”, se lo usa como un conector histórico jurídico de dos tiempos diferentes que por analogía y a los efectos penales, se los fusiona para posibilitar la revisión de cuestiones internacionales ulteriores.

En otras palabras, hay una maliciosa tendencia a no establecer diferencias cuando se trata, por ejemplo, de los DLH de 1945 del nazismo, de los de Yugoslavia de los '90 o de los hechos de los '70 en la Argentina.

No sólo por una cuestión de magnitud ya que el primer conflicto dejó sesenta millones de víctimas y el de la Argentina, las opiniones más serias confirman no más de ocho mil, sino porque el contexto es absolutamente disímil.

De allí el remarcado apuro de los agentes estatales “kirchneristas” por la obtención de rápidas condenas que aseguren que esta política siente jurisprudencia y un precedente internacional.

Los tribunales de los juicios de venganza lejos están de preocuparse genuinamente porque no se viole el debido proceso, por el contrario elaboran complejos razonamientos para encubrir las violaciones en las que incurrían.

Cuando en el futuro comiencen las interpretaciones⁶⁰⁷ de estos juicios, sólo quedará la jurisprudencia de la Corte Suprema, las estadísticas y, de no modificarse la actual

⁶⁰⁷ El informe de derechos humanos del CELS 2012, dedica a los juicios de los militares las primeras 98 páginas. Es curioso que una ONG de derechos humanos creada en teoría, como contralor de la gestión

tendencia, las posibilidades de obtener más reparaciones para los ex integrantes de las organizaciones armadas terroristas.

Como suele ocurrir, no habrá de importar si los juicios de venganza fueron justos o legales y mucho menos el destino de los procesados, lamentable tendencia de los juicios politizados como el de Nuremberg o el de las Juntas Militares, entre otros. Es evidente, además, que no se puede ocultar que detrás de las políticas de derechos humanos existen fuertes intereses económicos y políticos.

Si los hechos de los '70 acaecidos en la Argentina son susceptibles de ser encuadrados como delitos de lesa humanidad, los mismos argumentos son válidos para una importante cantidad de conflictos en muchos otros países, ya que como es sabido, lo ocurrido en los '70 no se puede desvincular de la Guerra Fría. Por lo tanto, los procesos como el de la Argentina están destinados a influenciar situaciones similares en otros países de la región y del mundo que se vieron afectados por ese conflicto internacional.

Afectación que se vivencia aun actualmente, en varios países de Sudamérica aunque con un grado de conflictividad bastante menor que en la Argentina; así quedó evidenciado durante el Foro de Buenos Aires por la Justicia, la Concordia y la Libertad, celebrado en la ciudad de Buenos Aires los días 19 y 20 de agosto de 2014, con la participación de representantes de Uruguay, Chile, Perú, Venezuela y Colombia, los cuales juntamente con los Argentinos suscribieron el *Manifiesto de Buenos Aires* coincidiendo en que la agresión armada de los años 70 se manifiesta en la región, cuatro décadas después, con acabado tinte gramsciano.

La importancia entonces, de juicios incoados en el extranjero por argentinos vinculados a las organizaciones armadas, como el caso Scilingo en España, Astiz en Francia, Videla en Italia etc., –en muchos de los cuales se condenaron a los procesados en ausencia por los mismos hechos por los que fueron juzgados en la Argentina–, no son otra cosa que una acción internacional coordinada para crear una doctrina opuesta

estatal, dedique tanta atención a lo que supuestamente está haciendo bien el gobierno y no puntualice las violaciones a los derechos humanos que conllevan los juicios de venganza. Opinión que recurrentemente es tomada como referente nacional de los derechos humanos, por el Departamento de Estado de los EE.UU. Cfr. informe del Departamento de Estado sobre la Argentina 2011, 2012, 2013.

a lo que venimos analizando en este trabajo, esto es: que los procesos de Nuremberg fueron creados exclusivamente para los nazis del Eje.

9 | LA RESPUESTA DE LA ARGENTINA A LOS REQUERIMIENTOS DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

Sobre el génesis de la causa en la que se presentó Scilingo nos ilustra el Dr. Solari⁶⁰⁸: "En España el 16 de septiembre de 1996, en las actuaciones caratuladas "diligencias previas 108/96-I terrorismo y genocidio"⁶⁰⁹ iniciadas por denuncia de la Unión Progresista de Fiscales de fecha 28 de marzo de 1996 con el objeto expresamente declarado de interrumpir la prescripción⁶¹⁰, y subsiguientes querellas de las organizaciones "Asociación Libre de Abogados", la "Asociación Argentina Pro Derechos Humanos Madrid", y el grupo político "Izquierda Unida", el juez Baltasar Garzón Real a cargo del Juzgado de Instrucción Central nº 5 de Madrid, España, libró rogatoria internacional a la Argentina solicitando documentación en función de la denuncia.

Presentada dicha rogatoria ante la autoridad argentina competente el día 21-11-1996, fue rechazada por el ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Argentina, señalando defectos formales y agregando que:

⁶⁰⁸ Presentación ante el Grupo de detención Arbitraria 31-10-2010.

⁶⁰⁹ Vid. <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/garzon2.html>. Consultada el 8 de mayo de 2011.

⁶¹⁰ <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/inicial.html> así sostuvo el fiscal Carlos Castresana Fernández, actuando en nombre y representación del secretariado permanente de la unión progresista de fiscales: "en virtud de lo expuesto, procede y solicito al juzgado que teniendo por presentado este escrito, lo admita, y en consecuencia, adopte las siguientes medidas 1º] incoación inmediata de diligencias previas para la persecución de los hechos. La presente denuncia tiene por objeto principal la persecución de los hechos denunciados, y en tal sentido debe ponerse de manifiesto que estableciendo el código penal español el plazo máximo de prescripción de los delitos en los veinte años, la incoación de causa criminal, y dirigir ésta contra los culpables es esencial para interrumpir aquella. Lo que demuestra que la alegada imprescriptibilidad, lejos está de ser un principio universal.

De todas maneras, aún cuando tales deficiencias fueran subsanadas, cabe señalar que el gobierno argentino ha resuelto rechazar el pedido de asistencia judicial internacional, toda vez que refiriéndose el mismo a hechos ocurridos en territorio de nuestro país, conforme a la legislación interna vigente son de competencia exclusiva de sus tribunales, que ya han intervenido en los mismos, sustanciando en algunos casos el debido proceso de forma completa y en otros declarando extinguida la acción penal en virtud de leyes expresamente referidas al caso.

A las razones de orden público interno señaladas, que imposibilitan la tramitación y que son de aceptación universal por constituir principios básicos en materia penal, cabe agregar que acceder al pedido implicaría violentar los intereses esenciales de la nación argentina, que en forma solidaria y en el ejercicio de su poder soberano estructuró una solución legislativa y judicial que permitió la pacificación interna y que está dispuesta a conservar.

La respuesta del gobierno argentino de la época es de extrema importancia, pues evidencia la cuestión política involucrada en la pretensión del juez español de juzgar a súbditos argentinos por hechos ocurridos en territorio argentino, y respecto de los cuales los gobiernos “de jure” argentinos habían dado finiquito⁶¹¹ mediante:

- el enjuiciamiento de 9 comandantes en jefe y condenas dictadas a 5 de ellos [Cámara Federal 9-12-1985 causa 13/84; y CSJN 30-12-1986, Fallos: 309:5];
- las amnistías por la caducidad de acciones penales [L.23.492 de 1986] y la exculpación de imputados y/o procesados [L.23.521 de 1987];
- y los posteriores decretos de indulto [Dtos. 1002, 1003, 1004 y 1005 del año 1989; y 2741 del año 1990].



⁶¹¹ Más allá de la violación del derecho interno y del internacional [Protocolo II] que significó la anulación de la Ley.22.924 de “amnistía”, por la Ley 23.040 de renovación de la persecución penal; aunque puede aceptarse la discusión sobre si aquella fue una ley de “autoamnistía”.

El fenómeno de los derechos humanos en la Argentina es único en el mundo.

Baltasar Garzón⁶¹²

No es admisible que para no violar las Convenciones incorporadas a la Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece.

Eugenio R. Zaffaroni
Caso "Simón" considerando 28

Capítulo VII

Del derecho penal internacional al derecho penal doméstico

1 | LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La mayoría de los internacionalistas como el ex juez de la Corte Internacional de Justicia Dionisio Anzilotti⁶¹³, sostiene que una norma de Derecho internacional para

⁶¹² Página 12, del 31-03-2013 pág. 1 a 3.

⁶¹³ *Las condiciones de validez y de eficacia de los tratados dependen naturalmente del Derecho Internacional; pero puesto que éste no puede, por su propia naturaleza, dotar a los órganos estatales de ninguna competencia, se remite necesariamente al Derecho público interno para determinar el órgano investido de la competencia a estipular.* Anzilotti, D., *Alcune considerazioni sulla approvazione parlamentare dei trattati la cui esecuzione importa provvedimenti di natura legislativa* [1910], en Anzilotti, D., *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, CEDAM, Pádua, 1956, tomo I, pp. 587-601, p. 593.

ser aplicable dentro de un Estado, requiere transformarse en una norma de Derecho interno. Por lo tanto un mismo contenido normativo necesitaría ser objeto de dos actos de ese tenor, por ejemplo, el Estatuto de Roma dado como norma Internacional y la ley 25.390 que aprueba su aplicabilidad en el derecho interno y aún la ley 26.200 de implementación, que ajusta la norma internacional al derecho interno. Según Anzilotti, el segundo acto es determinado por la Constitución y propiamente el acto que transforma la norma internacional en norma interna.

Para Georg Jellinek es el ordenamiento jurídico del Estado el que tiene primacía sobre el derecho internacional, pues la soberanía es atributo indispensable del Estado nacional. *Son los estados mismos las autoridades que establecen el Derecho internacional, y al mismo tiempo los sujetos de ese Derecho*⁶¹⁴. Por lo tanto para esta doctrina el carácter imperativo de las normas internacionales depende del reconocimiento que de ellas haga el propio Estado.

Una postura diferente sostiene Kelsen, apasionado por eliminar la guerra a través de la resolución jurídica del conflicto por medio del derecho internacional, quien consideraba que el segundo acto normativo de Anzilotti se debe ver como un complemento al acto normativo original producido en el ámbito internacional.

Para Kelsen el Derecho Público Internacional y el Derecho Estatal forman una unidad jerárquica, siendo uno fundamento del otro. Tal consideración obliga a rechazar las teorías dualistas que presentan al Derecho Estatal y al Derecho Internacional como dos ordenamientos.

Consecuentemente, la transformación a la que se refería Anzilotti es para Kelsen prescindible, por lo tanto, según esta teoría, los tratados internacionales son susceptibles de ser aplicados directamente por los órganos estatales y en el caso de existir algún obstáculo, éste se debe a las exigencias de la Constitución interna.

Las diferentes teorías son susceptibles de críticas, pero justo es reconocer que todas llevan algo de razón. No obstante lo que interesa conocer es la posición de la Corte Suprema y en base a qué fundamento jurídico adopta tal o cual postura.

⁶¹⁴ JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Julio César Faira, 2005, pág. 669 [Original *Allgemeine Staatslehre*, 1900].

En este sentido, según la opinión del ministro Zaffaroni, a partir del fallo Ekmekdjian del 7 de julio de 1992, en la Corte impera el criterio monista o derecho único [considerando13], lo que se complementa con lo expresado en el considerando 30 del voto de la mayoría del caso "Arancibia Clavel":

...las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, "por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa"; y además, la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del ius cogens. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada. [Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert].

31] Que la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho.

En el considerando 38 del voto del ministro Petracchi se amplía este punto de vista:

38] Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el Art. 62 inc. 2º en función del Art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro "Arancibia Clavel", por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" [leyes 24.584 y 25.778].-

En coincidencia el presidente de la CSJN expresó en su libro⁶¹⁵, *Nuestra Constitución Nacional establece con claridad que el derecho internacional se integra directamente en nuestro sistema jurídico sin necesidad de la existencia de una ley que lo transforme en derecho interno* [cfr. Art. 31CN].

El ministro pretende obtener de la CN algo que ésta no expresa, pues el artículo no establece el trámite por el cual *...los tratados...* serían... *ley suprema de la Nación...*; además, parece ignorar la existencia del inc. 24 del Art. 75 de la CN, que sí

⁶¹⁵ Lorenzetti, *Derechos Humanos...* op. cit. pág. 39.

establece las condiciones requeridas para que el Congreso pueda *Aprobar tratados de integración...*

Sólo de mala fe se puede afirmar que el Congreso los normará por un medio distinto a una ley y que para la formación de éstas también existen normas internas distintas de las constitucionales.

2 | EL CASO EKMEKDJIAN

Como hemos visto, según la opinión del presidente de la CSJN, en coincidencia con el ministro Zaffaroni, se trata de normas internacionales auto ejecutables [*self executing*], que se implementan en el derecho doméstico en forma directa sin necesidad de una ley. Términos en los que se aplica la Convención sobre la imprescriptibilidad en los juicios de venganza, dándola por auto ejecutable.

Tal como suele expresarse por los acusadores, generalmente basados en las expresiones de los ministros de la CSJN previamente apuntadas, un tratado no necesita de ley alguna para volverse operativo en el derecho interno. Sin embargo no es así, en primer lugar los tratados deben ser aprobados por el Congreso como lo establece el Art. 75 inc. 22, de la CN que instaure las facultades del Poder Legislativo: *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales*, y el modo por el cual el Congreso se expide, es por medio de leyes, no tiene otra manera de aprobar un tratado.

La necesidad de una ley posterior de aplicabilidad, dependerá del texto del tratado, hay algunos que específicamente reclaman que el Estado dicte leyes en su derecho interno, por ejemplo, para establecer la tipificación de un delito determinado. En otros casos, el tratado puede necesitar adaptaciones al derecho interno para volverse plenamente operativo, como el caso de la ley 26.200 de aplicabilidad del Estatuto de Roma.

Obsérvese que ER es un tratado moderno y contiene normas susceptibles de ser calificadas de claras y completas para su directa aplicación, tal como sostiene el ministro Zaffaroni, sin embargo los legisladores votaron la referida ley, por así corresponder como se verá.

En el caso "Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo y otros", se planteó que no es necesaria una ley interna para el reconocimiento de un derecho al que el Estado se obligó por un tratado internacional, en este caso la CADH. Hay que tener en cuenta que el derecho de respuesta, comúnmente conocido como derecho a réplica, establecido en el Art. 14 de esa Convención internacional, lejos de menoscabar las garantías individuales –protegidas por el Art. 75 inc. 22 de la CN–, importa en realidad acrecentarlas, pues opera como una ampliación de los Art. 16, 19, y 33 consagrados en el derecho interno, en la primera parte de la CN.

En este caso, la necesidad de una ley para que sea reconocido un derecho al que el Estado se obligó internacionalmente a respetar, correría el riesgo de actuar como una limitación a la ampliación del derecho individual establecido por la CADH, por lo tanto se estaría violando el Art. 29 de este tratado que establece las normas de interpretación, y no permite que se apliquen en sentido limitativo restringiendo el goce de derechos consagrados en dicha Convención.

En consecuencia la CSJN resolvió que el derecho a respuesta, que se encontraba en discusión, existe e integra nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de que se dicte ley alguna, porque se compatibiliza con el Art. 75 inc. 22 de la CN que implícitamente sanciona como válida la ampliación de las garantías contenidas en sus 35 primeros artículos.

Pero una cuestión diferente, como se anticipó, se presenta en el caso de no existir en el derecho interno, tipificaciones penales sancionadas en el derecho internacional, cualquiera sea el tratado, porque la ley interna se torna necesaria también por la aplicación del Art. 75, inc. 22 de la CN⁶¹⁶, que establece con naturaleza de *ius cogens*, la vigencia del principio de legalidad consagrado en nueve pactos internacionales de los cuales dos tienen jerarquía constitucional [CADH-PIDCP]. Además de salvaguardar la plena vigencia del Art. 18 de la CN que impide ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior, NCSL. Garantía ratificada por lo dispuesto en el Art. 27 del mismo cuerpo legal, que imposibilita la vigencia del tratado que no esté en

⁶¹⁶ Esta vez porque importaría un menoscabo a las garantías comprendidas en la primera parte de la Constitución.

conformidad con el derecho público establecido por la CN. Va de suyo que el derecho penal es derecho público en los términos del Art. 27 y en la correcta doctrina.

En el caso del ER, por ejemplo, la ley 26.200 vuelve plenamente operativo este instrumento internacional para el derecho interno, cumple con el requisito de ser cierta, estricta, escrita, para DLH perpetrados con posterioridad a su entrada en vigor y establece entre otros aspectos, las penas previstas para los DLH. Previsión que no trae la Convención sobre la imprescriptibilidad, ni el Estatuto de Nuremberg que carece de entidad universal.

En otras palabras, los tratados podrán ser auto ejecutables –según la doctrina de la CSJN– cuando sus textos, una vez aprobados por el Congreso, sean lo suficientemente claros como para ser operativos y amplíen los derechos y garantías comprendidos en la primera parte de la CN. De lo contrario se requiere una ley interna que guarde congruencia y razonabilidad con los Arts. 18 y 27 de la CN, porque su ausencia viola los derechos del acusado. En este sentido la CSJN ha dicho: *en la interpretación de los preceptos legales debe preferirse la que mejor concuerde con los derechos y garantías constitucionales*, Fallos: 285:60; 312:185.

Aristóteles solía decir: *No basta decir solamente la verdad, más conviene mostrar la causa de la falsedad*, en orden a esta máxima, es falso que una convención como la de imprescriptibilidad de los DLH, que no es *clara y completa para su directa aplicación*, no necesite una ley de aplicabilidad y tipificación penal como la ley 26.200.

Pero de haberse sancionado, la violación al principio de legalidad hubiese sido excesivamente manifiesta y se habría perdido la ilusión de su estricto respeto, reiterada e hipócritamente invocada por los juzgadores de los juicios de venganza.

Del mismo modo hemos visto que es falso que el Estatuto de Nuremberg pueda ser aplicado con el carácter de tratado internacional, por ser un pacto entre las naciones vencedoras de la IIª GM y con el único fin de castigar a los vencidos del Eje europeo.

La profesora Silvina González Napolitano [Universidad de Buenos Aires] en su artículo *Relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional* puntualiza

con claridad el mecanismo de incorporación de los tratados internacionales al derecho interno:

Para nuestro derecho, el tratado es un acto complejo federal⁶¹⁷ por cuanto en su celebración intervienen los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Nación.

En sede internacional, es el Poder Ejecutivo Nacional quien negocia y ratifica los tratados.

Así, el actual artículo 99 de nuestra Carta Magna [conforme la reforma de 1994], en su inciso 11 establece que el P.E.N. “concluye y firma⁶¹⁸ tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...”.

Este párrafo concuerda con el anterior artículo 86, inciso 14⁶¹⁹, destacándose que en su nueva redacción se amplió su ámbito de aplicación al evitar hacer referencia al objeto de los tratados; además se incluyeron los celebrados con las organizaciones internacionales.

En el ámbito interno, nuestra C.N. exige que los tratados con las Naciones extranjeras sean aprobados por el Congreso de la Nación, tal como prescribe el reformado Artículo 75, en el inciso 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”. También en este artículo se hizo referencia a las organizaciones internaciona-

⁶¹⁷ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Así lo confirmó la jurisprudencia de la C.S.J.N. en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 07/07/92, considerando 17º del voto de la mayoría [en *La Ley*, Tomo 1992-C, p. 547].

⁶¹⁸ Esta nota pertenece al texto original transcripto: El término *concluir* ha sido empleado por nuestros constituyentes como sinónimo de *negociar*, ya que como acertadamente manifiestan De la Guardia y Delpech: “no podría pensarse que el Presidente **concluyera** en el sentido de expresar el consentimiento definitivo y luego firmara” [op. cit., p. 511].

⁶¹⁹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Anterior texto del Art. 86, inc. 14: “Concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

les, a diferencia del anterior artículo 67, inciso 19⁶²⁰.

Por lo tanto, para el derecho argentino, la celebración de los tratados comprende las siguientes etapas: negociación, adopción y autenticación del texto [por el Poder Ejecutivo Nacional, –generalmente a través de la Cancillería–]; aprobación del texto [efectuada a través de una ley del Poder Legislativo Nacional] y ratificación [acto que realiza el Poder Ejecutivo –Presidente de la Nación–].

Resulta imprescindible destacar que la aprobación que realiza el Congreso Nacional en el orden interno –por medio de una ley– es sólo un paso intermedio en el proceso de conclusión de los tratados, previo a la ratificación en el ámbito internacional y, por ende, no implica la incorporación de los mismos al derecho interno⁶²¹.

Cuando el Poder Legislativo aprueba [el texto del futuro tratado –o del tratado, en el caso de adhesión–], solamente está dando conformidad para que el Poder Ejecutivo se obligue posteriormente en base a dicho texto [o con las reservas que se indiquen].

Luego el P.E.N. podría ratificarlo o no, ya que se encuentra dentro de sus facultades. Hasta ese momento, sólo es un tratado inconcluso, no obligatorio, puesto que aún nuestro Estado no ha prestado su consentimiento en obligarse.

Los tratados adquieren fuerza obligatoria recién a partir de su entrada en vigor⁶²², y para que esto ocurra se deben dar dos requisitos: 1º] que el tratado se encuentre en vigor y 2º] que el Estado se haya obligado –por ejemplo a través de la ratificación o adhesión–, ello sin perjuicio de la obligación de no frustrar el objeto y fin del tratado antes de su entrada en vigencia, prevista en el artículo 18 de la Convención de Viena

⁶²⁰ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Anterior texto del Art. 67, inc. 19: *Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato de toda la Nación.*

⁶²¹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: cfr. G. Moncayo, R. Vinuesa y H. Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, t. I, Zavallía, Buenos Aires, 2ª reimp. [1987], p. 64.

⁶²² Esta nota pertenece al texto original transcripto: Conforme con los Arts. 26 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

de 1969⁶²³.

Una vez ratificado [o adherido] por acción del Poder Ejecutivo, el tratado se incorpora automáticamente a nuestro derecho, sin necesidad de ser receptado o transformado a través de una ley u otro acto interno formal.

En ese sentido, Luis Jiménez De Asúa ha expresado:

Los convenios y tratados internacionales jamás tienen, por sí solos, la cualidad de ley y, por tanto, están privados de la fuerza propia de ésta, puesto que la potestad de obrar obligatoriamente sobre los ciudadanos pertenece exclusivamente al Derecho interno.

El tratado como acto jurídico internacional, no puede dar vida más que a relaciones entre los estados y aunque su objetivo mediano o inmediato es imponer deberes o atribuir derechos individuales, no lo logra sin un acto que lo transforme en Derecho interno. La aprobación del Parlamento, la publicación pura y simple, la ejecutoriedad dada por decreto, crean con mayor o menor corrección constitucional, según los países, la norma jurídica interna que puede estar enunciada –aunque estérilmente– en el Tratado, pero que no obliga a los súbditos de los estados hasta ese instante. Las convenciones internacionales por sí mismas no son ley, pero ocasionan la emisión de leyes, bien cuando traducen en normas de derecho interno la intención del Tratado, o bien cuando invisten de su fuerza característica la materia completa, hasta entonces inerte respecto de los súbditos, contenida en el Convenio o en el Tratado⁶²⁴.

⁶²³ Esta nota pertenece al texto original transcrito: El Art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 enuncia: *Un estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin de un tratado: a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado durante el período que precede a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.* Este artículo es coincidente con el Art. 18 de la Convención de Viena de 1986 entre los estados y las organizaciones internacionales.

⁶²⁴ Jiménez De Asúa, Luis [Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid desde 1918, Profesor Extraordinario de la Universidad de La Plata desde 1940 a 1947 militante del PSOE y exiliado en la Argentina. Doctor Honoris Causa, Profesor o Miembro de Honor de varias Universidades latinoamericanas] *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Filosofía y Ley Penal, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, pág. 298.

Queda aclarado que los estados se obligan por medio de pactos y tratados internacionales, pero ello no significa que normas fundamentales como las Constituciones sean automáticamente anuladas o ignoradas, pues quedarían condenados a sufrir un colonialismo jurídico supranacional que naturalmente habrá de responder a los intereses de los estados más influyentes.

De alguna manera las luchas de siglos para contrarrestar el poder de los reyes, se recrean en estas medidas supranacionales que instauran una suerte de teoría "interestatal descendente del poder", en cuya cúspide están los estados más poderosos, que no suelen obligarse por tratados internacionales que afecten sus intereses.

La incorporación de los tratados al derecho interno se puede graficar de la siguiente manera:

INCORPORACIÓN DE UN TRATADO
AL DERECHO INTERNO

Pasos para incorporar un tratado	AUTORIDADES	EJEMPLO: Estatuto de Roma
1º NEGOCIACIÓN,ADOPCIÓN Y AUTENTICACIÓN DEL TEXTO DEL TRATADO	PODER EJECUTIVO NACIONAL (Cancillería) Art. 99 C.N.	FIRMA DE ARGENTINA 8 de enero de 1999 [C.N.6: 1999 Treaties - 1]
2º APROBACIÓN DEL TEXTO DEL TRATADO. El Congreso puede interponer reservas al texto	CONGRESO NACIONAL Art.75 Inc. 22 C.N.	APROBACIÓN: Ley 25.390 BO 23 de enero de 2001
3º RATIFICACIÓN DEL TRATADO El Tratado ingresa al derecho interno. Es obligatorio a partir de su entrada en vigor, según lo estableca el texto del mismo.	PRESIDENTE DE LA NACIÓN	RATIFICACIÓN: Por Dto. del 8 de febrero de 2001 Entró en vigor: 1 de julio 2002
4º LEY POSTERIOR En caso de ser necesario el tratado puede requerir una ley que lo reglamente, o puede otorgársele jerarquía constitucional si es de DDHH	CONGRESO NACIONAL	Ley 26.200 de implementación BO 9 de enero de 2007 No se le otorgó jerarquía constitucional [Proyecto Expte.S-0195/04]

Fig. -22-⁶²⁵.

⁶²⁵ Cuesta explicar los fundamentos por los que se puede sostener que el derecho interno argentino adhiere a la teoría monista, si las normas establecen el sistema dualista y en la realidad las instituciones hoy respetan este modo de incorporar el derecho internacional.

3 | EL ARTÍCULO 118 DE LA CN

La Constitución Nacional se vincula en materia penal con el derecho internacional o derecho de gentes mediante el Art. 118 que establece:

Art. 118- Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia en que hubiere cometido el delito; pero cuando se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Este artículo refiere al derecho que corresponde a cada jurisdicción, reservando para los hechos cometidos fuera de las fronteras del país la tipificación de las conductas que pena el derecho de gentes o derecho internacional, y no obliga a la eventual aplicación de normas procesales del derecho interno. En ese sentido, es evidente que los delitos que se imputan en los juicios de venganza no fueron cometidos en el extranjero y que la mentada ley especial no ha sido ni siquiera objeto de tratamiento por parte del Congreso.

El artículo 118 ha permanecido invariable desde la aprobación de la Constitución en 1853. Si a pesar de las reformas constitucionales jamás fue modificado y dado que es impensable que en aquella época los convencionales constituyentes admitieran la más mínima injerencia de un poder extranjero en el gobierno de la cosa pública nacional, no se advierte fundamento alguno que permita adjudicarle a la cláusula constitucional un sentido diferente al que tuvo el legislador al momento de su formulación; nótese [Art. 126 C.N.] que la Nación no delegó poder alguno ni aún a las provincias para dictar el Código Penal, luego de que lo hiciera el Congreso.

Siendo ello así, absolutamente nada permite suponer que haya existido la más mínima intención de someter una cuestión penal acaecida dentro del territorio nacional a normas foráneas. Tanto el artículo 118 como el 126 son taxativos en este aspecto.

La incorporación de la Convención sobre la imprescriptibilidad al derecho interno sólo reconoce que los crímenes internacionales cometidos por el nazismo –fuera del

territorio nacional [Art. 118 de la CN]– son imprescriptibles, pues le otorga esta característica a los delitos definidos en el Estatuto de Nuremberg.

Es más, una interpretación ajustada a derecho no permite perseguir a los criminales de guerra japoneses⁶²⁶ con la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU por falta de jurisdicción. Su texto no incluye los delitos tipificados en el Estatuto de Tokio para el lejano oriente que difieren de los del E. de Nuremberg, pues no incluye la persecución por motivos religiosos.

Aunque la Convención referida es considerada como parte de la costumbre internacional, hemos visto que hay normas fundamentales del Estado que pueden prevalecer, y en el caso de tratados de derechos humanos, existe además la doctrina del “margen nacional de apreciación”⁶²⁷.

En consecuencia el Art. 118 de la CN:

1. se trata sólo de una regla de competencia;
2. para los casos de juicios por jurados;
3. cuando éstos se establezcan en la República, lo harán por una legislación pertinente;
4. en el orden interno, la competencia territorial será por provincias;
5. en el orden internacional, si el delito ha sido cometido fuera del territorio nacional, contra el derecho de gentes, requerirá de la sanción de una ley especial que fije la jurisdicción;
6. dicha “ley especial” presentaría un contra sentido: sería para juzgar hechos ilícitos cometido “fuera de las fronteras”, donde evidentemente la Argentina

⁶²⁶ Ello no se debe a que las crueldades de los japoneses fuesen menores que las de los nazis. Geoffrey Robertson, en su libro *Crímenes contra la humanidad ¿el fin de la impunidad?* nos dice: *La acusación de Tokio sirvió al propósito histórico de recolectar pruebas documentales irrefutables de atrocidades sistemáticas, que en su bestialidad elemental estaban incluso más allá de la imaginación de los nazis: el ejército imperial empaló a mujeres después de violarlas y cortar a sus hijos por la mitad. Lanzó gérmenes de peste bubónica sobre ciudadanos chinos y se jactó de su desprecio por las leyes de la guerra.* ROBERTSON, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad*, Siglo XXI, Madrid, 2008, pág. 245.

⁶²⁷ Expresión utilizada por primera vez por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– en el caso De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica en 1971. También la refiere el ministro Fayt en el considerando 19 del caso Arancibia.

no tiene jurisdicción⁶²⁸. Salvo que se limite a conceder una prórroga de la competencia territorial extranjera, es ese caso estaríamos ante una reforma constitucional y no un tratado.

- En este sentido, el voto en disidencia del ministro Fayt en el caso "Arancibia Clavel" sostiene:

43] Que los obstáculos hasta aquí examinados tampoco pueden sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que encontraría su fundamento en el Art. 118 de la Constitución Nacional, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad.-

Al respecto, cabe recordar que el Art. 118 de la Constitución Nacional establece que [l]a actuación de estos juicios [juicios criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.-

Como se advierte, esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los delicta iuris gentium.

En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma [se refiere además a hechos acaecidos en el exterior] resulta inaplicable [Fallos: 324:2885].

En efecto, esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. Seco Villalba [Fuentes de la Constitución Argentina, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 225] da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes [en ese momento piratería y trata de esclavos] y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.-

⁶²⁸ Díaz Araujo, Enrique, *Lesas Humanidad*, Universidad Católica de La Plata, 2012, pág.142.

De tal modo, no cabe concluir que por esta vía el derecho de gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino.

Por otra parte, no debe confundirse el valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno.

En definitiva, la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo [más allá de su indiscutible valor] se le confiere jerarquía constitucional ni [menos aún] preeminencia sobre la Ley Fundamental.

Parece a todas luces exagerado inferir en base al texto del Art. 118 que sea posible la persecución penal en base a las reglas propias del derecho penal internacional.

De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes iuris gentium.

Por lo tanto [como se afirmó] la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad [en el mismo sentido ver Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España, Montevideo, 2003, ed. por la Konrad Adenauer Stiftung, investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional].

- A principios de 1945 los estados americanos, con excepción de la Argentina, firmaron el Acta Final de la Conferencia Interamericana Sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, conocida como el Acta de Chapultepec, celebrada en México entre el 21 de febrero y el 8 de marzo de 1945. El punto LIX aprobado el 7 de marzo de 1945, en su parte resolutive expresa: *1] Deplorar que la Nación Argentina no haya encontrado posible hasta ahora tomar las medidas que hubieran permitido su participación en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, con cuyas conclusiones se consolida y extiende el principio de la solidaridad del Hemisferio contra toda agresión, lo que llevó a la Argentina a la firma de dicho tratado pocas semanas más tarde, el 4 de abril de 1945.*

Esta conferencia, fue convocada con objeto de adoptar medidas para intensificar el esfuerzo bélico de las Naciones Americanas unidas contra Alemania y el Japón, así como para buscar el fortalecimiento de su soberanía política y económica y de su cooperación y su seguridad. El Acta Final prevé en el punto XIII: [la] Incorporación del Derecho Internacional en las Legislaciones Nacionales, expresando:

La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, CONSIDERANDO:

Que las Repúblicas de América han proclamado repetidas veces su adhesión a las normas del Derecho de Gentes, ya en instrumentos internacionales, ya en sus propias Constituciones;

Que, no obstante, tales normas no se incorporan automáticamente en las legislaciones nacionales;

Que dejar, como hasta ahora, a la voluntad de los Gobiernos la incorporación del Derecho Internacional a las legislaciones nacionales, impide que aquél cobre plena efectividad;

Que para subsanar esa grave deficiencia, conviene que la incorporación aludida se haga obligatoria y uniforme para todos los Estados, y tienda a incluir en las legislaciones nacionales disposiciones positivas y negativas que correspondan paralelamente a las adoptadas en el orden internacional y sirvan de instrumento para la aplicación de éstas en el terreno interno;

Que sin perder de vista la necesidad de que tal incorporación se efectúe con alcance mundial, es oportuno que las Repúblicas americanas se esfuercen por realizarla desde luego, teniendo en cuenta que la similitud de sus regímenes constitucionales facilitará ese propósito, RESUELVE:

1°. Proclamar la necesidad de que todos los Estados se esfuercen por incorporar en sus Constituciones y demás leyes nacionales, las normas esenciales del Derecho Internacional.

2°. Recomendar que al estudiarse la reorganización del Sistema Interamericano, se incluya en el Pacto constitutivo de la futura organización de las Repúblicas de América, un Artículo en el que reiteren el anterior propósito y se obliguen a informar

sobre su cumplimiento al órgano interamericano permanente que se estime apropiado.

Como puede observarse, las Actas proclaman que los estados signatarios aprueben normas en el derecho interno análogas a las establecidas en tratados del derecho internacional a fin de volver operativo el derecho de gentes, aunque pueda inferirse que se trata del derecho de Nuremberg, no se establece cuáles son esas normas. Por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema basada en la existencia de un derecho consuetudinario imperativo previo a la sanción de los tratados que establecen tanto las definiciones de los delitos de lesa humanidad, como la vigencia de su imprescriptibilidad, carecen absolutamente de sustento legal al reconocerse en el Acta N° XIII de Chapultepec que las normas del derecho internacional no eran incorporadas automáticamente al derecho interno de los estados, pues es evidente que si tales previsiones [vinculadas al esfuerzo de guerra contra Alemania y Japón] fuesen normas de *ius cogens* la recomendación del Acta N° XIII, aprobada el 6 de marzo de 1943, hubiese sido innecesaria precisamente por su naturaleza imperativa, independientemente de la inclusión al derecho interno de los estados parte.

Por otra parte tampoco habían sido objeto de tratamiento en el derecho positivo porque expresamente se aspiraba a que fueran codificadas, tal como se establece en el punto XXV del Acta [Reorganización de los Organismos de Codificación del Derecho Internacional Público].

4 | NORMAS INTERNAS DE IMPORTANCIA FUNDAMENTAL

En cuanto a la incorporación del derecho internacional, es oportuno recordar la vigencia de normas de importancia fundamental del derecho interno.

El Art. 27 de la Convención de Viena [CVDV] establece:

Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Este artículo brinda el criterio general para habilitar el curso a los tratados sin que una norma interna impida su ejecución; ello es razonable puesto que si el Estado se está obligando con la ratificación de un tratado, no tendría sentido que una norma interna impidiese el cumplimiento de dicha obligación internacional.

Los estados tienen la opción de no obligarse al no firmar ni ratificar los tratados, aún los de derechos humanos, como ocurre con la CADH que no fue ratificada por los EE.UU., Canadá, ni por Cuba que todavía permanece expulsada de la OEA y viola desde hace más de cuarenta años los derechos humanos de los opositores políticos.

Tampoco existe en Asia una convención regional de derechos humanos pese al esfuerzo de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático –ASEAN–⁶²⁹.

No obstante, para aquellos estados que deciden obligarse, el derecho internacional respeta la existencia de normas internas de “importancia fundamental” como la Constitución Nacional y en consecuencia la vigencia del principio de legalidad contenido en el Art. 18, que el Estado puede proteger interponiendo una reserva al momento de ratificar el tratado, como hizo la Argentina con Art. 15 inciso 2 del PIDCP y con la CADH.

Obsérvese que el artículo 27 de la CVDT no impone el reemplazo del derecho interno por el internacional, como tampoco habilita la aplicación directa de este último, ni refiere que ambos derechos forman parte de un mismo cuerpo normativo donde el derecho interno está subordinado al internacional.

Simplemente reclama al Estado que se obliga por un tratado internacional que lo cumpla, para lo cual éste deberá adaptar sus normas internas si éstas se oponen al texto del tratado.

Tal como se mencionó, el Art. 46 de la CVDT reconoce al momento de celebrarse pactos internacionales, el respeto de ciertas normas internas de importancia fundamental para ese Estado:

⁶²⁹ La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático –ASEAN– fue creada en 1967. Integrada por: Brunei, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam.

Art. 46: Disposiciones de derecho interno del Estado y reglas de la organización internacional concernientes a la competencia para celebrar tratados:

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

En función ello, la Convención sobre la imprescriptibilidad no sólo viola el Art. 18 C.N. [principio de legalidad], sino que también se opone al Art. 46 inciso 1 de la CVDT, que reconoce la vigencia de las normas de importancia fundamental en el derecho interno.

El ministro Boggiano en su voto en el caso "Simón" considerando 12, ha expresado: *Es claro que el Congreso no podría dotar de jerarquía constitucional a un tratado que lesione un principio constitucional.*

En el mismo sentido el Art. VIII de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas⁶³⁰, ratificada por la Argentina el 31 de octubre de 1994, establece:.....cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo estado parte.

Obsérvese que esta Convención respeta la existencia de una norma interna de carácter fundamental, tal como lo prescribe el Art. 46 de la CVDT, que pueda modificar la aplicabilidad de una norma de derecho internacional consuetudinario o convencional, como la imprescriptibilidad que enuncia la primera parte del Art. VII de la Convención.

⁶³⁰ Aprobada por ley 24.556 [BO 18/10/95] y adquirió jerarquía constitucional mediante la ley 24.820 [BO 29/5/97].

Por lo tanto las normas internacionales consuetudinarias pierden obligatoriedad ante una norma de derecho interno fundamental como la Constitución Nacional⁶³¹.

Los tratados internacionales –a fin de asegurar su operatividad– recomiendan que se ajuste el derecho interno al internacional pero respetando los procedimientos constitucionales y, como se ha dicho, tampoco proponen su sustitución; en efecto:

1- El Pacto de San José de Costa Rica establece en su Art. 2:

Art. 2- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

2- La Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de personas establece en el Art. III que:

-Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad...

Esta Convención no sólo respeta los procedimientos del derecho interno, sino que determina la necesaria sanción de una ley en la que se tipifique el delito de desaparición forzada y se establezca el monto de la pena.

En este sentido la Corte IDH en las sentencias por los casos Velázquez Rodríguez c/Honduras y Godínez Cruz c/Honduras, admitió que por razones de derecho interno

⁶³¹ Téngase presente que una norma de ius cogens como la prohibición del uso de la fuerza tiene una excepción en el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas que contempla el uso de ésta como legítima defensa.

pueden no aplicarse sanciones a los responsables individuales de desaparición forzada de personas.

Lo que fue conteste con el informe de la CIDH en los casos Argentina⁶³² y Uruguay, en los que en atención al derecho a la verdad de la víctima sólo recomendó “esclarecer e individualizar” a los responsables pero no “sancionar”.

Por lo tanto, en casos en que un estado adopta la decisión de cancelar su pretensión punitiva debido a la vigencia de normas internas fundamentales, aún en caso de violaciones de los derechos humanos, no incurre en falta a su responsabilidad internacional.

3-También el Art. 2 inc. 2 del PIDCP establece:

Art. 2 inc.2- Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

4-El decreto ley 6.286/56, publicado en el BO del 25 de abril de 1956, ingresó al derecho interno la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y fue elevada a jerarquía constitucional por la reforma constitucional de 1994 [Art.75:22]. En su Art.V prevé:

Art.V- Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus constituciones respectivas, 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 artículo.

Téngase presente que aún no se dictó ninguna de esas medidas legislativas, especialmente orientadas a establecer las sanciones penales referidas.

⁶³² Informes OEA/Ser. L/V/II.83, 28/92 [Argentina] y 29/92 [Uruguay].

5- Por su parte el Protocolo de San Salvador, adicional a la CADH, establece en su Art. 1:

Art. 1-Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Art. 2:

Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

6- El Protocolo de la Convención Sobre Deberes y Derechos de los Estados en Caso de Luchas Civiles, adoptado en La Habana el 20 de febrero de 1928 y ratificado por la Argentina el 24 de octubre de 1957, establece en su artículo 5:

Art. 5- Cada Estado Contratante, en las zonas bajo jurisdicción y dentro de las facultades que le otorga su Constitución, empleará todos los medios adecuados para evitar que cualquier persona, nacional o extranjera, participe deliberadamente en la preparación, organización o ejecución de una empresa militar que tenga como fin iniciar, promover o ayudar una lucha civil en otro Estado Contratante, cuyo gobierno esté o no reconocido.

Para los fines del presente artículo la participación en la preparación, organización o ejecución de una empresa militar comprende entre otros actos:

- a] la contribución, el suministro, o la provisión de armas y material de guerra;
- b] el equipo, el adiestramiento, la reunión o el transporte de miembros de una expedición militar; o
- c] el suministro o el recibo de dinero, a cualquier título, destinado a la empresa militar.

7- También el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos por Bombas, adoptado por resolución de la Asamblea General A/RES/52/164 del 15 de diciembre de 1997, establece:

Art. 4:

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para:

- a] Tipificar, con arreglo a su legislación interna, los actos indicados en el Artículo 2⁶³³ del presente Convenio;

⁶³³ Art. 2 establece:

1-Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícitamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

- a) Con el propósito de causar muerte o graves lesiones corporales; o
- b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

2- También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.

3-También comete delito quien.

- a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo; u
- b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo; o
- c) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con el propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos que se trate.

b] Sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave.

Art. 5:

Cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, incluida, cuando proceda, la adopción de legislación interna, para que actos criminales comprendidos en el ámbito del presente Convenio, en particular los que obedezcan a la intención o el propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar y sean sancionados con penas acordes a su gravedad.

Por otra parte, el hecho de que un tratado internacional se oponga a una norma interna no genera la inmediata subordinación del Estado a la norma internacional.

En ese sentido la Corte IDH en la opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 solicitada por Costa Rica, en el considerando 27 afirmó: *La experiencia indica, además, que después de que una ley ha sido promulgada debe pasar no poco tiempo antes de que pueda ser derogada o anulada, aún cuando hubiere determinado que viola las obligaciones internacionales del Estado.*

Es decir, tanto por la práctica como por las normas, existe un respeto y consideración a la existencia de normas internas, y en ese sentido el derecho internacional no avasalla al derecho interno.

Retomando el análisis de la vinculación entre el derecho internacional y el interno, los Arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional establecen la adaptación de este último al derecho internacional con arreglo a los procedimientos constitucionales:

Art. 27- *El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.*

Art. 31.- *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de*

la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859.

Ambos determinan que un tratado no puede oponerse a la Constitución. En ese sentido el ministro Fayt sostuvo en su voto disidente en el caso Arancibia, en los considerandos 19 y 23:

19] Que, en definitiva, la vigencia del Art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal,...

23] Que en ese cometido, cabe recordar que tal como ocurría al dictarse el leading case "S.A. Martín & Cía.", los Arts. 27, 30 y 31 de la Constitución Nacional, continúan regulando los vínculos entre el derecho internacional y el interno, normas cuya vigencia no debe desatenderse.

Es por ello que lo afirmado hasta aquí no resulta desvirtuado por lo resuelto en la causa "Miguel Ángel Ekmekdjian" [Fallos: 315:1492].

Allí [como ya se señaló] en base al Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se estableció que debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna. Mas esto no significa en modo alguno que esta Corte Suprema haya conferido mediante esta norma, primacía al derecho internacional sobre el derecho interno.

Lo que sí afirmó el TOF 5 CABA, es que a diferencia del precedente "S.A. Martín & Cía.", la incorporación de la Convención de Viena proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la ley.

Sólo así el Art. 27 de la Convención puede ser compatible con nuestro sistema constitucional.

Consecuentemente todas las medidas que hayan de adoptarse en el derecho interno se deben hacer con arreglo a la Constitución y sus procedimientos.

En ese sentido ésta se erige a sí misma como suprema, subordinando los tratados a dicha primacía [Arts. 27 y 31] pues es la CN la que autoriza a los funcionarios del Estado a firmar tratados internacionales y contraer obligaciones; por contrario imperio, no son los tratados internacionales los que permiten la existencia y la vigencia de la normativa de la Carta Magna.

Ambos artículos determinan que un tratado no puede oponerse a la Constitución. En consonancia con ello el inc. 22 del Art. 75 de la CN establece:

Inc. 22- Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

Respecto de las convenciones y pactos de derechos humanos incluidos en dicho artículo, agrega: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

El ministro Boggiano sostuvo en su voto en el caso "Simón", considerando 12:

... el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional no modifica, altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales, guardan siempre el espíritu de tales derechos.

Con relación a la incorporación de los tratados al derecho interno, ha expresado el ex juez del juicio a las Juntas Militares, Dr. Andrés D'Alessio⁶³⁴:

Producida la reforma de 1994, se otorgó a la mayoría de ellos [pactos de DDHH] rango supralegal, incorporándolos al texto constitucional.

Lo primero se hizo dejando a salvo que en ningún caso podrían aplicarse sus disposiciones a hechos anteriores a la ratificación mediante reservas y declaraciones interpretativas.

A su vez, la asignación de categoría constitucional a los tratados de derechos humanos en la reforma de 1994 se hizo con tres salvaguardas:

⁶³⁴ D'Alessio, Andrés; *Los delitos de Lesa Humanidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008, pág.86.

a] Se mantuvo el Artículo 27, que subordina la obligatoriedad de los tratados a que ellos estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

b] En el propio Art. 75 inc. 22, en que se estableció su rango constitucional, se aclaró que ello era “en las condiciones de su vigencia”, lo cual, si bien puede estimarse sobreabundante, deja en claro que adquirirían tal carácter con las reservas y declaraciones interpretativas hechas por la República en el momento de ratificarlos.

c] En el mismo artículo, y a continuación, se establece que ellos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, con lo cual no puede darse a esa incorporación con tal rango alcance alguno que importe una solución menos garantista que la que se hubiera adoptado antes de la reforma.

En consecuencia, la Constitución reformada ha establecido reglas para decidir la inteligencia que cabe asignar a los tratados que incorpora en caso de conflicto con los derechos y garantías establecidos en su primera parte.

Por lo tanto, la Convención sobre la imprescriptibilidad aprobada al sólo efecto de otorgar una característica particular a un delito determinado y justificar las sentencias de la CSJN, tipificado como se ha afirmado en otro instrumento internacional, no tiene preeminencia sobre la Constitución Nacional, ni sobre las garantías del Art. 18.

En efecto, la Convención establece en su Art. 4:

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran 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 mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida.

Obsérvese que este artículo no exige la aplicación de la imprescriptibilidad de manera retroactiva, y establece que las reformas al derecho interno se hagan al sólo efecto de evitar la prescripción hacia el futuro de este tipo de delitos.

Ello resuelve la crisis entre el valladar del Art. 18 de la CN y la imposición retroactiva de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, pues compromete a los Estados Partes *...con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales*, a que se aplique la imprescriptibilidad a los crímenes internacionales y en caso de existir alguna norma que otorgue el instituto de la prescripción para estos delitos, el Estado Parte se compromete a abolirla.

Es la propia Convención la que se subordina a los procedimientos constitucionales de los estados; consecuentemente el Art.18 de la CN prevalece por sobre el texto de la Convención impidiendo la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad.

Ahora bien, dicho artículo establece también que los Estados Partes de la Convención se comprometen a adoptar, [...] las medidas legislativas necesarias para "abolir" la prescripción.

En el caso argentino, el procedimiento de adaptación de esta Convención, conforme al Art. 67 de la CN debería ser por medio de la sanción y promulgación de una ley que derogue el instituto de la prescripción de las acciones penales respecto de los DLH, sin embargo al momento de los hechos imputados [1976-1983] no existían en nuestro derecho penal interno, delitos que se pudiesen calificar de lesa humanidad, distintos en su naturaleza jurídica a los crímenes comunes.

Por lo tanto no había delitos imprescriptibles hasta la promulgación de la ley 26.200 que vuelve operativo el Estatuto de Roma, pues pese a la aprobación de la Convención sobre la imprescriptibilidad en 1995 [ley 24.584], ocho años antes de su ratificación, la tipificación de los DLH, dada en el Estatuto de Nuremberg, no había ingresado al derecho positivo doméstico.

La pregunta entonces es, ¿cómo se puede pasar directamente al derecho penal interno, la definición de un delito internacional tipificado para una situación de guerra acotada a la jurisdicción y competencia, por hechos de los máximos responsables del Eje europeo, establecido por un tratado no ratificado por la Argentina, sin una ley que establezca al menos la jurisdicción?

En otras palabras, ¿cómo una norma internacional incompleta que no tipifica el delito, ni establece el monto de la pena, tal como la Convención sobre la imprescriptibilidad,

puede ser aplicada sin más por los órganos internos competentes?

La respuesta es obvia: ante la ausencia del tipo penal y de la pena, se deberá recurrir ilegalmente al empleo de analogía penal, sustituyéndolas con las previstas en el Código Penal para otros delitos, con fundamento en el caso "*Ekmekdjian*" que fusiona el derecho internacional con el doméstico en circunstancias particulares.

5 | EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDEN DE PRELACIÓN INTERNO

Otro aspecto que suele soslayarse a la hora de las sentencias es el orden de prelación de normas vigentes en el tiempo de los hechos, que establece la prioridad que debe prevalecer en el momento de aplicar una fuente y concierta el ordenamiento jurídico de un Estado, que en este caso se observa trastocado.

En efecto, el Procurador General en el caso "Simón" expresó:

En este punto, sin embargo, corresponde efectuar una reseña de la evolución que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al orden de prelación de las normas que lo integran.

Al respecto, lo que queda claro –y en ningún momento se ha visto alterado– es la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del Derecho positivo nacional, incluidas las normas de Derecho internacional vigentes para el Estado argentino [cfr. artículos 27 y 31 del texto constitucional y Fallos: 208:84; 211:162].

En cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y las normas del Derecho internacional vigentes para el Estado argentino, la interpretación de nuestra constitución ha transitado varias etapas.

Así, luego de una primera etapa en la cual se entendió que las normas internacionales poseían rango superior a las leyes nacionales [Fallos: 35:207], sobrevino un extenso período en el cual se consideró que estas se hallaban en un mismo plano jerárquico,

por lo que debían regir entre ellas los principios de ley posterior y de ley especial [Fallos: 257:99 y 271:7].

A partir del precedente que se registra en Fallos: 315:1492 se retornó a la doctrina Fallos: 35:207 y, con ello, a la interpretación del artículo 31 del texto constitucional según la cual los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de jerarquía inferior a la Constitución Nacional.

Esta línea interpretativa se consolidó durante la primera mitad de los años noventa [Fallos: 316:1669 y 317:3176] y fue un importante antecedente para la reforma constitucional de 1994 que dejó sentada expresamente la supremacía de los tratados por sobre las leyes nacionales y confirió rango constitucional a los pactos en materia de derechos humanos [Artículo 75, inciso 22, de la Constitución].

Con posterioridad a la reforma constitucional la Corte Suprema sostuvo que el Artículo 75, inciso 22, al asignar dicha prioridad de rango, sólo vino a establecer en forma expresa lo que ya surgía en forma implícita de una correcta interpretación del Artículo 31 de la Constitución Nacional en su redacción originaria [Fallos: 317:1282 y, posteriormente, 318:2645; 319:1464 y 321:1030].

Pese a las afirmaciones de algunos ministros de la Corte acerca de la relación entre el derecho internacional y el doméstico, el ministro Fayt en el caso "Simón" dio la prelación vigente luego de la reforma constitucional de 1994:

61] Que, entonces, los tratados de derechos humanos a los que hacen referencia los párrafos segundo y tercero del Art. 75 inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados –los supraleales [Art. 75, inc. 22, primer párrafo, e inc. 24]– y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma.

En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución [como la retroactividad de la ley penal], aquellos deban primar sobre el derecho interno.

Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el "equilibrio" normativo, sino que puede compatibilizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente [conf. Erg. voto del juez Fayt en "Petric", Fallos: 321:885].

De lo afirmado hasta aquí cabe concluir que la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo.

En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del Art. 75. inc. 22 en lo que al caso interesa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro tercer párrafo del Art. 75, inc. 22 [hasta el momento, precisamente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad].

En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso.

Tal como se afirmó en el caso "Arancibia Clavel", la reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa "Ekmekdjian" en base al Art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados cualquiera fuera su categoría y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los Arts. 1 a 35 [ley 24.309, Art. 7].

Por ello, y en virtud del orden de prelación ut supra explicitado, de concluirse que la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" prevé su utilización retroactiva o bien que el apartado segundo del Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite la aplicación retroactiva de la "Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas", estos preceptos resultarían claramente inaplicables.

En efecto, el Art. 18 de la Constitución Nacional como norma de jerarquía superior y por lo demás más respetuosa del principio pro homine impediría que pueda aplicarse retroactivamente una derogación al régimen de prescripción de la acción penal.

En función de lo expresado se puede graficar el siguiente orden de prelación:

ORDEN DE PRELACIÓN DE LAS LEYES

PRELACIÓN VIGENTE EN LA ÉPOCA DE LOS HECHOS Décadas de los 70 y 80		RELACIÓN VIGENTE A PARTIR DE LA REFORMA DE 1994 Según voto del Ministro Fayt en el "caso Simón"	PRELACIÓN ACTUAL SEGÚN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL	
Art. 31 de la CN	Ley 48 Art.21		Art. 31 de la CN	Art. 75 Inc.22 de la CN
1- Constitución	1- Constitución Nacional	1- Constitución Nacional	1- Constitución Nacional	1- Constitución Nacional
2- Leyes de la Nación	2- Leyes de la Nación	2- Tratados de DDHH	2- Leyes de la Nación	2- Tratados
3- Tratados con potencias extranjeras	3- Tratados	3- Otros tratados	3- Tratados con potencias extranjeras	3- Leyes
	4- Leyes particulares	4- Leyes del Congreso		
	5- Leyes generales			
	6- Principios de gentes		El Art. 75 Inc. 22 establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes y <i>no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución.</i>	

Fig. -23-

-El Art. 31 de la CN, en la época de los hechos, fue interpretado por la CSJN en Fallos: 311:401, del 29/03/88, entendiendo que las leyes del Congreso y los tratados internacionales son ley suprema de la Nación. No obstante, el Art.31 enuncia los tres tipos de normas según el siguiente orden: 1° Constitución, 2° Leyes y 3° Tratados, como se expresa en el gráfico.

-Obsérvese que en la época en que se redactó la Constitución Nacional [1853], los delitos contra el derecho de gentes [vgr. piratería] eran muy diferentes a los DLH.

6 | ¿TENÍAN LOS TRATADOS SUPREMACÍA JERÁRQUICA POR SOBRE LAS LEYES?

Desde que aparecieron los tratados de derechos humanos en la escena nacional, pareciera que el derecho interno y las garantías constitucionales, admiradas durante años por muchos juristas, resultaban insuficientes ante la "verdad revelada" introducida por los tratados de DDHH.

A partir de la reforma constitucional del '94 y aún antes, un exacerbado internacionalismo se apoderó de magistrados y legisladores situando jerárquicamente, a los tratados internacionales de derechos humanos a la par de la Constitución Nacional, e incluso algún autor sostiene que en la cúspide de la pirámide normativa del derecho interno los tratados internacionales se ubican por sobre la Carta Magna.

Este razonamiento permitió a algunos juzgadores, desplazar el principio de legalidad y privilegiar la imprescriptibilidad de los DLH, fundado en la jerarquía constitucional de que goza la Convención sobre la imprescriptibilidad.

Como hemos visto, el derecho internacional reclama que no exista una limitación en el derecho interno e impida el cumplimiento del tratado al que el Estado se obligó "voluntariamente", pero no exige que los tratados se encuentren por sobre las leyes ni que tengan rango constitucional, sino que se cumplan.

Lo dicho evidencia que la cuestión amerita un análisis más profundo. Del cuadro anterior se desprenden algunas conclusiones:

1] La prelación existente en la época de los hechos se encontraba instituida de manera concordante, tanto en el Art. 31 de la CN como en la ley 48, ambas normas establecían que las leyes nacionales eran de superior jerarquía a los tratados. En efecto, recuérdese que dicho artículo –que reiteramos parcialmente dada su importancia– está reservado a la prelación de las normas, consecuentemente establecía en el texto constitucional de 1853 y establece en el actual:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; ...

Si bien la redacción del Art. 31 no es suficientemente clara como para despejar cualquier duda, en una primera aproximación, pareciera ubicar en un mismo plano a la Constitución, las leyes y los tratados, al afirmar que *son la ley suprema de la Nación*. Sin embargo es la Constitución la que autoriza a determinados agentes estatales a obligar internacionalmente al Estado por medio de tratados, no podría entonces suponerse que esta norma fundamental pueda compartir la misma precedencia que los tratados, pues como se dijo la primera le da existencia, en el derecho interno, a los segundos y no ocurre lo mismo en sentido inverso. Consecuentemente la coma que en el texto del Art. 31 separa la palabra "Constitución" de la expresión "las leyes de la Nación" y "los tratados", otorga a la Carta Magna entidad jerárquica fundacional; lo que así se confirma con el Art. 75 inciso 22 post reforma, que ubica con mayor certeza a la Constitución por sobre los tratados⁶³⁵ al expresar el carácter inmodificable de la primera parte de ésta.

Queda entonces por reflexionar brevemente acerca del hecho de que tanto los "tratados" como las "leyes nacionales" constituyan ley suprema de la Nación. Es evidente que ambos tipos de normas no pueden ubicarse en un mismo plano, en razón de las consecuencias jurídicas que se desprenden en caso de conflicto entre éstas. En consecuencia si bien ambas [leyes y tratados] son ley suprema, el texto del Art. 31 enuncia las leyes antes que los tratados otorgando jerarquización que puede materializarse en caso de conflicto entre éstas. Así lo entendieron los legisladores cinco años después de haberse consagrado la Constitución Nacional cuando aprobaron la ley 48 y le otorgaron únicamente a la Constitución la potestad de ser considerada ley suprema.

En efecto, el Art. 21 de la ley 48 de 1863 de plena vigencia hasta la reforma constitucional del '94, establecía:

⁶³⁵ Recuérdese que la mayoría de los tratados suelen referir que las adaptaciones al derecho interno deben realizarse conforme a las previsiones constitucionales.

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 generales 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.

Este orden de prelación es congruente con lo establecido en el Art. 118 de la Constitución Nacional, que en su última parte, –luego de referir el componente territorial donde se hubiere cometido el delito– dice: *...pero cuando éste [el delito] se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gente, el Congreso determinará por una ley especial en el lugar en que haya de seguirse el juicio.* Es decir, el derecho interno debe fijar las premisas para la celebración del juicio por un delito internacional.

Con la evolución del derecho internacional y la aparición de numerosos tratados a los que se fue obligando el Estado argentino, se hizo más evidente que una norma de derecho interno no se puede oponer a que un tratado ratificado por el Estado se vuelva operativo. Es evidente que el camino más simple para evitar que una norma del derecho interno se oponga a un tratado internacional fue ubicar a los tratados internacionales por sobre las leyes del Congreso, como lo establece el Art.75 inciso 22 de la CN reformada.

Para 1988 la CSJN en Fallos: 311:401 expresó: *Ni el Art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional [1853] atribuyeron prelación o prioridad de rango a los tratados con potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso Nacional. Ambas normas, leyes y tratados son calificados como ley suprema de la Nación.*

Dando así una interpretación diferente a la que establecieron los legisladores contemporáneos a los constituyentes, al aprobar la ley 48, pues en esa época era evidente que el derecho interno estaba jerárquicamente por sobre los tratados internacionales.

Por otra parte, cuando se convocó a la Convención Reformadora por ley 24.309 [BO 31/12/93] se hizo con determinadas previsiones, el artículo 7 de dicha ley establecía:

La convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único⁶³⁶ de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

La limitación de este artículo, deja claro que los convencionales del '94 no tenían competencia para modificar la prelación entre leyes y tratados, establecidos en el Art. 31 de la CN pre reforma.

Sin embargo, el criterio internacionalista⁶³⁷ prevaleciente en la Convención Constituyente estableció en el Art. 75 inc. 22, que *los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*, y refuerza tal supremacía al agregar la figura de la jerarquía constitucional para los tratados de derechos humanos, a los que posiciona por sobre las leyes nacionales.

No obstante, en ese mismo inciso de manera contradictoria y en idéntico sentido que el Art. 7, de la ley que convocó a los reformadores, establece que dichos instrumentos internacionales no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y también determina que *...deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos*. Nunca lo que ostenta el carácter de "complementario" puede ser superior o igual a lo "principal" pues complementar significa que añade partes que faltan para concluir algo.

El Art. 2 incisos a y c de la referida ley, sólo otorgaba competencia a los congresistas para reformar algunos artículos, entre ellos, el Art. 67 del anterior texto constitucional [actual 75], pudiendo agregar únicamente dos nuevos incisos y modificar el inc. 27 de dicho artículo.

⁶³⁶ La Constitución de 1860, denomina Capítulo Único a los 35 primeros artículos de la CN.

⁶³⁷ Dicho criterio buscaba maximizar los efectos del derecho internacional de los derechos humanos por sobre el derecho interno, incorporó por vía del Art. 75 inc. 22 instrumentos internacionales no aprobados por el Congreso, tal es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ello no incluía transformar la prelación existente entre las leyes internas dictadas por el Congreso de la Nación y los tratados que se concreten con los países extranjeros.

Sin embargo, las limitaciones de la ley 24.309 no fueron respetadas por los constituyentes que modificaron y agregaron varios incisos a este artículo y entre ellos se modificó tácita pero decididamente el orden de prelación establecido en el artículo 31 e incluso el expresado por la CSJN en Fallos: 311:401 que no establecía diferencia de rango entre las leyes y los tratados.

Al haberlo hecho violaron el factor de atribución de facultades otorgadas de manera taxativa por la ley 24.309 de necesidad de reforma de la Constitución vigente, cuyo texto es de redacción restrictiva como lo establece el Art. 6:

Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración.

Por lo que la inclusión de los tratados, con *jerarquía superior a las leyes*, establecido por los reformadores en el inc. 22 del Art. 75 del nuevo texto constitucional, implica palmariamente una violación a lo dispuesto en el artículo precedentemente transcripto.

La ley 24.309 no admite otra interpretación que pudiera relativizar la sanción, decretada de manera imperativa, esa transgresión, como cualquier otra en que pudiera haber incurrido la asamblea respectiva es de nulidad absoluta, implicando ello jurídicamente que no resulta posible su enmienda.

Si bien el vendaval renovador constituyente, al mejor estilo argentino, arrasó con las previsiones de la ley 24.309, a diferencia del resto de los artículos ilegalmente reformados, la particularidad del artículo 31 es que pertenece a la primera parte de la Constitución, cuya inderogabilidad es expresamente reconocida no sólo por la ley 24.309 [Art. 7] que convocó a la Convención, sino también por el propio artículo 75 inc. 22 del nuevo texto constitucional.

Es evidente que con la nulidad de la prelación de los tratados internacionales por sobre *las leyes de la Nación*⁶³⁸, permite cumplir con el mandato impuesto en el mismo Art. 75 inc. 22 de la CN [1994] de inderogabilidad de la primera parte de la CN, dado en el mismo sentido que el Art. 28 de la misma.

La incoherencia manifiesta que da lugar a que en una misma disposición [Art. 75] existan dos principios antagónicos afecta el principio de no contradicción, y se resuelve con la nulidad de la prelación que dispuso el inciso 22 del Art. 75 en su parte preliminar, recuperando la plena vigencia del Art. 31 intocable para la reforma parcial [Art. 1º ley 24.309].

En definitiva, aplicando la recta razón para la interpretación armónica de la ley habilitante y la Reforma consumada, la alegada superioridad de los tratados internacionales se derrumba jerárquicamente reconociendo, como lo establece el Art. 31 de la CN, el mayor rango de las leyes de la Nación.

2]- Por otra parte, en la época de los hechos, el Código de Justicia Militar⁶³⁹ [ley 14.029 BO 6/08/51] tenía preeminencia sobre los principios generales del derecho de gentes, condición que reconsideró la CSJN en 1988 y se invirtió después de la reforma constitucional.

En efecto, luego de la aprobación de esta ley especial militar se publicó el decreto 13.764 del 16 de julio de 1951, cuyo texto expresaba: *Téngase por Ley de la Nación*,

⁶³⁸ Art. 31 y 33 CN.

⁶³⁹ Ley 14.029 establece:

Art. 1-Téngase por ley de la Nación Argentina el Código de Justicia Militar proyectado por el Poder Ejecutivo de la Nación, con las modificaciones propuestas por el mismo y aceptadas por la Comisión de Legislación General y Asuntos Técnicos del Senado de la Nación y las modificaciones propuestas también por el Poder Ejecutivo y aceptadas por la Comisión de defensa Nacional de la Cámara de Diputados de la Nación y cuyo texto definitivo va anexo a la presente ley.

El nuevo código entrará en vigor una vez promulgado y publicado, con la limitación que establece el Art. 885 del mismo en lo que respecta a su aplicación.

Art. 2-Comuníquese al Poder Ejecutivo. Dado en la Sala de Sesiones del Congreso argentino en Buenos Aires, 4 de julio de 1951.

Fdo: Alberto Teisaire, Alberto Reales, Héctor J. Cámpora, Rafael González.

*cúmplase, comuníquese, publíquese, dése a la Dirección General de Registro Nacional y archívese*⁶⁴⁰.

El Código de Justicia Militar fue derogado por ley N° 26.394 [BO del 29 de agosto 2008]. Esta ley comprende las modificaciones al Código Penal y al Código Procesal Penal, entre otras cuestiones de procedimiento. Recuérdese que la "derogación" no tiene el alcance de la "nulidad" por lo tanto esa ley continúa siendo aplicable para los hechos que se ventilan en los juicios de venganza con fundamento en su "ultraactividad".

En consecuencia, en función del Código de Justicia Militar y del Código Penal vigente en los '70, por aplicación del principio de "ley más benigna", –reconocido tanto en el derecho interno como en el internacional–, esa era la ley aplicable.

Nótese que el derecho de gentes está en el último orden de prelación de normas al momento de los hechos que se ventilan hoy en los juicios de venganza a civiles, policías y militares, que actuaron cumpliendo las leyes vigentes.

3]- En consecuencia los militares estaban claramente obligados por el derecho interno y aunque sus conductas pudieran considerarse delictivas en la época de los hechos, según el derecho internacional, hoy están prescriptas y sus causas fenecidas, dado que el orden de prelación vigente les imponía el Código de Justicia Militar por sobre los instrumentos de derecho internacional no vigentes en el derecho interno. En la sentencia del 6/11/12, del TOF de Bahía Blanca, en el caso "Bayón, Juan Manuel y otros" el tribunal expresó: Por cierto que si tomamos en cuenta, sin más, las fechas de comisión de los delitos denunciados, los mismos se hallan completamente prescriptos. Pero sucede que existe una serie de argumentos de derecho internacional e interno, que descartan tal circunstancia.

Sin embargo, los tratados entran en vigor a partir de la ratificación por parte de los estados [Art. 24 de la CVDT] y en consecuencia no pueden aplicarse de manera retroactiva.

⁶⁴⁰ Firman ese decreto: Perón, José Sosa Molina, Franklin Lucero, Enrique Bonifacio García, César Raúl Ojeda.

Ante ello no se puede exigir a ningún ciudadano, ni aun siendo militar que conozca el derecho internacional consuetudinario y se sienta obligado por éste.

4]- La costumbre internacional no es fuente del derecho penal argentino, por lo tanto no figura en el orden de prelación actual. En ese sentido la CSJN ha afirmado enfáticamente que:

*No corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades*⁶⁴¹.

La hermenéutica jurídica se complementa con la jurisprudencia que afirma: *Que con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, no cabe al Tribunal apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste, pues de hacerlo así olvidaría que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso, expresamente contempladas en aquélla*⁶⁴². *De otro modo podría arribarse a una interpretación que –sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal–, equivaliese a prescindir de su texto*⁶⁴³.

5]- La única costumbre internacional que se acepta es la que habiéndose positivizado forma parte de los tratados internacionales. Sin embargo de acuerdo al texto de los votos de algunos ministros de la CSJN, pareciera que al asumir sus cargos juraron cumplir su función respetando el derecho consuetudinario, en reemplazo de la Constitución Nacional.

⁶⁴¹ CSJN, 1978, - ‘Ríos, Ramón y otro’, Fallos: 300:700, Lexis N° 5/4792.

⁶⁴² Fallos: 218:56; 299:167.

⁶⁴³ Fallos: 279:128; 300:687; 301:958” CSJN, 9/10/1990 “Ballvé, Horacio, Fallos: 313:1007; idem 11-2-1997 “Piñeiro”, Fallos: 320:61; idem. 25/09/01 - C. 783. XXXV. “Ceresole, Norberto Rafael”, Fallos: 324:2885; entre otros.



En América Latina, no todas las guerrillas urbanas fueron igualmente terroristas.

Es probable que Montoneros de la Argentina haya sido el grupo que adoptó con más fuerza este modelo de acción en los años '70.

Héctor Ricardo Leis⁶⁴⁴.

Capítulo VIII

La guerra y la paz

1 | ENCUADRE DEL MÓVIL DE LAS CONDUCTAS ACRIMINADAS

En el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la CDI, el Sr. Thiam⁶⁴⁵ analizó el móvil de los delitos de lesa humanidad en el doc. A/CN.4/398, donde expresó:

25. Parece que el único elemento objeto de consenso es el móvil. Todos los autores, todas las decisiones de jurisprudencia, todas las resoluciones de los congresos internacionales, coinciden en el hecho de que lo que caracteriza al crimen de lesa humanidad es el móvil, es decir la intención de atentar contra una persona o un grupo de personas, por motivos raciales, nacionales, religiosos o de opiniones políticas. Se

⁶⁴⁴ Leis, Héctor Ricardo, *Un testamento de los años '70, terrorismo, política y verdad en la Argentina*, Katz, Buenos Aires 2013, pág. 33. Leis amnistiado en el '73 se reconoce combatiente de Montoneros hasta fines de 1976.

⁶⁴⁵ Representante de Guinea y Relator especial del Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

trata de una intención especial, incorporada en el crimen, que le confiere su particularidad.

La tipificación de los crímenes contra la humanidad establecidos en el Estatuto de Nuremberg, estaba dirigida a castigar las violaciones del nazismo perpetradas sobre la comunidad judía, que fue perseguida antes y durante la guerra por motivos políticos, raciales o religiosos, deportados a campos de concentración, esclavizados al obligarlos a trabajar en las fábricas de armas para sostener la guerra y exterminados⁶⁴⁶ en los campos de concentración, tanto en Alemania, como en los países invadidos, en un evento de dimensiones épicas como la IIª Guerra Mundial, que dejó un saldo de sesenta millones de personas muertas.

En este caso se trataba de un ejército invasor, condición que legitima la resistencia de las guerrillas nacionales de las que participaron muchos judíos, pero la mayoría de ellos no ofrecía resistencia ni atacaba a los alemanes; era sólo población civil ajena a las hostilidades.

En el caso argentino, el Estado actuó de manera gradual en respuesta a los ataques de la guerrilla rural y urbana que empleaba tácticas terroristas, tanto contra agentes estatales como contra población civil ajena a las hostilidades, y originó más de 17.000 víctimas inocentes directas⁶⁴⁷.

Su finalidad era la toma del poder por la fuerza.

Estas organizaciones actuaron durante los gobiernos de *iure* de Frondizi, Illia, Cámpora, Perón y M. E. M. de Perón. También lo hicieron durante los gobiernos de *facto* so pretexto de luchar legítimamente por el retorno a la democracia, pero cuando ésta se alcanzó en 1973, en lugar de abandonar las armas continuaron con la lucha armada para tomar el poder.

⁶⁴⁶ Durante el juicio de Nuremberg el fiscal general británico diferenció los crímenes perpetrados sobre los judíos al afirmar: *Los crímenes contra los judíos, en la medida en que son crímenes contra la humanidad y no crímenes de guerra*. Informe del Secretario General de la ONU, 1949, pág. 70.

⁶⁴⁷ Informe del Centro de Estudios Legales sobre el Terrorismo y sus Víctimas –CELTYV–, proyecto Víctimas. Nunca hubo una comisión oficial interesada en determinar el número de víctimas civiles inocentes.

Entre los objetivos del nazismo figuraban el exterminio de judíos, la idealización de la raza aria y el dominio de Europa.

En este sentido, fueron los nazis los responsables de la agresión expansionista contra Europa que se inició con *Anschluss* en 1938.

La finalidad del Estado argentino, tanto de los gobiernos de *iure* como de *facto*, era por el contrario detener el violento accionar de las organizaciones terroristas.

La parcialización del proceso histórico realizado por grupos de poder con intereses en la cuestión, tiene por finalidad demostrar que en la década del '70 el conflicto se planteó a partir de la necesidad del pueblo de luchar contra una dictadura, sin embargo los hechos demuestran que el Estado tuvo una actitud defensiva frente a la agresión llevada a cabo por las organizaciones armadas terroristas.

A partir de la década del '60 puede comprobarse la gradualidad en los actos de gobierno, llegándose al extremo de tener que recurrir a las fuerzas armadas para poner fin al conflicto, cuyo número de víctimas pertenecientes a la organizaciones armadas – arbitrariamente establecido en treinta mil–, aún no ha sido comprobado de ninguna manera.

Graciela Fernández Meijide, madre de un desaparecido e integrante de la CONADEP, reafirmó que el número de víctimas directas es de 7954⁶⁴⁸ y reconoció que la difusión del número 30.000 fue un ardid político para llamar la atención de ciertos países y organizaciones internacionales.

En el mismo sentido el ex montonero Luis Labraña afirmó en una nota publicada en Perfil.com, en noviembre de 2013: *El hecho de los 30.000 mil desaparecidos nadie me lo puede discutir porque fui yo quien puso ese número en Holanda [...] cuando en los Países Bajos se decide darle una mano a las Madres de Plaza de Mayo, estaba Hebe de Bonafini, se formaba la organización Solidaridad con las Madres Argentinas y para pedir el subsidio, ellas habían llevado la cifra de 3800 desaparecidos con sus nombres.*

⁶⁴⁸ http://www.perfil.com/contenidos/2009/08/03/noticia_0020.html, consultada el 9 de en enero 2014.

La gente de Holanda dijo que era poco, que era necesario llamar la atención pública ahí surgió la cifra de 30 mil. [Ver también MUCHNIK, Daniel, PÉREZ Daniel, Furia ideológica y violencia en la Argentina de los '70, Paidós, 2013, pág. 195 “Los supuestos 30.000”].

2 | MARCO NORMATIVO DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO

1966

En julio de 1966, después de haberse detectado y neutralizado en el norte del país, las actividades del Ejército Guerrillero del Pueblo –EGP– vinculado a la experiencia foquista de Ernesto "Che" Guevara en Bolivia con participación de militares cubanos que operaron sobre el territorio nacional, se sancionó la ley 16.896, que autorizaba a las Fuerzas de Seguridad a detener personas por diez días antes de ponerlas en manos de un juez.

1971

Para 1971 ante las manifestaciones violentas de las organizaciones clandestinas vinculadas a la resistencia peronista, las propuestas del trotskismo e incluso del maoísmo, el 16 de julio de 1971 durante el gobierno de facto de Lanusse, se creó por ley 19.053, un foro específico para juzgar las expresiones de la insurgencia involucrada en la "lucha armada": la Cámara Federal en lo Penal de la Nación –CAFEPENA–.

Con esta medida se logró detener y procesar a buena parte de la conducción de las organizaciones armadas terroristas.

2.1 | MEDIDAS DEL GOBIERNO DE IURE

1973

-27 de mayo de 1973, luego de asumir el gobierno de iure de Héctor Cámpora, se dictaron las leyes 20.508, 20.509 y 20.510 por las que se otorgó una amnistía general unilateral a los integrantes de las organizaciones armadas, se derogó la legislación empleada en esos procesos y se disolvió la Cámara Federal en lo Penal, encargada de juzgar actos de terrorismo.

-8 de setiembre de 1973, Perón reunió –en Gaspar Campos– a todas las agrupaciones juveniles del peronismo, entre ellas a Montoneros. Les dio una charla doctrinaria indicándoles que el camino era la ley y que para las transformaciones había que esperar el momento oportuno y no derramar sangre.

Perón les planteó la dicotomía sangre o tiempo y reafirmó su elección por la espera del tiempo y evitar el derramamiento de la sangre [cfr. *El Descamisado* año 1 N° 17- 11 septiembre 1973].

Al finalizar la reunión, Mario Firmenich, jefe máximo de Montoneros, manifestó a la prensa su posición opuesta: *si hemos llegado hasta aquí ha sido en gran medida porque tuvimos fusiles y los usamos; si abandonáramos las armas retrocederíamos en las posiciones políticas.*

Graciela Fernández Meijide en su libro *Eran Humanos no Héroes* recupera las palabras del Julio Bárbaro cuando explica este momento histórico: *El viejo dijo quinientas veces [a Montoneros] intégrense a la democracia... Y después era milico: o te integras a la democracia o te cago a tiros, en eso era textual.*⁶⁴⁹

-23 de septiembre de 1973, ante los reiterados ataques de las organizaciones armadas, el gobierno de iure declaró ilegal al ERP. [Decreto 1454 del 23/9/73].

⁶⁴⁹ FERNÁNDEZ MEIJIDE, Graciela, *Eran humanos no héroes, Crítica de la violencia de los 70*, Editorial Sudamericana, Edición 2013, pág. 137.

1974

-25 de enero de 1974, el gobierno de iure promulgó la ley 20.642 de endurecimiento de las penas.

-30 de septiembre de 1974, después de la muerte de Perón, el gobierno de iure dictó la ley 20.840, antsubversiva. No obstante ello, el avance de la violencia no se detuvo, por el contrario se incrementó.

-7 de noviembre de 1974, el gobierno de iure dictó el decreto 1.368 estableciendo el estado de sitio por tiempo indeterminado.

1975

-23 de enero de 1975, el Ejército Argentino, emitió Directiva del Comandante General del Ejército N° 333, para las operaciones en Tucumán.

-5 de febrero de 1975, se dictó el decreto 261 S, para empeñar el Ejército Argentino contra la guerrilla rural en Tucumán, el Art. 1 establecía:

El Comando General del Ejército procederá a ejecutar las operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos que actúan en la provincia de Tucumán.

-La Armada emitió la Directiva Antisubversiva 1/75 COAR⁶⁵⁰.

-Abril de 1975, se dictó el decreto N° 807 reglamentando la opción para salir del país durante el estado de sitio.

-28 de agosto de 1975. Montoneros derribó un avión Hércules de la Fuerza Aérea que decolaba del aeropuerto "Benjamin Matienzo" de la ciudad de San Miguel de Tucumán.

-6 de septiembre de 1975, se dictó el decreto 2452 declarando ilegal a la organización terrorista Montoneros.

⁶⁵⁰ Comandante de la Armada.

- **6 de octubre de 1975**, un día después del ataque al Regimiento 29 de Infantería de Monte [RIM - 29] de Formosa se dictaron los decretos:

- 2770 - Creó el Consejo de Seguridad Interna integrado por el Presidente, todos los ministros del Poder Ejecutivo, los comandantes Generales de la Fuerzas armadas, y pone a las fuerzas de seguridad bajo su órbita.
- 2771 - Disponía que las policías provinciales y las fuerzas penitenciarias provinciales quedasen bajo el control operacional del Consejo de Defensa.
- 2772 - Se crea el Consejo de Defensa y se empeña a las FFAA en todo el país.

-**15 octubre 1975**: Primera directiva del Consejo de Defensa 1/75 establecía:

6) La ofensiva deberá lograr antes de finalizar el año 1975 una disminución notable del accionar subversivo y transformar a la subversión en un tema de naturaleza policial para fines de 1976.

B) Efectos a lograr

Las acciones deben tender a: [...]

3) Aniquilar los elementos constitutivos de las organizaciones subversivas a través de una presión constante sobre ellas.

-**28 octubre de 1975**, se emitió la Directiva del Comandante General del Ejército N° 404/75.

-**21 de noviembre de 1975**: la Armada dictó el Plan de Capacidades PLACINTARA 75.

-La Fuerza Aérea emitió Orientación Actualización del Plan de Capacidades Marco Interno 1975.

-**16 de diciembre 1975**: El Ejército dispuso el Procedimiento Operativo Normal – PON– 212/75 donde se establecían los procedimientos para las detenciones y allanamientos.

1976

-**Febrero de 1976**, se dictó el decreto N° 642, nuevas reglamentaciones para la opción de salir del país durante el estado de sitio.

2.2 | MEDIDAS DEL GOBIERNO DE FACTO

-**24 de marzo de 1976**, asumió el gobierno de facto y se reorganizaron las fuerzas estatales para el combate contra las organizaciones armadas terroristas que ya habían alcanzado la etapa de creación de ejércitos irregulares [ERP y Ejército Montonero].

El gobierno militar dictó varias normas con miras a alcanzar los objetivos de pacificación que se había propuesto la Junta Militar, entre ellas:

- Actas para el Proceso de Reorganización Nacional, 24 de marzo de 1976;
- Ley 21.272 que imponía penas severas [reclusión por tiempo indeterminado, pena de muerte] a los que atentaren contra personal militar, policial, de seguridad y penitenciario;
- Ley 21.275 que dejaba automáticamente sin efecto todas las solicitudes en donde se ejercía la opción de salir del país en caso de estado de sitio Art. 23 C.N.;
- Ley 21.276 sobre prohibición de determinadas actividades en los centros universitarios;
- Ley 21.323 que establecía sanciones carcelarias para los que violaren disposiciones referentes a la suspensión de partidos políticos;
- Ley 21.338 modificó el Código Penal e impuso la pena de muerte en relación a la asociación ilícita y a delitos calificados de subversivos;
- Ley 21.461 otorgaba facultades a las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, para la investigación de delitos subversivos, con potestades para interrogar, arrestar y obtener pruebas para la provisión sumarial.

1978

-10 de mayo de 1978, último atentado con explosivos del PRT-ERP en Centro Cultural General San Martín, dejó un saldo de dos víctimas, Héctor Roque Rodríguez fallecido y Raúl Ángel Russo herido.

1979

-Noviembre de 1979, último atentado de la organización terrorista Montoneros en el marco de la contraofensiva estratégica, en el que murieron el empresario Francisco Soldati y su custodio Ricardo Manuel Durán. Las acciones de la organización continuaron pero sin provocar víctimas civiles.

1980

Segunda contraofensiva de la organización terrorista Montoneros continuó hasta 1981. Las contraofensivas fueron neutralizadas, y a partir de 1980 se ingresó en un período de paz que sólo volvió a quebrantarse nueve años después con el ataque a La Tablada. Lapso histórico que puede graficarse como sigue:

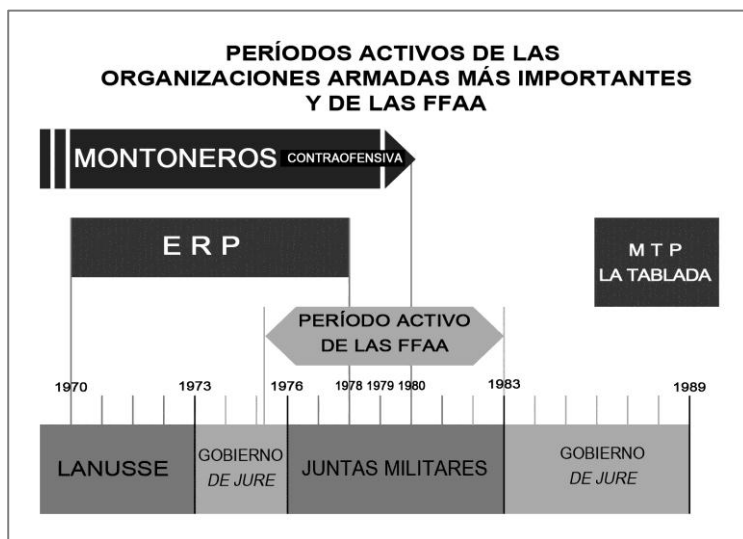


Fig. -24-

1989

Finalmente en pleno gobierno de iure, el Movimiento Todos por la Patria [MTP] atacó el Regimiento de Infantería N°3 de La Tablada. Este hecho marcó el fin de la guerra revolucionaria armada en la Argentina.

En síntesis, con la amnistía del 25 de mayo de 1973 concedida a los miembros de las organizaciones armadas terroristas, por la que obtuvieron la desincriminación de las ofensas que habían dirigido contra personas y/o sus bienes, tanto de civiles como de agentes estatales, se les otorgó la oportunidad de reintegrarse al sistema republicano. No obstante, las organizaciones optaron por retomar el camino de la violencia y al son del cántico *El pueblo los libera, la lucha los espera*, dejaron la cárcel de Devoto –epicentro de la liberación de detenidos– el mismo día en que Héctor Cámpora asumía la presidencia.

Sólo salieron para reingresar a las organizaciones armadas terroristas y atacar a un gobierno democrático. Sus integrantes reclamaban que ellos eran los protagonistas de la historia y en consecuencia ese era el momento de actuar con las armas para imponer el socialismo revolucionario y derrotar al "Estado Burgués".

Ante ello, el gobierno de iure se vio en la obligación de tomar medidas para detener la agresión de estas organizaciones que pretendían tomar el poder por la violencia⁶⁵¹, y provocaban víctimas inocentes ajenas a las hostilidades que ellas iniciaron.

En esta sucinta cronología histórica en la que sólo fueron consignados algunos hechos indicativos. se observa con claridad:

A] que los actos de gobierno fueron graduales y se incrementaron con el transcurso del tiempo proporcionalmente a la amenaza ejercida por las organizaciones armadas terroristas.

⁶⁵¹ A mediados de 1975, en oportunidad de liberar a Jorge Born, víctima del secuestro extorsivo más importante realizado en el país, el jefe de Montoneros, Mario Firmenich dio un breve panorama de la real situación de la Argentina: *Isabel no ha cumplido un año de gobierno y ya está en situación caótica, incontrolable [...]. Las fuerzas armadas no quieren asumir el rol de conducción política [...] nuestra organización está operando militarmente.* ANGUITA, Eduardo, CAPARRÓS, Martín, *La Voluntad*, Planeta, Buenos Aires, 2006, T°IV, pág. 324.

B] que en este contexto los subordinados no tenían posibilidad alguna de sospechar la antijuridicidad de sus actos, pues cumplían normas del gobierno nacional, [leyes, decretos, directivas, reglamentos, planes, etc.] primero de *iure* y luego de *facto*.

C] que en esa época no hubo móviles religiosos, raciales, culturales ni políticos, pese a los esfuerzos de ciertos sectores por encuadrar las acciones militares en este último aspecto, con vistas a reclamar la aplicación de la figura del genocidio político.

No obstante lo expresado, el Dr. José María Pérez Villalobo en su disidencia en la sentencia del 31 de marzo de 2011, del Tribunal Oral Federal de Tucumán⁶⁵² dijo: *Ha quedado acreditado en la causa que la intención de la dictadura y quienes fueron sus agentes en las distintas zonas y niveles represivos, fue la de destruir a diversas organizaciones y grupos sociales, políticos, sindicales, estudiantiles, culturales, religiosos...* pasando luego a reseñar los fundamentos por los que entiende que los delitos deben ser calificados como genocidio.

3 | CONDUCTAS DE LOS TESTIGOS DE CARGO

Algunas conductas clandestinas fueron reconocidas por los testigos, que fungen de población civil, durante los juicios de venganza, el 5 de noviembre de 2010, declaró⁶⁵³, ante el Tribunal Oral Federal N°5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Miguel Ángel Lauletta⁶⁵⁴: *al momento de mi secuestro yo era miembro de la*

⁶⁵² Causa "Romero Niklison María Alejandra sobre su pedido N° 401.118/04 y acumulados".

⁶⁵³ En el juicio oral celebrado por el TOF N°5 de la CABA en la causa "ESMA 1270".

⁶⁵⁴ Miguel Ángel Lauletta, integrante de la organización Montoneros y conocido por su habilidad para falsificar documentos, fue acusado de haber participado en los hechos vinculados al asesinato de José Ignacio Rucci, y a la bomba en el comedor de Seguridad Federal donde murieron 24 personas y quedaron 66 heridos. Ambas causas fueron rechazadas en las instancias judiciales. En un blog con la imagen del Eternauta, Miguel Ángel Lauletta se reconoce peronista K.
<http://eleternautaculturapopular.blogspot.com.ar/>, consultado 8 en noviembre 2012.

organización Montoneros, militaba en el servicio de documentación del área federal, que era la logística de montoneros [...] nosotros producíamos documentación en blanco, para las distintas columnas de la organización y todo el material necesario para la confección de los documentos [...] mi padre nos daba cobertura al servicio de documentación, o sea, el local que le daba uso a la documentación estaba a nombre de mi padre, y le daba cobertura a la fábrica de armas de la organización.

Más adelante se refirió a las personas que fueron detenidas mientras él se encontraba en la ESMA, *a principios de noviembre, hay una caída muy grande de Juventud Universitaria Peronista –JUP– [...]*

Empieza a caer gente del ámbito de profesionales de la organización. [...] Después de la caída de profesionales se produce la caída de la estructura de organización [...] cae la columna Norte [...] en diciembre, todo lo que sería del Servicio de Inteligencia Militar, de la columna Capital. [...]

En enero del '77 se dan dos caídas simultáneas, la caída del servicio de relaciones internacionales y del servicio de finanzas de la organización.

Es evidente que Lauletta estaba reconociendo su pertenencia a una organización terrorista responsable de muchas víctimas civiles; sin embargo los agentes estatales presentes en el debate, los fiscales Mirna Goransky y Pablo Ouviañas, el representante de la Secretaría de DDHH Martín Rico, los jueces Farías, Hergot, Castelli y Obligado, nada hicieron ante tal confesión y dieron de hecho por prescriptos sus delitos.

Todas las personas nombradas por Lauletta en su declaración responden a un patrón común: estaban vinculadas a la organización Montoneros. Esto es coincidente con lo expresado por la testigo Jorgelina Ramus⁶⁵⁵ en su declaración ante la SDH del 5 de octubre de 1995, cuando acerca de las actividades de la ESMA afirmó: *se especializaron en la organización Montoneros y no recuerdo prisioneros en ESMA de otras organizaciones.*

⁶⁵⁵ En la casa de sus padres en la localidad de Timote, su hermano fue uno de los que participó del secuestro y asesinato del ex presidente de facto Eugenio Aramburu [29 de mayo de 1970].

También fue ratificado por el testigo Luis Alberto Vázquez, quien en su testimonio ante la CONADEP y en su declaración testimonial del 19 de febrero de 1987⁶⁵⁶, dijo que: lo interrogaron sobre su pertenencia a la organización montoneros. Marta Álvarez, en su declaración ante la SDH dada el 4 de octubre de 1995 refirió: *En un principio vi un compañero del ERP y uno que era del PCR*⁶⁵⁷, los únicos que no eran de Montoneros.

Otros testigos evitaron mencionar en su testimonio su vinculación con Montoneros y prefirieron identificarse como integrantes de las organizaciones de superficie de Montoneros, la Juventud Peronista [JP], o de la Juventud Universitaria Peronista [JUP]; a las que se les atribuyó un rol político, lo que permitió a la fiscalía construir la figura de la “persecución política”. Sin embargo la revista Evita Montonera N° 3⁶⁵⁸, que daba cuenta de las actividades clandestinas de la organización, expresaba:

LAS AGRUPACIONES EN LA ETAPA DE LA RESISTENCIA

...en nuestro país la contradicción principal es entre el imperialismo y la clase dominante... por eso caracterizamos nuestra revolución como de liberación nacional y social [...].

Para ello desarrollamos una guerra revolucionaria integral, que será popular con la creciente incorporación del pueblo a la lucha masiva, y a la vez será prolongada porque la construcción de nuestro poder debe ir venciendo una por una toda las vallas y combates que nos presenta el poder imperialista hasta llegar a su derrota definitiva. [...] para luego explicitar el verdadero papel de las agrupaciones de superficie:

Las agrupaciones son nucleamientos de militantes y activistas que, como parte del movimiento peronista, se organizan para obtener reivindicaciones en sus frentes específicos y, simultáneamente, profundizan la respuesta reivindicativa y generan

⁶⁵⁶ Glosada en la causa 9600 del Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal y en la causa 44.

⁶⁵⁷ El Partido Comunista Revolucionario –PCR–, surgió en 1967 como consecuencia de la fractura del PC. Mientras el primero se alineó con el maoísmo el otro permaneció fiel a Moscú.

⁶⁵⁸ Pág. 23 a 29.

instrumentos de poder popular. Las agrupaciones son político-reivindicativas, instrumento organizativo básico de las masas, son parte del movimiento peronista [JTP, JP, JUP, UES, MVP, agrupación EVITA, MIP], y parte necesaria en la guerra integral contra el imperialismo y sus aliados.

Las agrupaciones no se rigen por las leyes del régimen sino por las necesidades del pueblo en la lucha de liberación, participan en cada frente de masas de la propuesta estratégica integral conducida por Montoneros. [...]... a las agrupaciones, como núcleos básicos del movimiento peronista en lo político-reivindicativo, corresponden las milicias como germen del ejército peronista. [...] Las agrupaciones son los 'termómetros' de Montoneros dentro de la masa, son el canal.

Ello se corrobora con la afirmación de Marisa Sadi⁶⁵⁹, perteneciente a la JUP de Capital Federal, quien reveló en su libro *La resistencia después del final* [Nuestro Tiempo, 2004] la vinculación de esta organización supuestamente ajena a Montoneros, con la guerrilla urbana: *La transferencia de militantes de las agrupaciones de masas a las diferentes estructuras de la organización se verificó en forma generalizada. Materializando una presencia considerable de cuadros provenientes del Frente Universitario [...] la JUP fue el ala universitaria de la guerrilla urbana más importante de América Latina*⁶⁶⁰.

Es claro entonces que el móvil de los gobiernos de *iure* y de *facto*, era la persecución de los miembros de las organizaciones armadas por su condición de integrantes de organizaciones terroristas⁶⁶¹, y no por su actividad profesional, social, política o económica que desarrollaban paralelamente a la actividad clandestina.

No obstante, cuando el TOF N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó sentencia en la causa ESMA, negando las evidencias, refirió como agravante –tal

⁶⁵⁹Testigo en el juicio oral "ESMA 1270" celebrado por el TOF N°5 de la CABA.

⁶⁶⁰Sadi, Marisa, *La resistencia...* op. cit., págs. 33 y 34.

⁶⁶¹No obstante han existido casos que no pueden ser encuadrados en la persecución de las organizaciones terroristas y responden a otros móviles, pero ello no alcanza para fundamentar una persecución política, pues son la excepción y no la regla; no se puede negar que dentro de las fuerzas que combatían el terrorismo, también hubo delincuentes que aprovecharon el conflicto armado para hacer alguna "operación económica en beneficio propio", tampoco se puede pretender ignorar que cuando se los descubrió en estos u otros delitos, fueron denunciados y separados de su fuerza.

como ocurre en todas las causas del país— que los hechos se habían producido en perjuicio de perseguidos políticos. En este sentido, el director del Museo de la Memoria de Rosario, Rubén Chababo expresó en la Universidad Nacional de esa ciudad: Los jóvenes asesinados aparecían como personas a quienes la política les era algo extraño y ajeno y no, como plantean las nuevas generaciones, una parte central de sus vidas al punto de haber elegido el compromiso militante⁶⁶².

Habida cuenta de que todos estos juicios incluyen dicho agravante como parte de una estructura de acusación común y sistemática, es evidente que el texto de las condenas forma parte de la “Política de Estado” que el presidente de la CSJN ha reiteradamente reconocido.

Los delitos de lesa humanidad tipificados en el Estatuto de Nuremberg, como hemos visto, tenían por objeto la punición de los crímenes del nazismo, en particular la persecución política, racial y religiosa que perpetraron sobre los judíos ajenos a las hostilidades, los que fueron remitidos a campos de concentración de los países invadidos por Alemania y sometidos al exterminio, esclavización y la deportación masiva de sus familias.

Es evidente que estos hechos no guardan relación con las conductas de los agentes estatales de la Argentina en los '70, comprometidos con la necesidad de consolidar la paz y la seguridad interior.

Por su parte el presidente del TOF N°5 de la CABA, Dr. Daniel Obligado, luego de finalizar el juicio en la causa 1270 [ESMA II]⁶⁶³ descartó públicamente la persecución religiosa como móvil: *Acá no hubo una persecución para convertir a estas personas al cristianismo occidental y cristiano* [sic].

Por lo tanto establecer un paralelo entre el nazismo con seis millones de judíos muertos con los militares de los '70, es un exagerado esfuerzo por manipular la interpretación de los hechos históricos, no sólo por la magnitud de las consecuencias remanentes y la persecución de judíos, homosexuales y gitanos, por el sólo hecho de ser diferentes a la raza aria, sino también por el carácter internacional de la invasión

⁶⁶² En Fernández Meijide, *Eran humanos...* op. cit. pág. 189.

⁶⁶³ Página 12 del 31 oct. 2011.

nazi sobre los países vecinos, que dio lugar a la IIª Guerra Mundial, los móviles de sus acciones, y la cantidad y caracterización de las víctimas, entre otros aspectos, que no puede menos que ofender la memoria de las víctimas del holocausto, cuando se las confronta con el caso argentino.

Comparar las acciones de los militares de los '70 con el nazismo, como afirmó el periodista "Pepe" Eliashev: *Sólo un empecinado delirio dogmático puede proponerse tamaña reescritura de la historia*⁶⁶⁴. Lo notable es que no son pocos los miembros de la colectividad judía vinculados a la "Política de Estado" que buscaron cobijo en este recurso y claudicaron ante la tentación de no reparar en los fines ni en los medios, ofendiendo la memoria de sus antepasados.

4 | *MENS REA*

La intención de participar en un acto delictivo requiere del conocimiento por parte del autor de que ese acto constituye una conducta criminal –*mens rea* o mente dolosa–. El Estatuto de Roma establece al momento de definir estos delitos en el Art. 7:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

Tal como puede observarse, el conocimiento de la participación en un ataque a la población civil como resultado de una determinada política, constituye un elemento típico expresamente consignado en la definición del tipo penal. Más adelante en el Art. 30, establece:

Elemento de intencionalidad

⁶⁶⁴ El comentario editorial del periodista José "Pepe" Eliashev del 23 de marzo de 2014, programa "Esto que pasa", Radio Mitre.

1. *Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.*
2. *A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:*
 - a) *En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;*
 - b) *En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.*
3. *A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido.*

Para que una conducta pueda ser imputada como DLH, además de coincidir con el tipo penal, debe incluir una *mens rea* específica, es decir el imputado tiene que estar en conocimiento de la realización, por parte del grupo al que pertenece, que su conducta contribuyó a la perpetración de ataques sistemáticos o generalizados dirigidos contra la población civil, en definitiva para la tipificación de este delito es necesario el dolo no concibiéndose una conducta culposa como encuadrada dentro del tipo penal tratado.

En trabajos anteriores al ER, el representante de los EE.UU. Mr. Rosentock en oportunidad de expresarse⁶⁶⁵ en el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en noviembre de 1988, dijo: *la intención es normalmente un elemento indispensable del delito con arreglo a los sistemas de derecho civil y de common-law, cosa que se reconoce plenamente, por ejemplo, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.*

⁶⁶⁵ A/C.6/43/SR.34.

Ello fue corroborado en la sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY⁶⁶⁶, en el caso Momcilo Perisic⁶⁶⁷, el 6 de septiembre de 2011, aunque puede también ser evaluada como un elemento de *actus reus*, categorizar la dirección específica de un acto criminoso como un elemento de *mens rea*.

Asimismo en los casos "Stanisic y Simatovic" de dicho tribunal, el fiscal no pudo probar *más allá de toda duda razonable* que los acusados, pese a su alto rango, tenían realmente la intención [dolo], al haber cometido los distintos crímenes atribuidos a los grupos de choque y unidades especiales.

Ni que los acusados habían dirigido, ni liderado personalmente a los grupos aludidos, ni que se les había ordenado personal y directamente a ellos la comisión de ninguno de los crímenes de lesa humanidad⁶⁶⁸. Ambos quedaron en libertad.

La CPI en el caso "Prosecutor vs. Lubanga Dyilo" analizó el alcance del Art. 30 del ER, estableciendo los siguientes elementos materiales del crimen [párrafos 350 a 355] ratificados en la sentencia [Prosecutor v. Katanga]:

i- Si la persona está consciente de que existe una circunstancia o se va a producir la consecuencia relevante en el curso normal de los acontecimientos.

ii- Si la persona quiere involucrarse en la conducta relevante y quiere producir la consecuencia relevante o está consciente que ocurrirá en el curso ordinario de los eventos.

⁶⁶⁶ Caso Nro. IT-04-81-T.1.

⁶⁶⁷ Fue acusado por brindar asistencia e instigar la comisión de delitos en los pueblos bosnios de Sarajevo y Srebrenica dado su rol de facilitador de asistencia logística y militar al ejército de la República de Srpska [VRS]. Por lo tanto, la acusación alegó que ha sido responsable por los delitos de asesinato, exterminio, actos inhumanos, ataque a civiles, y persecución en su carácter de crímenes de lesa humanidad y/o violaciones de las leyes y costumbres de la guerra.

La acusación también alegó que Perisic tuvo responsabilidad dado su rango por los delitos cometidos en Sarajevo y el pueblo croata de Zagreb. En particular, la acusación alegó que Perisic no evitó la comisión ni castigó los delitos de asesinato, exterminio, actos inhumanos, ataques a civiles, y persecución todos ellos crímenes de lesa humanidad y/o violatorios de las leyes y costumbres de la guerra.

⁶⁶⁸ CÁRDENAS, Emilio, "Crímenes de Lesa Humanidad", *Diario La Ley*, 27-06-13, pág. 1 y ss.

En la fusión jurídica que se realiza en los juicios de venganza, donde se toman elementos de los Estatutos de Nuremberg, de Roma, y de la Convención sobre la imprescriptibilidad de la ONU, para terminar imputando la conducta típica establecida en el Código Penal, a la inexistente *mens rea* no se le da mayor relevancia.

5 | INTENCIÓN DE LOS ACTOS DE LAS FUERZAS ARMADAS

En este punto la pregunta que cabe hacer es si las actividades desarrolladas por las fuerzas armadas pretendían atacar o defender a la población civil.

En primer lugar los documentos de la época evidencian la intención de las autoridades en su relación con la población civil:

- El preámbulo del decreto 1368/74 del 6 de noviembre de 1974, por el que se establece el estado de sitio, expresa: *Que las medidas adoptadas hasta el momento por el Gobierno Nacional para que los elementos de la subversión depongan su actitud y se integren a la reconstrucción nacional; y que las reiteradas expresiones de repudio y recomendaciones que en igual sentido hicieron las instituciones y sectores del país –políticos, religiosos, económicos y sociales– lejos de hallar eco, se agravan con las amenazas dirigidas, también ahora, contra niños de edad escolar, y considerando: Que es deber esencial del Estado Nacional Argentino preservar la vida, la tranquilidad y el bienestar de todos los hogares;*

Que ejerciendo la plenitud de su poder el Estado Nacional Argentino debe, con toda energía, erradicar expresiones de una barbarie patológica que se ha desatado como forma de un plan terrorista y criminal contra la Nación toda;

Que la asunción de medidas preventivas de excepción son procedentes para garantizar a todas las familias su derecho natural y sagrado a vivir de acuerdo con nuestras tradicionales y arraigadas costumbres;

Que la generalización de los ataques terroristas, que repugnan a los sentimientos del pueblo argentino sin distinción alguna, promueven la necesidad de ordenar todas las

formas de defensa y de represión contra nuevas y reiteradas manifestaciones de violencia que se han consumado para impedir la realización de una Argentina Potencia y de una revolución en paz.

- El 6 de septiembre de 1975 se firmó el decreto 2452/75, en su preámbulo expresa:

Visto la intensificación, gravedad y características de los hechos de violencia de los grupos subversivos; y Considerando:

Que el país padece el flagelo de una actividad terrorista y subversiva que no es un fenómeno exclusivamente argentino.

Que tal internacionalización dificulta en gran medida la total represión del terrorismo y el proceso de pacificación argentino, lo que exige extremar las medidas tendientes a este objetivo.

Que aquella actitud subversiva constitucionalmente configura el delito de sedición.

Que no se trata de proscripciones o discriminaciones ideológicas, toda vez que nada justifica la asociación ilícita creada para la violencia y los hechos que la produzcan o la fomenten.

- Finalmente por el decreto 2770, se creó el Consejo de Defensa que dictó la directiva N° 01/75, asignándole a las fuerzas armadas y de seguridad la siguiente misión:

Las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad y fuerzas policiales y demás organismos puestos a disposición de este Consejo de Defensa, a partir de la presente directiva, ejecutarán la ofensiva contra la subversión en todo el ámbito del territorio nacional, para detectar y aniquilar las organizaciones subversivas y a fin de preservar el orden y la seguridad de los bienes de las personas y el Estado.

- En este sentido, la sentencia N° 16/2005 del tribunal que juzgó a Scilingo en España expresa que: *según decía Horacio Hernán Berdina –compañero y asesor en psicología de Massera–, la Junta Militar pretendía, un país distinto, pacificado, con orden y economía espectacular.*

- Más adelante la sentencia menciona lo expresado por el general Videla en la 11ª Conferencia de Ejércitos Americanos [Montevideo, 1.975]: *"en la Argentina van a*

tener que morir todas las personas que sean necesarias para lograr la seguridad del país". Sus palabras evidencian de manera drástica y dramática hasta donde era posible llegar para obtener la paz y la seguridad. La expresión de Videla estaba en consonancia con la seria preocupación del gobierno democrático de María Estela Martínez de Perón, quien se veía obligada por los hechos de violencia que no cesaban, a tomar medidas cada vez más severas.

- En enero de 1976 la presidente María Estela Martínez de Perón, durante la entrega de sables a los cadetes egresados de los institutos militares, dijo: [...] *existe un frente terrorista, ateo, mercenario, inhumano y delirante, empeñado en trastocar nuestros principios y valores más esenciales, regando con sangre inocente nuestro suelo patrio. Es esta la realidad subversiva en la que tendréis que desarrollar vuestra acción. Vosotros habéis elegido el camino de las armas, por ello combatiréis al enemigo en uno de sus frentes fundamentales y allí tendréis el honor de cumplir acabadamente con la misión que habéis decidido asumir.*

*Pero es también mi misión. En mi carácter de Presidente de la Nación y Comandante en Jefe de las fuerzas armadas puedo aseguraros que no estaréis solos en esta lucha. Vosotros actuaréis en el frente militar con la eficiencia y valentía que siempre han distinguido en el mundo a las armas argentinas. El gobierno actuará con firmeza y decisión en los restantes frentes, en los que el enemigo quiere destruirnos [...] A todos nos incumbe esta lucha. Sólo cambia el campo de combate: para unos será el monte, para otros el aula, la fábrica o la oficina, pero nadie tiene derecho a sentirse ajeno o incrédulo*⁶⁶⁹.

- A su vez el líder de Montoneros Mario Firmenich, en un video de 1978 explicaba los objetivos de la Junta Militar: *1-Combatir la corrupción del régimen de Isabel Perón, 2-Ordenamiento de la economía, 3-Aniquilación [sic] de la subversión*⁶⁷⁰.

- Antonio Cafiero, fue uno de los pocos testigos vivos del gobierno de iure de 1975 y ex ministro de economía de M. E. M. de Perón, convocado a declarar⁶⁷¹ el 15 de junio

⁶⁶⁹ Crónica, 9 de enero de 1976.

⁶⁷⁰ http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=j5pwdb0r8rI

de 2010. Preguntado por el objetivo político del gobierno que él integró dijo: *En primer lugar detener el accionar guerrillero. Más adelante agregó; lo que sí creo es que a juicio del gobierno las fuerzas policiales habían sido superadas por la acción guerrillera y yo entendí y todos entendimos que había que convocar a las FFAA para defender la República.* Luego se le preguntó si en esa época peligraba la seguridad nacional a lo que respondió: *sí, claro que peligraba, porque el objetivo de la guerrilla era formar un gobierno paralelo al gobierno constitucional.*

- Esto fue ratificado años más tarde por un Videla octogenario a su interlocutor Ceferino Reato: *Nuestro objetivo era disciplinar una sociedad anarquizada. Con respecto al peronismo, salir de una visión populista demagógica [...], con respecto a la economía, era ir a una economía de mercado, liberal*⁶⁷².

- A mayor abundamiento, Theo Van Boven quien se desempeñó como comisionado especial de las Naciones Unidas contra la tortura, director de la división de Derechos Humanos de la ONU y miembro del Jurado Internacional del Premio de Derechos Humanos de Núremberg, al declarar en el juicio a los comandante en la causa 13/84, el 23 de abril de 1985, expresó: *Tengo conocimiento de que el gobierno [de facto] emprendió acciones para lograr la desaparición de la violencia.* [Diario del juicio, Editorial Perfil, pág. 4]

Surge entonces con claridad que, la intención era proteger a la población civil y perseguir a los integrantes de las organizaciones armadas, para prevenir y evitar el ataque a la población protegida. Es evidente, en todos los casos, que la preocupación de las autoridades se orientaba hacia una finalidad común: garantizar la seguridad de la población.

No puede sostenerse entonces que el móvil de los hechos que se acriminan en la actualidad, haya sido la persecución de disidentes políticos, lo que puede corroborarse por:

1- La abundante documentación de las organizaciones armadas que ha salido a la luz pública durante el tiempo que nos separa de los hechos, en la que se ratifica que su

⁶⁷¹ Fue citado a declarar en la causa "Larrabure, Argentino del Valle s/su muerte" [N° 18/07] por el Dr. Vigo Leguizamón abogado de Arturo Larrabure.

⁶⁷² REATO, Ceferino, *Disposición Final*, Sudamericana, Buenos Aires, 2012.

objetivo era tomar de poder por medio de la lucha armada, con apoyo de un Estado extranjero.

2- Que tales objetivos los manifestaron tanto durante gobiernos de facto como de iure.

3- Que la persecución de los miembros de las organizaciones terroristas se materializó por sus conductas violentas y no por sus ideas políticas, las que se encuadran en lo que históricamente se denominó como “la izquierda”.

Sin embargo en ese sector del espectro político también se encuentran otras expresiones políticas tales como, el Partido Comunista, el Frente de Izquierda Popular, parte del radicalismo y otros partidos menores que no sufrieron persecuciones, excepto que a título personal alguno de sus afiliados haya estado vinculado a las referidas organizaciones armadas. De hecho el socialista Américo Ghioldi fue nombrado por el gobierno militar, embajador ante Portugal.

4- Por último, la clandestinidad de sus acciones y la ausencia mayoritaria de procedimientos judiciales luego de la anulación de la Cámara Federal en lo Penal Nacional –CAFEPENA–, permitió a los terroristas hacerse pasar ante la opinión pública, como simples ciudadanos.

6 | EL CONFLICTO ARMADO Y LA POBLACIÓN CIVIL COMO VÍCTIMA

Los razonamientos punitivos de las sentencias de los juicios de venganza, parten de una doctrina común que periódicamente se actualiza y entre otros aspectos sostiene la condición de población civil de los testigos de cargo, pese a que éstos reconocen haber pertenecido a organizaciones armadas. Diferenciación que nace de la guerra, pues tiende a identificar como “civil” a las personas que no participan de las hostilidades, es decir al ciudadano común que no es eclesiástico, ni militar.

Hasta las guerras del siglo XIX resultaba sencillo identificar quiénes eran militares y quiénes no, dado que los primeros llevaban uniformes, banderas, alguien al mando, armas etc., mientras los segundos usaban la vestimenta del pueblo, no portaban armas

y no atacaban a los militares, pero eran quienes sufrían las mayores consecuencias de la guerra porque no estaban militarmente preparados para defenderse; era población civil. En este sentido en la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja celebrada en Ginebra en diciembre de 2011 acerca de *El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos*, se ha expresado: *Las personas civiles siguen siendo las primeras víctimas de las violaciones cometidas contra el DIH tanto por estados como por grupos armados no estatales*⁶⁷³.

En la evolución del derecho de guerra, era necesario que los militares tomaran conciencia de que los civiles no podían ser considerados blanco de ataques militares premeditados tal como lo establece el IV° Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, y algunas normas complementarias de las otras convenciones y protocolos destinados a regular las relaciones entre los oponentes en cuanto a los prisioneros, heridos etc.

Sin embargo esta clara diferencia entre militares y civiles no habría de perdurar mucho, en Vietnam e incluso en otros conflictos anteriores, se demostró que a un ejército regular también se lo podía combatir con personas que tenían todas las características de los civiles, pero actuaban militarmente en hechos puntuales para luego mimetizarse entre la población civil y atacar en otra oportunidad.

Estas prácticas militares comenzaron a ser apoyadas por China, Rusia y Cuba en el contexto de la Guerra Fría y dieron lugar a los conflictos asimétricos también llamados de geometría variable o guerras de baja intensidad, según sus particulares características y enfoques doctrinarios. Así comenzaron a surgir guerrillas nacionales filo soviéticas, maoístas, vietnamitas y cubanas. Inicialmente en su versión rural y luego en la versión urbana que incorporó tácticas terroristas y el desarrollo de actividades de organizaciones de superficie, destinadas a insertarse políticamente en el pueblo al que pretendían incorporar a la lucha.

El manual de una de estas organizaciones es por demás elocuente en cuanto al cambio de roles en las organizaciones político militares “OPM”. El capítulo I del *Manual de*

⁶⁷³ Documento: ES- 31IC/11/5.1.2.

Instrucción de las Milicias Montoneras da los fundamentos políticos para este nuevo tipo de conflicto armado:

La lucha armada, la movilización de masas y las elecciones, nos permitieron recuperar el Gobierno el 25 de mayo de 1973. [...] Se hace necesario avanzar en la construcción del Ejército del Movimiento de Liberación Nacional, el Ejército del Pueblo, el Ejército Montonero.

El trabajo en el seno del Pueblo es el aliento y la razón del accionar militar del miliciano, que organiza al Pueblo a la vez que combate con las armas a los explotadores.

La lucha política y la lucha armada son parte integral de la guerra revolucionaria, no se pueden separar. La política guía los fusiles montoneros. Los fusiles montoneros hacen posible el triunfo de nuestra política.

La violencia en manos del Pueblo es Justicia, dijo Perón. Las Milicias Montoneras tienen como tarea hacer Justicia. La raza de Oligarcas y los Explotadores desaparecerá en este siglo. Hacer desaparecer a éstos es la tarea de las milicias. [...] Las Milicias Montoneras tienen entonces la enorme responsabilidad de hacer justicia para que desaparezca la raza de los oligarcas y poder llevar a la Victoria nuestra lucha.

Un miliciano es un compañero que siendo buen militante político [...] ha asumido que la única forma posible para tomar el Poder y liberarnos del imperialismo, consiste en desarrollar la organización popular y enfrentar al enemigo con las armas en la mano. [...]

Cada compañero debe tener claro que cuando se ejerce la violencia realiza un acto de justicia, ya que es Justa la Guerra Revolucionaria que libra. [...] Para nosotros la violencia es una forma más de acción política. [...]

Por ello debe ser firme nuestro convencimiento de la necesidad del ejercicio de la violencia para el logro de nuestros objetivos, [...] Esta actitud de un compañero ante la violencia es requisito indispensable para su pertenencia a la estructura miliciano.

[...] El militante que se incorpora a las Milicias pasa a formar parte de una estructura militar⁶⁷⁴.

En otro pasaje agrega: *Las Milicias Montoneras constituyen la forma organizativa que utilizan los militantes de las Agrupaciones del Movimiento Peronista Auténtico, los militantes populares, para su accionar militar y paramilitar, bajo la conducción de la Organización Montoneros*⁶⁷⁵.

Las organizaciones armadas de la Argentina actuaron como guerrillas, y en el ámbito urbano también lo hicieron como organizaciones terroristas. En este rol superaron el estadio de la bomba propio de organizaciones como ETA, Brigadas Rojas, Baader Mainhoff, etc., las que usualmente son controladas por fuerzas policiales. En la Argentina en cambio, plantearon seriamente la conformación de ejércitos, en particular el PRT y Montoneros [Ejército Revolucionario del Pueblo –ERP– y Ejército Montonero]. En este aspecto el fenómeno argentino fue único por las dimensiones y por sus consecuencias.

Sus acciones terroristas eran operaciones tácticas que integraban un plan general cuyo objetivo era hacer desaparecer “la raza de oligarcas”, en clara alusión a un sector diferenciable de la población civil. No obstante las víctimas que dejaron estas organizaciones pertenecían a todos los niveles sociales.

El ERP por su parte, publicó un documento caracterizando el conflicto de los '70. *Nuestra guerra revolucionaria no será, no es [ya que ha comenzado] una guerra regional; una guerra nacional, es una guerra popular de masas que se desarrollará donde quiera que existan las masas, adaptándose a las formas concretas que la realidad de cada región exija. Lo que podemos prever es que la guerra revolucionaria se asentará sobre dos elementos militares principales; la lucha armada en el campo, con sus características de guerra de guerrillas primero y de movimiento después, y la lucha armada en las grandes ciudades, con un desarrollo de acciones de recuperación y resistencia llega a operaciones de aniquilamiento [...]*

⁶⁷⁴ *Manual de Instrucción de la Milicias Montoneras*, Cap. I Introducción: Fundamentos políticos de las milicias, pág. 5 y ss.

⁶⁷⁵ *Manual de las milicias...* op. cit. pág. 2.

creando tanto en el campo como en la ciudad unidades militares estratégicas, con un número y potencia de fuego que les permita dar combates de aniquilamiento; hasta desembocar en la insurrección general urbana...⁶⁷⁶

Este tipo de guerra puso en crisis la definición de “población civil” caracterizada por su ajenidad a las hostilidades. El CICR nos ilustra: *Un pilar del DIH es el principio de distinción entre fuerzas armadas, que conducen las hostilidades en nombre de una parte en un conflicto armado, y personas civiles, con respecto a las cuales se presume que no participan directamente en las hostilidades y deben ser protegidas contra los peligros procedentes de las operaciones militares*⁶⁷⁷.

Al desplazarse los conflictos armados a las ciudades, ya no sólo fue necesario distinguir civiles de militares, sino también los civiles que participaban directamente en las hostilidades de aquellos que no lo hacían. Esta particular dificultad fue explotada por las organizaciones armadas argentinas, las que atacaban militarmente y luego se replegaban amparados por las protecciones propias de la población civil. En este contexto los atentados terroristas fueron planificados militarmente como parte de un plan general, pero ejecutados como si se tratasen de comandos terroristas autónomos. Aunque existieron operaciones militares y ataques terroristas de oportunidad planeados y ejecutados a nivel celular, es evidente que la mayoría formaba parte del plan elaborado por las conducciones de las organizaciones, quienes establecían el grupo social al que debía atacarse para la consecución de sus objetivos.

El Estado argentino no estaba preparado para enfrentar a organizaciones armadas de perfil terrorista que tenían la estructura de una guerrilla, en su modalidad urbana o rural, contaban con un gran desarrollo operativo y logístico que les permitía fabricar sus propias armas y explosivos como el exógeno de donde se obtiene el C2 y el C4. Los Montoneros eran conscientes de que su organización fue considerada la más grande de América y segunda, a nivel internacional, después de la OLP.

⁶⁷⁶ Documentos del Congreso del PRT, disponible en www.prt-argentina.org.ar, consultada enero 2010.

⁶⁷⁷ MELZER NILS, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades, según el DIH*, CICR, 2010, pág. 14.

Estaban estructuradas en forma clandestina y militarmente preparadas para desafiar a las fuerzas armadas, siguiendo el mandato de Ernesto "Che" Guevara: *Queda bien establecido que la guerra de guerrillas es una fase de la guerra que no tiene de por sí oportunidades de lograr el triunfo, es además una de las fases primarias de la guerra y se irá desenvolviendo y desarrollando hasta que el Ejército Guerrillero, en su crecimiento constante, adquiera características de Ejército Regular. En ese momento estará listo para aplicar golpes definitivos al enemigo y acreditarse la victoria.*

*El triunfo será siempre el producto de un Ejército Regular, aunque sus orígenes sean el de un Ejército Guerrillero*⁶⁷⁸.

Empleando esas capacidades militares derribaron un avión Hércules en Tucumán, atacaron regimientos en Formosa, Córdoba, Buenos Aires y Catamarca, hundieron el destructor ARA Santísima Trinidad, cometieron asesinatos, secuestros extorsivos contra la población civil y produjeron una inmensa cantidad de atentados con explosivos. etc.

En junio de 1975, durante el gobierno democrático de M. E. M. de Perón, el líder de Montoneros Mario Firmenich afirmó durante la conferencia de prensa que brindaron antes de liberar al empresario Jorge Born: *Isabel no ha cumplido un año de gobierno y ya está en situación caótica, incontrolable [...] el vandorismo apoya a Isabel. Las fuerzas armadas no quieren asumir el rol de conducción política porque no saben qué decir [...] nuestra organización está operando militarmente [...] nosotros creemos que un Frente de Liberación Nacional en un período más o menos inmediato puede acceder al Poder*⁶⁷⁹.

Cabe preguntarse entonces si en la Argentina hubo un conflicto armado interno no reconocido por el gobierno de iure, o si el 24 de marzo de 1976 los militares decidieron tomar el poder para reprimir a disidentes políticos para imponer un plan "económico de exclusión", como sostiene el relato "kirchnerista". En ello estriba la diferencia en el derecho aplicable.

⁶⁷⁸ GUEVARA, Ernesto, *La guerra de Guerrillas*, Editorial 21, Buenos Aires, 2003, pág. 19.

⁶⁷⁹ ANGUITA, Eduardo, CAPARRÓS, Martín, *La voluntad, Una historia de la milicia revolucionaria en la Argentina*, Planeta, Buenos Aires, 2006. pág. 324, T° IV.

En este sentido Grosso García nos dice: *una diferencia entre un acto de guerra y un delito, ésta residiría, en que el acto de guerra, la fuerza la ejerce un enemigo con respecto del otro, en tanto que el delito sería una agresión de alguien que no se ha declarado previamente como contendiente, en contra de alguien que tampoco ostenta respecto al primero esa calidad*⁶⁸⁰.

Las cuatro Convenciones de Ginebra contienen un artículo común destinado a la protección de civiles en los conflictos armados internos de los Estados –CANI– que establece:

Art.3 - Conflictos no internacionales.

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1] Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a] los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b] la toma de rehenes;

⁶⁸⁰ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, –, “Qué es y qué puede ser el “derecho penal del enemigo” una aproximación crítica al concepto”. En Meliá, Gómez, *Derecho Penal del...* op. cit. T II. pág. 18. Manuel Grosso es profesor de Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

c] los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d] las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

El CICR en el informe presentado para la XXXI Conferencia Internacional anteriormente mencionada –que a continuación citamos *in extensum* por su claridad– ha señalado que para que una situación de violencia sea interpretada como un Conflicto Armado No Internacional [CANI] se deben cumplir al menos dos criterios concretos del Art. 3 común.

Ellos son:

1] Las partes implicadas deben tener cierto grado de organización.

2] La violencia debe tener cierto grado de intensidad⁶⁸¹.

Luego refiere:

1] El artículo 3 común se refiere expresamente a «cada una de las partes en conflicto», dando a entender con ello que un requisito previo para su aplicación es la existencia de dos partes, como mínimo. Normalmente no es difícil establecer si existe una parte estatal, pero determinar si un grupo armado no estatal constituye una «parte» a efectos del Artículo 3 común sí puede plantear dificultades sobre todo por la falta de claridad en los hechos concretos y, en algunas ocasiones, por la ausencia de voluntad política de los Gobiernos de reconocer que están implicados en un CANI. Sin embargo, está ampliamente reconocido que por «parte no estatal en un CANI» se entiende un grupo armado con cierto grado de organización.

La jurisprudencia internacional ha elaborado elementos indicativos que sirven de base para considerar el criterio de «organización». Estos incluyen la existencia de una estructura de mando, de normas y mecanismos de disciplina dentro del grupo armado, un centro de operaciones, la capacidad de procurarse, transportar y distribuir armas, la capacidad del grupo de planificar, coordinar y llevar a cabo

⁶⁸¹ Doc: ES- 31IC/11/5.1.2, pág. 9.

operaciones militares, incluidos los movimientos de las tropas y la logística, capacidad para negociar y pactar acuerdos, por ejemplo un alto el fuego o un acuerdo de paz. Dicho de otra manera, a pesar de que el nivel de violencia en una situación concreta puede ser muy alto [en una situación de disturbios masivos, por ejemplo], no se puede hablar de CANI, a menos que una de las partes sea un grupo organizado.

2] El segundo criterio al que se recurre habitualmente para saber si hay un conflicto armado según el artículo 3 común es el grado de intensidad que la violencia debe alcanzar. Este es también un criterio fáctico, cuya evaluación depende de un examen de lo que ocurre sobre el terreno. Según la jurisprudencia internacional, los elementos indicativos para la evaluación incluyen el número de enfrentamientos y la duración e intensidad de cada uno de ellos, el tipo de armas y de otro material militar utilizado, el número y el calibre de las municiones utilizadas, el número de personas y los tipos de fuerzas que participan en los enfrentamientos, el número de bajas, la extensión de la destrucción material y el número de civiles que huyen de las zonas de combate. Asimismo, la eventual intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede dar una idea de la intensidad de un conflicto.

Según el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia [TPIY], existe un CANI

en el sentido del artículo 3 común cuando hay una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos grupos, en el territorio de un Estado. Las subsiguientes decisiones del Tribunal se han basado en esta definición, explicando que el requisito de «prolongado» es, de hecho, parte integrante del criterio de intensidad.

En este contexto, cabe señalar el Documento de Opinión del CICR⁶⁸², publicado en 2008, en el cual se definen los CANI como «enfrentamientos armados prolongados entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios

⁶⁸² Esta nota pertenece al texto original transcrita: ¿Cuál es la definición de “conflicto armado» según el derecho internacional humanitario?” [17.03.2008]. Puede consultarse en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armedconflict-article-170308.htm>, consultada el 15 de noviembre 2011.

de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer un mínimo de organización».

Respecto de la duración e intensidad del conflicto de los años 70, debe tenerse presente que en realidad la “lucha armada” se inició con los Uturuncos a fines de los 50, dando inicio a un proceso cuya época más álgida tuvo lugar entre los años 1972 y 1979 cuando tanto el ERP como Montoneros comenzaron a “construir” sus respectivos ejércitos revolucionarios [cfr. revistas oficiales de estas organizaciones: *El Combatiente* N° 153 y ss, y *Evita Montonera* N°2], pero las “ofensivas” se extendieron hasta 1982, y que no puede excluirse del mismo conflicto el ataque al Regimiento 3 de Infantería “La Tablada” acontecido en 1989; por lo tanto es innegable que 20 años de duración y varios miles de muertos debería haber activado una mayor intervención del CICR y la operatividad del artículo 3 común, en particular a partir de 1975 cuando los ataques de las organizaciones armadas terroristas dejaron de ser un problema de orden exclusivamente policial.

Más adelante acerca del derecho aplicable agrega: *Si se considera que una situación alcanza el umbral de un CANI, se aplica el DIH relativo a la conducción de las hostilidades, y tanto las fuerzas gubernamentales como las organizaciones criminales partes en ese conflicto tienen la obligación de respetarlo. Si está por debajo del umbral de un CANI, las autoridades estatales deben respetar las normas internacionales de los derechos humanos que deben aplicarse en las operaciones de mantenimiento del orden público. Las organizaciones criminales no están obligadas a cumplir estas normas, pero sí a respetar el derecho interno, incluida la legislación pertinente del derecho penal. Las diferencias entre las normas del DIH y del derecho de los derechos humanos se tratan más detenidamente en las secciones relativas a la influencia recíproca entre el DIH y el derecho de los derechos humanos.*

Seguidamente expresa: *El derecho de los derechos humanos regula explícitamente la relación entre un Estado y las personas en su territorio y/o sujetas a su jurisdicción [una relación esencialmente «vertical»], imponiendo obligaciones a los estados para con los individuos en toda una serie de conductas. En cambio, el DIH de los conflictos armados no internacionales impone expresamente obligaciones tanto a los estados como a los grupos armados organizados no estatales, como queda de relieve en el artículo 3 común, el cual enumera las obligaciones de las «partes» en un CANI. El DIH asigna iguales derechos y obligaciones al Estado y a la parte no estatal en*

interés de todas las personas que puedan verse afectadas por su conducta [una relación esencialmente «horizontal»]. Esto no significa, por supuesto, que el Estado y la parte no estatal estén en pie de igualdad según el derecho interno, ya que los miembros de los grupos armados no estatales, como ya se ha señalado, siguen estando sujetos al derecho interno y pueden ser perseguidos por los crímenes estipulados en él.

Aparte de los aspectos estrictamente jurídicos, hay consideraciones prácticas que limitan la aptitud de los grupos armados no estatales para aplicar el derecho de los derechos humanos. Esos grupos, en su mayoría, no tienen la capacidad necesaria para cumplir todas las obligaciones que impone el derecho de los derechos humanos porque no pueden desempeñar funciones de tipo gubernamental sobre las que se fundamenta la aplicación de las normas de derechos humanos. En casi todos los CANI, la parte no estatal carece del aparato adecuado para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos dimanantes de tratados y de normas no convencionales [«soft law» – «derecho indicativo»]. En cualquier caso, casi todas, y probablemente todas, las obligaciones del derecho de los derechos humanos que un grupo armado no estatal poco estructurado podría cumplir, en la práctica ya son de obligatorio cumplimiento en virtud de las disposiciones correspondientes del DIH⁶⁸³.

Aparte de las obligaciones estatales, cabe recordar que la otra parte en un CANI es un grupo armado organizado no estatal o varios de estos grupos. El derecho interno no los autoriza a detener o a internar [sic] a miembros de las fuerzas armadas estatales [ni a otras personas], y el derecho de los derechos humanos tampoco contiene una base legal para la detención por parte de grupos armados no estatales. Por consiguiente, una parte no estatal no está obligada a otorgar el habeas corpus a las personas que pudiera capturar y detener/internar [ni podría hacerlo en la práctica, excepto en el caso de que un grupo, generalmente porque controla un territorio de forma estable, tenga la capacidad de actuar como una autoridad estatal y se puedan reconocer de facto sus responsabilidades en relación con los derechos humanos]. Por lo tanto, la proposición de que se debe recurrir al derecho de los derechos humanos cuando no hay disposición alguna sobre una cuestión particular en el DIH –como las garantías procesales en caso de internamiento– no toma en

⁶⁸³ CICR, Informe XXXI Conferencia Internacional, pág. 17.

consideración los límites prácticos y jurídicos de la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a las partes no estatales en un CANI⁶⁸⁴.

Además: El DIH prohíbe los ataques contra objetivos militares «cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista». La principal distinción entre las correspondientes normas de DIH y de derechos humanos es que la finalidad del principio de proporcionalidad del DIH es limitar los daños incidentales ['colaterales'] para proteger a las personas y los bienes, reconociendo, no obstante, que se puede llevar a cabo una operación aunque se pueda causar ese daño, siempre que no sea excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. En cambio, cuando un agente estatal utiliza la fuerza contra un individuo de conformidad con el derecho de los derechos humanos, el principio de proporcionalidad modera esa fuerza tomando en cuenta el efecto que ésta tiene sobre la persona misma, lo que lleva a la necesidad de utilizar la menor cantidad de fuerza necesaria y restringir el uso de la fuerza letal.

Finalmente con relación al terrorismo en un conflicto armado expresa: Son varias las diferencias entre las bases jurídicas que rigen los conflictos armados y el terrorismo, que se basan, en primer lugar, en la realidad diferente que buscan regular. La principal divergencia es que, en términos jurídicos, un conflicto armado es una situación en que están permitidos ciertos actos de violencia [lícitos] y otros están prohibidos [ilícitos], mientras que cualquier acto de violencia designado como «de terrorismo» es siempre ilícito.

Como ya se dijo, la finalidad última de un conflicto armado es imponerse a las fuerzas armadas enemigas. Por esta razón, está permitido, o al menos no está prohibido, que las partes ataquen los objetivos militares de la parte adversaria. La violencia dirigida contra esos objetivos no está prohibida en el DIH, independientemente de que sea el hecho de un Estado o de una parte no estatal. Los actos de violencia contra los civiles y los bienes de carácter civil son, en cambio, ilícitos, porque uno de los propósitos fundamentales del DIH es preservar a las personas civiles y a los bienes de carácter civil de los efectos de las hostilidades. Por lo tanto, el DIH regula tanto los actos

⁶⁸⁴ Ibídem. pág. 21.

lícitos como los ilícitos de violencia y es la única rama del derecho internacional que adopta esta doble perspectiva.

No hay una dicotomía análoga en las normas internacionales sobre los actos de terrorismo.

La característica que define cualquier acto clasificado jurídicamente como «de terrorismo» según el derecho internacional y según el derecho interno es que está tipificado como un crimen: ningún acto de violencia calificado de «terrorismo» está o puede estar exento de enjuiciamiento. El código actual de delitos terroristas incluye 13 tratados llamados sectoriales, aprobados a nivel internacional, que definen actos específicos de terrorismo.

También existe un proyecto de Convenio General sobre el Terrorismo Internacional que ha sido objeto de negociaciones en las Naciones Unidas desde hace más de diez años. [...]

27. Se estima que los tratados actualmente vigentes definen casi cincuenta delitos, incluidos unos diez contra la aviación civil, cerca de dieciséis contra la navegación marítima o las plataformas continentales, unos doce contra las personas, siete relacionados con el uso, la posesión o la amenaza de utilizar bombas o materiales nucleares y dos crímenes sobre la financiación del terrorismo⁶⁸⁵.

Además de los ataques directos y deliberados, el DIH prohíbe los ataques indiscriminados y desproporcionados⁶⁸⁶.

Lo primero que surge de esta larga cita con diversos temas es que, si los miembros de las organizaciones armadas devenidos en “neo víctimas” y testigos de cargo de los juicios de venganza son adecuadamente encuadrados, resultan susceptibles de ser penalmente perseguidos con la misma doctrina que habilitó la CSJN exclusivamente para los agentes del Estado, ignorando también para esas “neo víctimas” la aplicación de la irretroactividad de la ley penal, ya sea por su actividad terrorista o por la violación al DIH, o tan sólo por su pertenencia a organizaciones criminales, ya que así

⁶⁸⁵ Ibídem pág. 54.

⁶⁸⁶ Ibídem pág. 56.

lo establece el Estatuto de Nuremberg donde la doctrina de la CSJN busca sus fundamentos [caso "Arancibia Clavel"]. En efecto, los artículos 10 y 11 del Estatuto establecen:

En el supuesto de que un grupo u organización sea declarado criminal por parte del Tribunal, la autoridad nacional competente de cada uno de los Signatarios tendrá derecho a enjuiciar a personas por pertenencia a dicho grupo u organización ante los tribunales nacionales, militares o de ocupación. En tales casos, la naturaleza criminal del grupo u organización se considerará probada y no podrá ser cuestionada.

Art. 11-Aquellas personas condenadas por el Tribunal podrán ser acusadas ante los tribunales nacionales, militares o de ocupación a los que se alude en el Artículo 10 del presente Estatuto de un delito distinto al de pertenencia a un grupo u organización criminal, y, en caso de una sentencia condenatoria, dichos tribunales podrán imponerle una condena aparte de la impuesta por el Tribunal por su participación en las actividades criminales de dicho grupo u organización, pena que se añadirá a la ya impuesta⁶⁸⁷.

Y la ley 10 del CC aliado expresa:

Cada uno de los siguientes actos se reconoce como crimen: [...]

Art. II inc. [d] La pertenencia a las categorías de un grupo u organización criminal declarada criminal por el Tribunal Militar Internacional⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ Article 10. In cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individuals to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned.

Article 11. Any person convicted by the Tribunal may be charged before a national, military or occupation court, referred to in Article 10 of this Charter, with a crime other than of membership in a criminal group or organization and such court may, after convicting him, impose upon him punishment independent of and additional to the punishment imposed by the Tribunal for participation in the criminal activities of such group or organization.

⁶⁸⁸ 1. Each of the following acts is recognized as a crime:

Art. II inc. [d] Membership in categories of a criminal group or organization declared criminal by the International Military Tribunal.

Esto fue recogido por el Estatuto de Roma en el Art. 25 inc. 3 de la siguiente forma:

Art. 25.3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...]

d] Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i] Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii] A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

Por todo lo expuesto, en la justicia se niega sistemáticamente la existencia de un conflicto armado, y se presenta a los militares como funcionarios estatales que violaron los derechos de la población civil, ya que a los efectos del principio de distinción, todas las personas que no integren las FFAA son considerados civiles, excepto que participen de las hostilidades y mientras dure su participación.

En consecuencia, Cuando las personas se convierten en miembros de un grupo armado organizado que pertenece a una parte en conflicto, el DIH las priva de la protección contra los ataques directos mientras sean miembros de ese grupo [...] la calidad de miembro de un grupo armado y organizado comienza en el momento en que un civil empieza a asumir de facto una función continua de combate para el grupo, y dura hasta que deje de asumir esa función.

La persona que decide no pertenecer a un grupo armado organizado no tiene que declararlo abiertamente; es suficiente que lo exprese mediante un comportamiento concluyente, como el hecho de distanciarse físicamente del grupo de forma duradera, reintegrándose en la vida civil o ejerciendo de nuevo y de forma permanente una función totalmente ajena a la de combate⁶⁸⁹ [...] los miembros de los grupos armados cesan de ser civiles y, por consiguiente, pierden la protección contra los ataques

⁶⁸⁹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Melzer Nils, op.cit. pág. 73 y ss.

directos mientras dure su calidad de miembros, es decir, mientras asuman una función continua de combate.

En el Informe Sobre Terrorismo Y Derechos Humanos publicado por la CIDH, en 2002⁶⁹⁰, se profundiza en el principio de distinción del combatiente ilegítimo:

68. A su vez, este privilegio del combatiente es en esencia una licencia para matar o herir a combatientes enemigos y destruir otros objetivos militares del enemigo. Un combatiente legítimo también puede causar bajas civiles incidentales.

Al combatiente legítimo que posee esta protección es preciso darle la condición de prisionero de guerra, como se describe más adelante, tras su captura, e inmunidad contra procesamiento penal en virtud de la legislación interna del captor por los actos hostiles que no violen las leyes y costumbres de la guerra.

Esta inmunidad, sin embargo, no se extiende a actos que transgredan las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados⁶⁹¹.

69. Por su parte, en los conflictos armados internacionales existe la condición de combatiente “no privilegiado”, a veces denominado “ilegítimo”, a saber, una persona que no tiene la protección o privilegio de combatiente pero participa directamente en las hostilidades.

Se considera beligerantes ilegítimos a los combatientes irregulares o con “dedicación parcial”, como los guerrilleros, partisanos y miembros de movimientos de resistencia, que no siempre se distinguen de la población civil mientras están en operaciones o, por cualquier otro motivo, no cumplen con los requisitos de la condición de combatiente legítimo, así como los combatientes legítimos que no cumplen con los

⁶⁹⁰ OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, original: inglés.

⁶⁹¹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: [208] Véase, por ej., Estados Unidos c. List [el Caso de los Rehenes], [Juicio a los criminales de guerra ante el Tribunal de Nuremberg] 1228, 1238 [1950] [donde se afirma que es incuestionable que los actos cometidos en tiempos de guerra bajo la autoridad militar de un enemigo no pueden entrañar responsabilidad penal de parte de los oficiales o soldados si los actos no están prohibidos por las normas convencionales o consuetudinarias de la guerra]; US Department of War, Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field, General Order N° 100 [1863] [en adelante, “las Instrucciones Lieber”], artículos 56, 57; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, supra, artículo 87 [donde se establece que los “prisioneros de guerra no podrán ser sentenciados por las autoridades militares y los tribunales de la Potencia detenedora a castigos diferentes de los previstos para los mismos hechos con respecto a los miembros de las fuerzas armadas de dicha Potencia”].

requisitos relativos a la vestimenta, por ejemplo el personal militar regular capturado en acto de espionaje sin vestir uniforme.

*También se considera combatientes ilegítimos a los civiles, las tropas no combatientes de las fuerzas armadas, así como los miembros no combatientes de las fuerzas armadas que, en violación de su status protegido, participan activamente en las hostilidades*⁶⁹².

*Estas personas pierden su inmunidad contra ataques directos individualizados durante el tiempo que asumen el papel de combatientes*⁶⁹³. *En este sentido, es posible, sin embargo, que una vez que una persona es calificada como combatiente, ya sea regular o irregular, privilegiado o no privilegiado, ella no puede volver, a voluntad, al status civil o alternar entre el status civil y el de combatiente*⁶⁹⁴. *A diferencia de los combatientes privilegiados, los combatientes ilegítimos, tras su captura, pueden ser juzgados y sancionados según la ley interna por su beligerancia no privilegiada, aun si sus actos hostiles han cumplido con las leyes de la guerra.*

⁶⁹²Esta nota pertenece al texto original transcripto [209] Véase, en general, Richard Baxter, *So Called Unprivileged Belligerency: Spies, Guerrillas and Saboteurs*, BRIT.Y.B.INTL. L. [1952].

⁶⁹³ Esta nota pertenece al texto original transcripto: [210] Véase el Protocolo Adicional I, nota 68, supra, artículo 51[3], que estipula que “los civiles gozarán de la protección acordada por esta sección, salvo que participen directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”. Véase, también, Comentario del ICRC sobre los protocolos adicionales, de 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 619 [CICR, 1987] [en adelante Comentario del CICR sobre los protocolos adicionales], párr. 1944, donde se observa, con respecto a la calificación conforme al artículo 51[3] del Protocolo Adicional I, que “sólo durante [dicha] participación directa un civil pierde su inmunidad y se convierte en blanco legítimo. Una vez que cesa su participación, el civil recupera su derecho a la protección y ya no puede ser atacado”. [Traducción por la Comisión]. Ver también M. Bothe, K. Partsch & W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* [1982] [en adelante *New Rules*], at 301-302.

⁶⁹⁴ Esta nota pertenece al texto original transcripto: [211] Comentario del CICR sobre los Protocolos Adicionales, nota 210 supra, 515, párr. 1677, confirmando con relación a los estándares bajo el artículo 43 del Protocolo Adicional I que gobierna el status de combatiente que: “Desaparece igualmente así toda noción de estatuto a tiempo parcial, medio civil y medio militar, combatiente por la noche y apacible ciudadano durante el día. Un civil incorporado a una organización armada de las mencionadas en el párrafo precedente, independientemente de que participe o no en los combates o de que esté o no momentáneamente armado, se convierte en un militar y un combatiente durante toda la duración de las hostilidades [en todo caso, hasta que sea definitivamente desmovilizado por el mando responsable, estipulado en el párrafo 1]. Si resulta herido, está enfermo o ha naufragado, tiene derecho a la protección de los Convenios I y II [artículo 44, párrafo 8] y si es capturado, a la protección del III Convenio [artículo 44, párrafo 1]”. [Traducción por la Comisión].

También corresponde señalar que el término de combatiente “ilegítimo” se usa sólo para denotar el hecho de que la persona carece del privilegio de combatiente y no tiene derecho a participar en las hostilidades. El mero hecho de combatir por parte de esas personas no equivale a una violación de las leyes y costumbres de la guerra, aunque sus actos hostiles específicos sí podrían constituir una violación.

70. Dado que el status de combatiente legítimo y de prisionero de guerra derivan directamente del privilegio del combatiente, en el derecho internacional consuetudinario y convencional el reconocimiento de este privilegio se limita a las situaciones de conflicto armado internacional, conforme a la definición de las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I.

En contraste con ello, el gobierno inmerso en una guerra civil o en otro tipo de hostilidades internas no está obligado a reconocer a sus oponentes armados el status de prisionero de guerra, dado que esos disidentes no tienen la protección del combatiente por lo tanto, esos gobiernos están en libertad de enjuiciar a todos los disidentes capturados por sedición y sus otros actos violentos.

Al mismo tiempo, no existe norma alguna en el derecho internacional que prohíba a un gobierno, durante un conflicto armado no internacional, asignar a miembros de grupos armados disidentes el status de prisionero de guerra o un status equivalente.

Por su parte, la Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades Según el Derecho Internacional Humanitario, publicada por el CICR en diciembre de 2010, también refiere: el DIH convencional que rige los conflictos armados no internacionales utiliza los términos civiles, Fuerzas Armadas y Grupos armados organizados sin definirlos expresamente. Por consiguiente, estos conceptos deben ser interpretados de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuírseles en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del DIH.

Aún cuando está generalmente reconocido que los miembros de la fuerzas armadas estatales en un conflicto armado no internacional no tienen derecho al estatuto de civiles, ni el derecho de los tratados, ni la práctica de los estados, ni la jurisprudencia internacional han zanjado de forma inequívoca si lo mismo se aplica a los miembros de los grupos armados organizados [de las fuerzas armadas de partes no estatales en un conflicto armado]. Dado que, según el derecho interno, los grupos armados organizados no tienen, por lo general, derecho al estatuto de fuerzas armadas regulares. Podría ser fácil concluir que la calidad de miembro de esos grupos es

simplemente una forma continua de participación directa de personas civiles en las hostilidades.

Por lo tanto podría considerarse que los miembros de grupos armados organizados son personas civiles, debido a su continua participación directa en las hostilidades, pierden su protección contra los ataques directos mientras dure su calidad de miembros de esos grupos. Sin embargo, este enfoque menoscabaría gravemente la integridad conceptual de las categorías de personas en que se basa en el principio de distinción, sobre todo porque crearía partes en conflictos armados no internacionales cuya totalidad de fuerzas armadas seguirían siendo parte de la población civil⁶⁹⁵.

Como ponen de manifiesto la letra y la lógica del artículo 3 común a los CGI-IV y del Protocolo adicional II [PII], las personas civiles, las fuerzas armadas y los grupos armados organizados de las partes en conflicto son categorías que se excluyen mutuamente también en un conflicto armado no internacional⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ Esta nota pertenece al texto original transcripto: *En cuanto al peligro de no limitar el concepto de participación en las hostilidades a actos específicos, durante las reuniones de expertos [...] el enfoque basado en la continua participación directa en las hostilidades fue criticado porque difuminaba la distinción que se hace en DIH entre la pérdida de la protección en razón de la conducta [civiles] y en razón del estatuto o función [miembros de fuerzas armadas o grupos armados organizados]. V. Background Doc. DPH 2004, p 36; Background Doc. DPH 2005, WS IV-V, p10; Report DPH 2005, pp.44, 48, 50. V. también los debates en Report DPH 2006, pp.20 y ss; Report DPH, pp 46 y ss.*

⁶⁹⁶ Sobre el particular puede también consultarse:

- JUNOD, Sylvie, "Additional protocol II: History and scope", *The American University Law Review*, VVol 339, Washington College of Laws, American University, pág 39.
- CERDÁ, Carlos Horacio, "Aniversario del Cuerpo Jurídico Militar" en *Revista Argentina de Derecho Militar*, N°8, Buenos Aires, marzo 1989, pág. 11.
- CÁRDENAS, Emilio, "Avances en la labor de la Corte Penal Internacional", *El Derecho* 236-873.
- –"A propósito de la reciente decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario en el caso "Larrabure", *El Derecho* 233-875.
- –"Conflictos armados internos: el Tribunal Penal Internacional avanza en el proceso de responsables no gubernamentales", *El Derecho* 230-1132.
- –"Los grupos revolucionarios y los llamados delitos de lesa humanidad", *El Derecho*, 229-974.
- –"El deber del Estado de actuar con la diligencia debida frente al terrorismo", *El Derecho*, 228-734.
- –"Los grupos revolucionarios y los llamados delitos de lesa humanidad", *El Derecho*, 229-974.
- –"El deber del Estado de actuar con la diligencia debida frente al terrorismo" *El Derecho*, 228-734.
- –"Los crímenes de guerra y la resolución de la Procuraduría General de la Nación", *El Derecho* 226-815.
- –"Comienzan los juicios contra terroristas que en la década del 70 asesinaron a civiles inocentes en Camboya", *El Derecho* 224-784.

El DIH obliga a los miembros de un grupo armado organizado, así como a los militares, a respetar los derechos de la población civil.

En cambio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos limita las acciones abusivas de los agentes del Estado en perjuicio de la población civil, y tal como hemos visto, los tribunales encuadran en esta categoría a los integrantes de las organizaciones armadas.

Pero este criterio no puede explicar la existencia de millones de ciudadanos que no fueron victimizados por los agentes estatales ni para estatales, como tampoco se puede justificar las miles de víctimas inocentes producidas por los integrantes de las organizaciones armadas quienes hoy se presentan como testigos de cargo en los juicios de venganza y pretenden haber sido sólo inquietos jóvenes idealistas, con disidencias políticas con el gobierno militar.

Ejemplos de ello pueden observarse en todos los juicios de venganza. No obstante por su condición emblemática hemos elegido sólo unos pocos testigos de cargo del juicio “ESMA” quienes, ya se trate en sede judicial o en medios de difusión, han reconocido su pertenencia o la de sus compañeros a una organización armada, en este caso a Montoneros:

- Daniel Lastra, por ejemplo, reconoció su militancia en la estructura militar de Montoneros en su declaración ante la Secretaría de Derechos Humanos, del 22 de junio de 2004⁶⁹⁷.

-
- –“Más sobre la protección de los civiles inocentes en los conflictos armados internos” *El Derecho* 221-815.
 - –“La comunidad internacional en vísperas de decisiones que tienen que ver con la impunidad”, *El Derecho*, 220-744.
 - –“Milan Martić, es sentenciado a 35 años de cárcel por sus crímenes de lesa humanidad”, *El Derecho*, 223-763.
 - –“El Tribunal Penal Internacional, sigue enriqueciendo el Derecho Internacional Humanitario”, *Revista del Colegio de abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, julio 2008, Tomo 68 N°1 pág. 24 y 28.
 - – “Más sobre la vergonzosa Resolución 158/07 de la Procuración General de la Nación”, *Revista del Colegio de abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, diciembre 2009, Tomo 69, N°2 pág., 43 a 45.

⁶⁹⁷ Glosada a fs. 32.727 de los autos principales de la causa ESMA.

- Marcelo Camilo Hernández, oficial montonero, jefe del departamento de finanzas del área nacional, subordinado de Juan Gasparini también montonero, según su declaración ante el Juzgado de Instrucción n° 5 en España del 2 de julio de 2003. Acerca de la militancia de Gasparini, Eduardo Soarez quien se reconoció montonero, refirió en el juicio por la verdad celebrado el 5-3-07 [pág. 2] en Mar del Plata, que: *Juan Gasparini, el actual escritor, era el compañero nuestro que estaba a cargo de la unidad.*
- Ricardo Coquet en su declaración en el juicio oral a Héctor Febres –ESMA I– reconoció: que se había incorporado a la JUP, una organización de base de la agrupación Montoneros. También su aprobación al uso de la pastilla de cianuro cuando afirmó: *yo llevaba conmigo en el pantalón de bolsillo [sic] una pastilla de cianuro para no caer vivo.* Por su parte Miguel Ángel Lauletta afirmó que Coquet fue detenido cuando estaba cayendo⁶⁹⁸ la estructura militar de capital.
- Martín Gras, ex miembro de las FAR y de Montoneros, según lo expresado en el testimonio que le brindó a Viviana Gorbato⁶⁹⁹, y lo dicho por Cubas ante el TOF 5 de la CABA, cuando afirmó que Gras: *formaba parte de la Secretaría de Relaciones internacionales.*
- Roberto Ahumada, miembro de la Compañía de Monte creada por Montoneros en la provincia de Tucumán, según la declaración de Lauletta⁷⁰⁰.
- Lila Pastoriza, integrante de la inteligencia de Montoneros y de ANCLA, siglas de la agencia de noticias clandestina de esa organización, tal como se lo confirmó a Natalia Vinelli⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ Caer, en la jerga de Montoneros significaba ser detenido.

⁶⁹⁹ GORBATO, Viviana, op. cit. pág. 41 y ss.

⁷⁰⁰ En su testimonio glosado a fs. 5167 de autos principales de la causa 14.217.

⁷⁰¹ Vinelli, Natalia, *ANCLA, una experiencia de comunicación clandestina*, La rosa blindada, Buenos Aires, 2002.

- Víctor Bastera, miembro de las FAP, organización posteriormente unificada con montoneros, según la declaración de la testigo Celeste Hazan ante el TOF 5, cuando vinculó las actividades de Bastera con las de su padre en dicha organización terrorista.
- Graciela Daleo, aspirante de Montoneros, de acuerdo con su declaración ante el TOF 5 causa 1270.
- Miguel Ángel Lauletta ante TOF 5 de la CABA, declaró: yo era miembro de la organización Montoneros, militaba en servicio de documentación del área federal, que era la logística de Montoneros. Más adelante dijo sobre Alcira Fidalgo, que ella estaba en el servicio de documentación de la columna capital conmigo en... una librería que era la cobertura legal del servicio de documentación.
- Jorge Pomponi declaró en el juicio por la causa “ESMA 1270”, que a su lado se encontraba el capitán de montoneros Ricardo Moyano quien: *intervino en un disparo que le hicieron no sé si [al] almirante o vicealmirante Guzzetti, creo que se estaba atendiendo, por lo que me dijo, en el odontólogo y él le disparó un tiro en la boca.*
- Lo propio ocurrió con, Silvia Labayru, Mercedes Carazo, Cristina Aldini, José Miño, Raúl Cubas, Evangelina Quiroga, Jaime Dri, José Martínez, Nilda Actis Goretta, Alberto Gironde, Jorgelina Ramus, María Alicia Milia de Pirles y muchos más.

La particularidad de los testigos de reconocerse miembros de las organizaciones armadas durante el desarrollo del debate es una tendencia verificable en todas las causas. Por ejemplo, en la causa 2955/09, caratulada “Almeida Domingo y otros” del Tribunal Oral Federal de La Plata, Carlos Alberto Zaidman reconoció pertenecer al Partido Comunista Revolucionario –PCR–; Ana María Bossio admitió que su hermano era de Montoneros y estaba clandestino desde 1975; Juan Guillermo García Spino ex integrante del ERP rindió un homenaje a Santucho en plena audiencia; Susana Elena Aliaga reconoció que tanto ella como Guillermo García Cano militaban en Montoneros; Perla Diez reconoció que Marlene Krugger la incorporó al PRT-ERP; Alejandra Santucho reconoció que su hermana Mónica y sus padres eran del PRT-ERP; Manuel Pedreira admitió pertenecer a Montoneros.

Natalio Marcelo Ciancio confirmó que era integrante del PCML; Pablo Alejandro Díaz⁷⁰² admitió su pertenencia a la Juventud Guevarista; Carlos De Francesco y Dolores Corona también se reconocieron montoneros; Estela De La Cuadra reconoció su participación en el PCML junto a su esposo Héctor Carlos Baratti, su hermano integraba las FAP; Estela Carlotto admitió que su hija pertenecía a Montoneros; María Julia Bearzi dijo que sus padres eran montoneros; Jorge Nadal admitió haber militado en el PRT-ERP, Silvia Cartasso confirmó haber pertenecido al PRT-ERP y se desvinculó luego del ataque de Monte Chingolo; Norma Beatriz Iriarte pertenecía al PRT-ERP; Diego Barreda reconoció que Humberto Luis Fracarolli, Héctor Carlos Baratti y Eduardo Roberto Bonín pertenecían a una organización maoísta [PCML].

Pese a la declarada militancia en organizaciones armadas terroristas de los testigos tomados como ejemplo, el Estado protege su impunidad al negar el reconocimiento del conflicto armado y el pertinente derecho aplicable.

En consecuencia impulsa la doctrina de la "culpabilidad objetiva asimétrica", esto es, los militares presos condenados sin pruebas, los terroristas gozando de beneficios y sus víctimas inocentes ignoradas.

El reconocimiento de su pertenencia a estas organizaciones criminales, es considerado por los juzgadores como una diferenciación de una parte de la población civil agrupada con fines políticos sobre la que se perpetraron DLH.

En consecuencia, la insistencia en negar el conflicto armado interno, ubica falsamente a los miembros de las organizaciones armadas como disidentes políticos despojándolos de su responsabilidad ante sus víctimas, además de transformar el contexto de los hechos y el derecho aplicable.

Dicha negación también desplaza el eje de la discusión pública a la que han asistido, entre otros, Roberto Leis, Graciela Fernández Meijide, y queda estancada entre la incomparable gravedad de la reacción estatal y el silencio de los militares, cuando en realidad el bien jurídico a proteger es la población civil ajena a las hostilidades, es decir a las víctimas inocentes que nada hicieron para merecer el ataque de las organizaciones armadas terroristas.

⁷⁰² Participó en la película, *La Noche de los Lápices*.

Sin que ello signifique dejar de reconocer los derechos que les son propios a los integrantes de dichas organizaciones, un escenario se da en un contexto de paz y otro diferente surge ante un conflicto armado no internacional.

La actual doctrina oficial, creó una inexplicable discriminación entre los tres actores del conflicto de los '70 –víctimas inocentes, integrantes de organizaciones armadas y agentes del Estado– en consecuencia de esta tríada los únicos que tienen derechos son los miembros de las organizaciones armadas, pues los derechos de las víctimas de estas organizaciones [víctimas inocentes] no son reconocidas por el Estado y los ex agentes del Estado [FFAA y FFSS] acusados en los juicios de venganza, tampoco.

Así mientras los hijos del secretario general de la CGT José Ignacio Rucci siguen reclamando por sus derechos, los de Hebe de Bonafini, titular de la ONG Madres de Plaza de Mayo –que pertenecieron a organizaciones como la que mató a Rucci– gozan de ellos en plenitud; y los agentes del Estado involucrados en la represión de dichas organizaciones son sometidos a procesos ilegales sin reconocerse derecho alguno.

De la doctrina impuesta por el "kirchnerismo" deviene, en clara contradicción con el espíritu de los pactos internacionales, que los derechos humanos no son patrimonio del ser humano como tal, y que únicamente pueden gozarlos las víctimas de los agentes estatales.

En este sentido Bonafini en oportunidad de entregarse el edificio de la ESMA a los organismos de derechos humanos, expresó que pondrían en el museo de la memoria las armas que utilizaron los jóvenes idealistas para pelear contra la dictadura, exaltando el sentido épico de la lucha armada, de tal modo que sus acciones eran para el "bien común".

En consecuencia se destruyó todo vestigio de los actos terroristas y de las víctimas inocentes. Veamos gráficamente en diferentes contextos [paz o guerra] las relaciones entre el Estado, los ciudadanos y los pactos y convenciones que los protegen:

En un contexto de paz [Fig. 25] se busca principalmente limitar el poder estatal, en este sentido los derechos humanos actúan como un valladar para proteger a los ciudadanos de conductas abusivas de los agentes estatales, habilitando para los primeros una instancia supranacional, pues se entiende que hay un abismo entre el poder del Estado comparado con el del ciudadano.

CONTEXTO DE PAZ



Fig. -25-.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos condena a los estados.

CONTEXTO DE GUERRA [CANI]

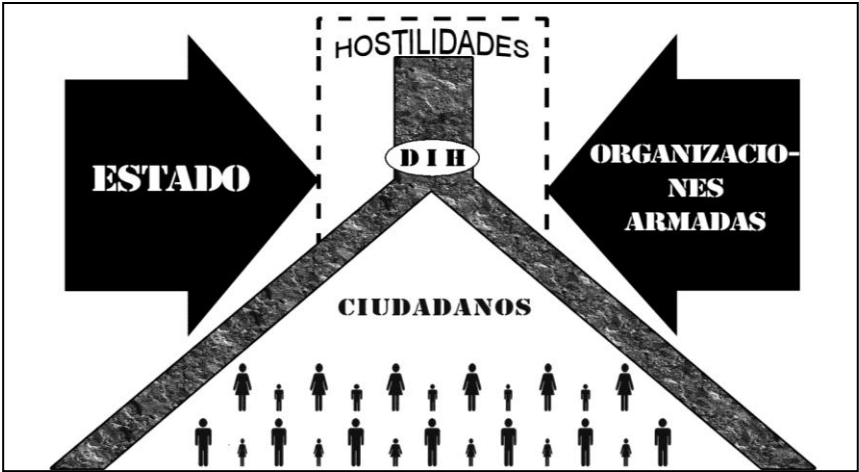


Fig.-26-

En el contexto de un CANI [fig. -26-] el DIH protege a la población civil de las estructuras de poder organizadas involucradas en las hostilidades, así como a los prisioneros, náufragos y heridos de los oponentes.

Es obligatorio, no puede suspenderse como ocurre con los derechos reconocidos por la CADH [Art. 27 y ss.]. El DIH condena a las personas.

Las sentencias de los juicios de venganza así como el “relato oficial”, sostienen que los agentes estatales atacaron a la población civil, con el objeto que las organizaciones armadas y sus víctimas desaparezcan de la historia, y en consecuencia los agentes estatales carguen con toda la responsabilidad del conflicto.

Sin embargo la negación del conflicto armado no es nueva, dado que ya puede observarse en la sentencia del juicio seguido a las Juntas Militares [causa 13/84]. Importa entonces hacer aquí una breve digresión acerca de la existencia o no de un conflicto armado:

7 | EL MARCO DE LOS HECHOS: LA TESIS DE LA GUERRA

La sentencia en la causa 13/84 expresó: *La permanente recurrencia de las defensas al tema de la guerra, bajo cuya óptica pretenden se analice el caso, llevan a este Tribunal a una consideración particular.*

Tanto la doctrina nacional como la internacional, establecen una distinción entre los conflictos armados que se pueden suscitar en el seno de una sociedad o entre distintos estados.

Tal distinción va desde los meros desórdenes internos hasta la guerra internacional. Cuando se trata de hechos producidos por rebeldes cuya beligerancia no ha sido reconocida, se está frente a un caso de insurrección. Si medió reconocimiento por parte del gobierno constituido del estado de beligerancia, trátase de una guerra civil nacional. Por fin, si un Estado extranjero interesado es quien reconoce la beligerancia del partido o facción en armas, se lo denomina guerra civil

internacional⁷⁰³. Contemporáneamente y a partir de la Segunda Guerra Mundial, se ha desarrollado una nueva forma de conflicto que se ha dado en llamar guerra revolucionaria.

Para Robert Thompson su mejor definición es: "una forma de guerra que permite que una minoría, pequeña y despiadada, obtenga por la fuerza el control de un país, apoderándose, por lo tanto, del poder por medios violentos y anticonstitucionales"⁷⁰⁴.

Suelen igualmente distinguir los autores entre la guerra revolucionaria y la guerra de guerrillas. Mientras esta última es defensiva y táctica, incluye el hostigamiento de las fuerzas regulares, puede ser nacionalista o patriota y no necesariamente política, la primera es esencialmente política y social. Puede, durante cierta fase, incluir acción guerrillera pero sus objetivos son muchísimo más ambiciosos que los de la guerra partidaria. Puede también incluir, como en China, Vietnam y Argelia, un llamado al patriotismo contra una agresión o una ocupación foránea, pero los objetivos trascienden la idea de "liberación" usada en sentido convencional⁷⁰⁵.

Conviene destacar que, de modo más o menos coincidente, los teóricos sobre el tema distinguen cinco fases dentro de la guerra revolucionaria, que caracterizan del modo que sigue:

Fase uno: despliegue e infiltración en el país en que se inicia el proceso; organización clandestina del aparato revolucionario; agitación social.

⁷⁰³ Esta nota pertenece al texto original transcripto: [Confr. Luis A. Podestá Costa, "Ensayo sobre las luchas civiles y el Derecho Internacional", Tip. A.G. Rezzónico, Buenos Aires, 1926, p. 11; Bidart Campos, "Derecho Constitucional", Ediar, Buenos Aires, 1968, T. I, p. 576; Rafael Moyano Crespo, "Aspectos ético-jurídicos del Derecho de Guerra", Editorial Difusión, Buenos Aires, año 1940, p. 69; Alfred Verdross, "Derecho Internacional Público", Traducción al castellano de Antonio Frujol y Serra, Editorial Aguilar, Madrid, 1955, P. 553].

⁷⁰⁴ Esta nota pertenece al texto original transcripto: ["Guerra Revolucionaria y Estrategia Mundial [1945-1969]", Ed. Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 20].

⁷⁰⁵ Esta nota pertenece al texto original transcripto: [Brian Crozier "Teoría del conflicto", Editorial Emecé, Buenos Aires, 1977, p. 186].

Fase dos: intimidación de la población mediante el terrorismo en sus distintas formas, como modo de obtener el desprestigio de la autoridad pública y privarla de consenso.

Fase tres: control de la población para comenzar a volcarla hacia el marxismo o asegurar su pasividad.

Fase cuatro: ejercicio de dominio sobre un espacio geográfico poblado, para instalar un gobierno revolucionario y gestionar su reconocimiento internacional.

Fase cinco: pasaje a la ofensiva general; desarrollo de la guerra civil y apoderamiento del país⁷⁰⁶.

En consideración a los múltiples antecedentes acopiados en este proceso, especialmente documentación secuestrada, y a las características que asumió el fenómeno terrorista en la República Argentina, cabe concluir que dentro de los criterios clasificatorios que se vienen de expresar, éste se correspondió con el concepto de guerra revolucionaria. En cuanto al grado de desarrollo por ella alcanzado, el informe del Estado Mayor General del Ejército concluye en que llegó a la creación de zonas dominadas.

Sin embargo, a estar a la propia caracterización que en dicho informe se hace del estadio en cuestión, en modo alguno parece que las fuerzas insurgentes hubieran ejercido dominio sobre un espacio geográfico determinado, como paso previo a la instalación de un gobierno revolucionario, para la gestión de su reconocimiento internacional. Por el contrario, la propia Directiva N° 333/75, ["operaciones contra la subversión en Tucumán"], establece que el enemigo -que estima en una capacidad aproximada entre 300 y 500 hombres- se aprestaba a efectuar la apertura de un "frente rural", describiendo actividades puramente preparatorias.

Por lo demás, en momento alguno, tales grupos insurgentes, fueron reconocidos como beligerantes, recibieron reconocimiento internacional, contaron con la capacidad de

⁷⁰⁶ Esta nota pertenece al texto original transcripto: [Conf. informe obrante a fs. 486/496 del cuaderno de prueba del Teniente General Viola, producido por el Estado Mayor General del Ejército; Thompson, op. cit. ps. 21 y ss.; Crozier, op. cit. ps., 174 y ss.; Osiris Guillermo Villegas, "Guerra Revolucionaria Comunista", Circulo Militar, Buenos Aires, 1962, ps. 87 a 91; General Alberto Marini, "Estrategia sin tiempo", Círculo Militar, Buenos Aires, 1971, ps. 262 a 264].

dictar normas con alguna eficacia general, y menos aún tuvieron poder de hecho, para aplicarlas, ni hubo intervención en el conflicto de potencia extranjera alguna.

En las condiciones dadas, es claro que la lucha armada se desarrolló fronteras adentro, lo que excluye por completo el concepto de guerra que alude a una contienda entre estados soberanos y que tiene por fin hacer prevalecer un punto de vista político⁷⁰⁷.

Tampoco importó una guerra civil internacional, por la falta de reconocimiento externo del estado de beligerancia de la facción en armas⁷⁰⁸.

Pese a lo aseverado por la Cámara Federal, es dable afirmar con aceptable grado de certeza, que las organizaciones armadas no lograron totalmente el control territorial porque se les interpuso la acción de las fuerzas armadas, primero en Tucumán y luego en todo el país.

No obstante, lograron dicho control durante un lapso de meses en localidades de esa provincia: Lules, Famaillá, Concepción etc., llegando a efectuar fusilamientos públicos de pobladores civiles.

En cuanto a la posibilidad de “dictar normas con alguna eficacia general” se trata de una exigencia propia de un Estado pero no es condición necesaria para que estructuras organizadas de poder no estatales lleven adelante un conflicto armado, pues estas organizaciones carecen de un Poder Legislativo así como del aparato del Estado; en cambio dictaban normas para sus miembros, muchas de ellas de cumplimiento obligatorio, como la ingesta de cianuro en el caso de los Montoneros o los Códigos de Justicia Revolucionaria que aplicaron con toda severidad a quienes no cumplían las órdenes de sus superiores en la organización, etc.

⁷⁰⁷ Esta nota pertenece al texto original transcripto: [*Vid. Podestá Costa, op. y loc. cit.; Hans Kelsen, "Principios de Derecho Internacional Público", traducida por Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Ed. "El Ateneo", Buenos Aires, sin fecha; Ch. Rousseau, "Derecho Internacional Público profundizado", Traducción de Delia García Dairreaux, Editorial "La Ley", Buenos Aires, 1966, p. 371].*]

⁷⁰⁸ Esta nota pertenece al texto original transcripto: [*Conf. Podestá Costa, op. cit., ps. 11, 12 y 15; Daniel Antokoletz, "Tratado de Derecho Internacional Público", quinta edición, Librería y Editorial "La Facultad", Buenos Aires, 1951, T. III, p. 531].*]⁷⁰⁸

Por otra parte, el hecho de que ni el gobierno de jure ni el de facto hayan reconocido ni otorgado estatus de beligerante a las organizaciones armadas, tampoco es condición necesaria para negar la existencia de un conflicto que pueda observarse en la realidad cotidiana de un Estado.

En cuanto al reconocimiento internacional, las organizaciones armadas contaron con el apoyo explícito aunque clandestino de Cuba⁷⁰⁹, Costa Rica⁷¹⁰, México⁷¹¹ y organizaciones como la Organización para la Liberación de Palestina –OLP– etc.

De lo expuesto surge claramente que es cierto que no se cumplen en su totalidad las "5 fases", justamente porque las organizaciones armadas no lograron el triunfo de la "guerra revolucionaria". Pero la circunstancia de que hayan alcanzado lo medular de la fase 3 e iniciado la fase 4, son una evidencia clara de la existencia del CANI en el que fueron derrotadas antes de ingresar a la fase 5.

Consecuentemente los fundamentos de la Cámara Federal para negar el conflicto armado de los '70 no son muy sólidos y quedaron obsoletos ante la evolución de los CANI en el DIH, previamente analizados.

En la sentencia del caso Tadic del TPIY se determinaron los elementos que caracterizan a un conflicto armado interno, para el que basta identificar 1] un mínimo

⁷⁰⁹ Jorge Masetti [h] ex integrante del PRT-ERP y miembro de la inteligencia cubana, en su libro *El Furor y el Delirio*, Tusquets editores, pág. 275, expresó: *Hoy puedo afirmar que por suerte no obtuvimos la victoria, porque de haber sido así, teniendo en cuenta nuestra formación y el grado de dependencia con Cuba, habiéramos ahogado al continente en una barbarie generalizada. Una de nuestras consignas era hacer de la cordillera de los Andes la Sierra Maestra de América Latina, donde, primero habiéramos fusilado a los militares, después a los opositores, y luego a los compañeros que se opusieran a nuestro autoritarismo; y soy consciente de que yo hubiera actuado de esa forma.*

⁷¹⁰ Además de las emisiones de TV, Montoneros llegó a instalar, con ayuda del ex presidente de Costa Rica, José "Pepe" Figueres, una emisora de onda corta en ese país: TIRL- R Radio Noticias del Continente, que dejó de funcionar en 1981. Victoria Villarruel, *Los llaman jóvenes idealistas*, CELTYV, 2009 pág.178.

⁷¹¹ Donde alternativamente con Cuba, residía la "Conducción" de Montoneros que incluso con la aquiescencia del gobierno tenía sede en lo que se llamó la "Casa del Pueblo Argentino" cita en el Distrito Federal de la ciudad de México.

de organización en las partes contendientes y 2] un mínimo de la intensidad en las hostilidades, que debe superar los episodios o incidentes aislados⁷¹².

En ese sentido, en el referido alegato de defensa, el Dr. Alfredo Solari expresó: “Reiteradamente algunos acusadores han recurrido al negacionismo de la guerra revolucionaria que tuvo que soportar la Nación desde fines de los 50, los '60 y hasta 1982, con más el episodio de reflotación rancia y tardía del intento de copamiento de la guarnición de La Tablada el 23 de enero de 1989.

Esta cuestión sí tiene relevancia jurídica [también política], y corresponde su consideración atenta, para determinar si hubo o no en nuestro país una guerra revolucionaria emprendida por grupos numerosos de argentinos armados y sediciosos que se atribuyeron los derechos del pueblo [Art. 22 CN] y que tomaron las armas contra la Nación y se unieron a sus enemigos [Art. 103 CN] para tomar el poder por la violencia e instaurar la “Patria Socialista”, es decir, el comunismo y sus consecuencias, generando en las autoridades de la Nación la urgencia de defenderla.

Los argumentos esgrimidos van desde un negacionismo especioso fundado en una “falacia lógica” que afirma que la guerra la declara el Congreso y como no lo hizo, por tanto no hubo guerra, hasta un negacionismo genérico que implica la lisa y llana negación de la existencia de la misma, con una postulación límite de que nunca hubo en realidad un conflicto armado en la Argentina.

Esta variedad argumental nos obliga a tratar separadamente los criterios mencionados:

7.1 | NEGACIONISMO ESPECIOSO: FUNDADO EN UNA “FALACIA LÓGICA”

Como el Congreso de la Nación no declaró la guerra, entonces no hubo guerra.

Por una parte, esta postulación contradice la historia Argentina y universal; por otra,

⁷¹² CÁRDENAS, Emilio, “Los derechos humanos y el derecho humanitario internacional”, *Res Pública Argentina*, 2010-1 y 2, pág. 14.

contradice el derecho vigente en la Argentina a la época de los hechos y en la actualidad.

La declaración de guerra, que es un acto de derecho internacional entre estados, no se ha aplicado en ninguna parte del mundo en los casos de "sedición doméstica".

El Dr. Solari en el referido alegato, enumera una serie de conflictos armados nacionales e internacionales, no citados en el presente para evitar exceder el objeto de este libro, en los que nunca existió declaración de guerra, e incluye desde los ataques de las montoneras de Güemes hasta la guerra de Malvinas.

Seguidamente expresa Alfredo Solari: "Con ello sólo bastaría para desestimar el argumento de que si no hay declaración de guerra, es porque no hay guerra, una verdadera falacia *post hoc, ergo propter hoc*' falacia lógica que consiste en afirmar que algo [en el caso, la ausencia de declaración formal de guerra] es la causa de alguna otra cosa [en el caso, la afirmación de que no hubo guerra] sencillamente porque la primera es anterior en el tiempo a la segunda.

Tal pseudo razonamiento es tan ingenuo como burdamente falso, y desmentido –además– por el derecho positivo argentino, tanto el vigente a la época de los hechos, como el actualmente en vigor.

En efecto: A la época de los hechos regía el Código de Justicia Militar ley 14.029, sancionado en 1951 bajo la Constitución peronista de 1949, cuyo Art. 29 otorgaba rango constitucional a la jurisdicción militar –insuprimible, por ende, salvo reforma constitucional–.

Dicho código estuvo vigente hasta el 26 de febrero de 2009 [Art. 7° ley 26.394].

El Art. 882 del Código de Justicia Militar disponía:

El Tiempo de Guerra, a los efectos de la aplicación de este código, comienza con la declaración de guerra, o cuando ésta existe de hecho, o con el decreto de movilización para la guerra inminente, y termina, cuando se ordena la cesación de las hostilidades.

En la actualidad, la ley 26.394 en su Anexo II Art. 2°, prevé similarmente:

Art. 2º.- Tiempo de guerra.

El tiempo de guerra, a los efectos de la aplicación del procedimiento previsto en esta ley, comienza con la declaración de guerra, o cuando ésta existe de hecho, o con la norma que ordena la movilización para la guerra inminente y termina cuando se ordena la cesación de hostilidades.

Como vemos el texto es copia del citado Art. 882 Código de Justicia Militar, agregando sin embargo, como párrafo final, una previsión nueva: A los mismos efectos, se entenderá que existe conflicto armado cuando éste exista de hecho.

En consecuencia no es necesaria una formal declaración como condición de un estado de guerra, pues: ni la práctica nacional, ni la práctica internacional, ni el derecho que ha regido en la Argentina, han dejado de reconocer la existencia de hecho de una guerra por la ausencia de una declaración previa.

7.2 | NEGACIONISMO ESPECÍFICO: NUNCA HUBO GUERRA REVOLUCIONARIA EN LA ARGENTINA.

Contrariamente a tal negacionismo, con sus propias palabras la izquierda marxista-leninista violenta ha proclamado y endiosado la guerra revolucionaria, y ha reconocido haberla llevado a cabo.

En efecto, algunas citas de los ideólogos del socialismo revolucionario y de los que llevaron a la praxis revolucionaria en nuestro país esas ideas, habrán de demostrar que la realidad fue diametralmente opuesta a la tesis negacionista, que descaradamente hoy pretenden difundir [...]”.

De la extensa lista de citas incluidas por el Dr. Solari en su alegato para ilustrar este punto, en razón de la extensión sólo hemos seleccionado cuatro⁷¹³:

⁷¹³Esta nota pertenece al texto original transcripto: Las fuentes pueden ser consultadas en numerosos sitios web, como por ejemplo www.ruinasdigitales.com.ar .

[1]-"El 6 de septiembre de 1974, se celebró en la ciudad de Buenos Aires, una conferencia de prensa secreta a la que concurrieron Mario Firmenich junto con Adriana Lesgart, por la Agrupación Evita, Juan Carlos Dante Gullo, por la Juventud Peronista, Juan Pablo Ventura, por la Juventud Universitaria y Enrique Juárez, por la Juventud de Trabajadores Peronistas.

En la misma, se anunció la decisión de Montoneros de "*volver a la resistencia*" y "*reasumir las formas armadas de lucha*".

Expresó también Firmenich en dicha conferencia:

Puesto que "se han agotado todas las formas legales de continuar la lucha sólo quedaba la opción de emprender una "guerra popular integral".

Esto ocurrió, adviértase, bajo el gobierno *de jure* inaugurado el 25 de mayo de 1973.

[2]-En la Revista Evita Montonera N° 1 de diciembre de 1974⁷¹⁴, la organización Montoneros hacía pública una resolución adoptada el 6 de septiembre de 1974, en cuyos fundamentos y parte resolutive expresaba:

Considerando:

I.-Que desde el 1 de julio de 1974, fecha de fallecimiento del general Perón, se han producido una serie de hechos que han modificado totalmente la naturaleza del proceso iniciado el 11 de marzo de 1973.

Luego de enumerar tales hechos, entre ellos la prohibición de diversos actos de la organización, la remoción del Ministro Taiana, y la clausura del Diario Noticias –dirigido por Miguel Bonasso–⁷¹⁵, afirmaba:

II.-Que todos esos hechos configuran una desvirtuación total de la voluntad popular expresada el 11 de marzo y el 23 de septiembre de 1973, ponen de manifiesto que este gobierno ha dejado de ser peronista y representativo y dejan

⁷¹⁴ Esta nota pertenece al texto original transcripto: pág. 36 y 37. <http://www.ruinasdigitales.com/evita-montonera/evitanumero1/>

⁷¹⁵ Esta nota pertenece al texto original transcripto: <http://www.elortiba.org/monpren.html>.

en claro que su objetivo es la destrucción de las fuerzas populares y la proscripción de quienes mantienen su lealtad a los intereses históricos del Movimiento Peronista.

Para concluir:

Por todo ello la Organización Montoneros resuelve:

1] Volcar todas sus fuerzas para encabezar la Resistencia Popular contra la ofensiva imperialista y oligárquica que ha logrado copar las posiciones claves del gobierno poniendo a este al servicio de sus intereses.

2] Reasumir las formas armadas de lucha, las que junto con todas las otras formas [actos, movilizaciones, huelgas, caños, etc.] constituyen la guerra popular integral...

3] Organizar, a partir de aquellas luchas, las milicias peronistas que imaginara Evita, para que todo el pueblo participe activamente en todas las formas de enfrentamiento que se darán en esta etapa de la Resistencia. ...

Y firmaban: *PERÓN O MUERTE, VIVA LA PATRIA, HASTA LA VICTORIA, MI GENERAL*⁷¹⁶.

[3]-En la Revista Evita Montonera N° 3 de marzo de 1975, se da difusión general a los hechos producidos el 16 de setiembre de 1974⁷¹⁷ por la organización armada y las de superficie:

Objetivos Militares.

En el terreno militar nos propusimos efectuar operativos de ataque y hostigamiento, para golpear instituciones pertenecientes a las fuerzas enemigas.

⁷¹⁶Esta nota pertenece al texto original transcripto:

<http://www.ruinasdigitales.com/revistas/Evita%20Montonera%2001.pdf>

⁷¹⁷ En la jerga de las organizaciones armadas terroristas, la puesta masiva de bombas se llamaba "cañada". Los diarios de la época refieren que en la "cañada" del 16 de septiembre de 1974 se colocaron más de 60 explosivos en todo el país en un sólo día.

Fueron atacadas así empresas vinculadas al imperialismo yanqui tales como concesionarias de automotores, bancos, laboratorios, etc.

También actuamos contra centros de la oligarquía y el "gorilaje" [Sociedad Rural, Banco Ganadero], contra las fuerzas represivas y la burocracia política y sindical.

En un segundo nivel, se llevaron a cabo numerosos operativos para propagandizar nuestra propuesta política [ocupaciones, actos relámpago, volanteadas]. El plan militar se completó con operativos de distracción de la represión y de apoyo logístico.

Concluyendo: Evaluación.

Teniendo en cuenta todos los elementos apuntados, podemos señalar el resultado ampliamente positivo del operativo del 16 de septiembre.

En primer lugar, porque se produjo –repetiendo la experiencia del 22 de agosto- el primer hecho militar en el que participaron cientos de compañeros con una conducción centralizada tanto en la planificación como en la ejecución. Consideramos que este es el verdadero embrión de las milicias populares.

El segundo elemento que evaluamos como positivo es la confirmación de la voluntad de lucha de nuestro pueblo, destacando el apoyo y la receptividad a todas las acciones que implicaron un duro golpe al gobierno antipopular de Martínez, López Rega y el vandorismo⁷¹⁸.

A ello se puede agregar:

[4]-En la Revista *El Combatiente* del 17 de febrero de 1975⁷¹⁹ se publica un editorial del PRT-ERP firmado por Mario Roberto Santucho, relacionado con el Operativo Independencia ordenado por la Presidente María Estela Martínez de Perón en la provincia de Tucumán, titulado: *La compañía de Monte vencerá*, en el que afirma que

⁷¹⁸Esta nota pertenece al texto original transcripto: <http://www.ruinasdigitales.com/evita-montonera/evitanumero3/> Revista Evita Montonera N° 3 Marzo de 1975 pág.23.

⁷¹⁹Esta nota pertenece al texto original transcripto: <http://www.catedracheguevara.com.ar/books/librosydoc/sobrelalucha/Tomo%20II.pdf> Daniel de Santis “¡A VENCER O MORIR! PRT-ERP- DOCUMENTOS”-Tomo 2, pág.244.

Es el primer paso de la intervención de las fuerzas armadas...en la lucha antiguerrillera.

El PRT entonces dio a conocer lo que llamó su “Plan Estratégico” con los siguientes objetivos:

1. Generalización de una guerra civil, concentrando los principales recursos hacia la lucha militar y encarando el enfrentamiento con criterio de aniquilamiento, extendiendo la guerra a todo el país en forma armónica para utilizar grandes unidades aceptando la concepción de una guerra prolongada. [...]

4. Aumentar los efectivos de la guerrilla.

[6]-La sociedad también reconoció el conflicto armado, el 20 de junio de 1976, dos días después del asesinato del Jefe de la Policía Federal general Cardozo, decía en su editorial el diario de Jacobo Timmerman, *La Opinión: En la Argentina de hoy se libra una verdadera guerra de la cual depende la supervivencia de la Nación, y el restablecimiento de la paz y de la democracia sólo procederá cuando se extirpe del país la subversión [...]*.

También vale la pena recordar que en 1983, una solicitada que con el título *Los argentinos queremos decirle al mundo* y la firma de más de cien instituciones de prestigio, dos meses antes de la asunción de Alfonsín. Decía: *Los argentinos estuvimos en guerra. Todos la vivimos y la sufrimos. Queremos que el mundo sepa que la decisión de entrar en la lucha la provocó e impuso la subversión, no fue privativa de las fuerzas armadas.*

Tampoco fue privativa del gobierno Argentino. Fue una decisión de argentinos. Todos, absolutamente todos los hombres de buena voluntad que habitan el suelo argentino pedimos en su momento a las fuerzas armadas que entraran en guerra para ganar la paz a costa de cualquier sacrificio.

Porque en ella hubo muertos y desaparecidos. Argentinos que cumplían con su deber, defendiendo nuestro derecho a la paz y nuestro tradicional modo de ser, que una minoría cuestionaba.

Y murieron también muchos de aquellos que, temerariamente, pretendieron imponernos ideologías extremistas, y un sistema de vida totalmente ajeno a nuestro sentir nacional.

Ese fue el precio de la guerra en la Argentina. Las instituciones que abajo firmamos queremos refrendar de esta manera nuestro apoyo a aquella dolorosa pero imprescindible decisión. Aunque en idénticas circunstancias volveríamos a actuar de la misma manera, quiera Dios que nunca más tengamos que pagar este precio para vivir en paz.

Entre las entidades firmantes de esa solicitada estaban: Asociación de Bancos Argentinos, Asociación de Industriales Metalúrgicos, Asociación Internacional del Club de Leones, Bolsa de cereales de Buenos aires, Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Cámara Argentina de Editores de Libros, Cámara Argentina de Anunciantes, Cámara Argentina de Comercio, Cámara Argentina de la Construcción, Cámara de Comercio, Industria y Producción de la República, Centro Argentino de Ingenieros, Consejo Empresario Argentino, Consejo Publicitario Argentino, Rotary Club de Buenos Aires, Liga Argentina de Lucha contra el Cáncer y Liga de Madres de Familia, etc.

[7]-Por último el ex integrante del PRT- ERP, Gustavo Plis Steremberg en su libro *Monte Chingolo*, previamente referido, expresa: *Nosotros teníamos una serie de contactos en una villa de La Plata que nos seguía a nosotros”, afirma J. un ex militante del ERP que combatió en Monte Chingolo.*

Habíamos hecho mucho accionar propagandístico ahí, como repartos de leche o cuelgues de banderas. Ahí hicimos en el '75 un desfile militar. Íbamos vestidos con los uniformes, con armamento y con la bandera del ERP. Fue impresionante. Estuvo muy bien preparado todo. La gente salía de sus casitas para ver⁷²⁰.

En definitiva, nos dice el Dr. Alfredo Solari, "las bandas sediciosas terroristas se atribuyeron los derechos del pueblo [todos actuaban en su nombre, y muchos se interpretaban a sí mismos como la vanguardia de la clase obrera], se alzaron en armas,

⁷²⁰ PLIS STEREMBERG, *Monte Chingolo, La mayor batalla de la guerrilla argentina*, Planeta, Buenos Aires, 2003, pág. 11.

e incurrieron manifiestamente en el delito constitucional de sedición previsto en el Art. 22 Constitución Nacional que establece:

Art. 22- El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición."

Por tales antecedentes y habida cuenta de las víctimas inocentes y los daños materiales que dejó como saldo la lucha armada, no puede hoy controvertirse que la Argentina vivió en la década del '70 un proceso de guerra revolucionaria que causó daños de gran magnitud y extensión, afectando indiscriminadamente vidas, libertad, propiedad y el sistema democrático y republicano constitucional, que establece las reglas pacíficas para el acceso al gobierno de las fuerzas políticas", concluye Alfredo Solari.

Esta situación fue detallada en la sentencia de la causa 13/84 en el juicio a las Juntas Militares y también fue expuesta por el juez federal Oyarbide el 1 de junio de 2009 –a raíz de una cuestión de competencia– en el marco de la causa N° 8845/08 instruida en el Juzgado Federal N°3 de Mar del Plata, donde con referencia a lo acontecido en los '70 expresó: *La actividad de estas agrupaciones se desarrolló en todo el territorio nacional, predominantemente, en las zonas urbanas y consistió generalmente en ataques individuales a personas y bienes incluyendo asesinatos y secuestros, y en menor medida ataques organizados contra unidades militares y pueblos enteros, resultando afectados todos los sectores de la vida nacional, aunque en especial fueron objeto de ataques integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales [Capítulo II del considerando segundo].*

Este accionar fue producto de una pluralidad de grupos subversivos caracterizados por su organización de tipo militar, su estructura celular, la posesión de un considerable arsenal y abundantes recursos económicos, producto principal de los delitos cometidos. Entre ellos, se destacaron las Fuerzas Armadas Revolucionarias [FAR] Ejército Montonero, y el Ejército Revolucionario del Pueblo [ERP].

Por resultar inherente a la forma de organización militar, las bandas terroristas dictaron sus propias normas disciplinarias y punitivas y constituyeron organismos propios con la finalidad de sancionar determinadas conductas que consideraban

delictuosas, siendo conocidos los juicios revolucionarios de Rodolfo Galimberti, Juan Gelman y otros.

La actuación de las bandas subversivas se caracterizó por la pública atribución de los hechos cometidos, tal como surgía del Manual de Instrucción de las Milicias Montoneras; así las distintas organizaciones subversivas emitieron una multitud de publicaciones y panfletos, donde a través de partes de guerra y comunicados daban detalles de los hechos cometidos. Su finalidad, según pudo establecerse en la sentencia que se comenta, fue la toma del poder político por parte de las organizaciones terroristas.

En consecuencia tal actuar generó en las autoridades de la nación el inexcusable deber de defenderla. [...]

Concuerda con esto lo expresado por la justicia de los EE.UU. en la sentencia de extradición⁷²¹ denegada en el caso Bravo: *Para satisfacer este punto de excepción por delito político, un solicitante debe demostrar que un "levantamiento" o algún otro disturbio político, como una insurrección, rebelión o una guerra, ocurre en el momento en que ocurrió el delito*⁷²².

En el presente caso, las pruebas presentadas por Bravo con respecto a las actividades de la [sic] ERP y Montoneros durante 1970 y 1972 y los testimonios expertos de Perdue y del profesor Dr. Solari han demostrado ampliamente la existencia de la rebelión, insurrección o guerra...

En síntesis, la génesis y el desarrollo del conflicto de los '70 pueden graficarse de manera esquemática en tres momentos:

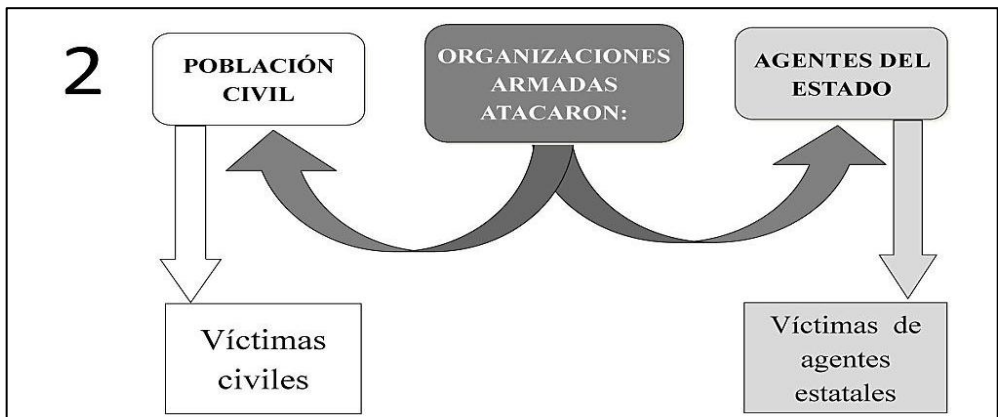
⁷²¹ Esta nota pertenece al texto original transcripto: Caso N° 10-20559-MC-Dubé del 1 nov. 2010.

⁷²² Esta nota pertenece al texto original transcripto: Barapind vs. Enomoto, 400 F 3d 744, 753 [9th Cir 2005]; Quinn v. Robison, 783 F.2d 776 [9th Cir. 1986].

GÉNESIS Y DESARROLLO DEL CONFLICTO DE LOS '70



1-Entre 1959 y 1989 jóvenes argentinos, por lo general pertenecientes a una clase media sin necesidades económicas pero políticamente insatisfechos, algunos motivados por el impacto de la revolución cubana, otros por los principios de la *teología de la liberación* o sensibles ante las necesidades políticas de Perón, crearon aproximadamente 17 organizaciones armadas revolucionarias que abrazaron la “lucha armada” bajo la forma de “guerrilla urbana” o “guerrilla rural”, como estrategia para la toma del poder tras la premisa de la búsqueda de un “mundo mejor”.



2-Las acciones de estas organizaciones se concentraron en el ataque a civiles y agentes del Estado, provocando un saldo de más de 17.000 víctimas directas y más de 21.000 atentados.



3- Tanto los gobiernos *de facto* como los *de iure* fueron tomando medidas crecientes destinadas a detener la violencia, pero éstas no resultaron efectivas y los ataques terroristas se incrementaron.

Las gestiones de los presidentes Cámpora y Perón trataron de incorporar a la política a estos jóvenes olvidando sus delitos, pero en 1974 después de la muerte de Perón, se hizo evidente que tenían sus propios planes y las acciones terroristas superaron la capacidad policial.

Ya para 1975 el gobierno decidió empeñar a las Fuerzas Armadas. No obstante, la violencia no se detuvo y el 24 de marzo de 1976 se produjo un golpe de Estado que incrementó el ataque contra las organizaciones armadas, el resultado no se hizo esperar y en noviembre de 1979 se registró el último atentado en el que falleció un ciudadano de origen suizo.

La efectividad de las acciones de las FFAA logró detener la escalada de violencia, pero quedaron víctimas de dichas organizaciones cuyo número fue arbitrariamente establecido en 30.000 para impactar a la opinión internacional, sin embargo como ya fue explicado, es inferior a 8.000.



4- El relato oficial excluye a las víctimas que provocaron las organizaciones armadas y presenta una versión parcial de los hechos circunscribiéndolos al período 1976-1983 según la cual los “terroristas de Estado” persiguieron a disidentes políticos.

Fig. -27-

Ese deber de defender la Nación, nos dice Solari, “lo impone la Constitución Nacional a través de diversas disposiciones [Arts. 22, 119, 127 y 31], y tiene un remoto origen en el *Senatus Consultum de Re Publica Defendenda*, dictado por el Senado Romano para poner en marcha la defensa de la República cuando ésta se veía amenazada por la insurrección [como la de Marco Emilio Lépido en el año 77 AC, o el alzamiento de Cayo Julio César que desató la 2ª Guerra Civil entre el 49 y el 45 AC], o por la invasión exterior.

Recordando también aquí la vieja ley romana del *Vim vi repellere licet*, [es lícito repeler la fuerza con la fuerza], regla establecida en el Digesto 43, 16, 3, 9, y cuyo origen se atribuye al Senador Cassius durante la República Romana.

Regla también receptada expresamente por nuestra Corte Suprema de Justicia en 1962 [gobierno ‘*de iure*’] en Fallos: 254:116, cuando afirmó:

Asiste al Estado la facultad de la autopreservación contra los ataques llevados con violencia a las instituciones vigentes. Tales poderes incluyen los militares, pues en supuestos excepcionales las autoridades legales ordinarias pueden ser incapaces de mantener la paz pública y suprimir la violencia y la depredación.

Agregando:

La razón de la actuación de las fuerzas militares como auxiliares para la eficaz restauración del orden y de la paz pública, no se altera por causa de la vigencia del estado de sitio. Antes bien, la facultad constitucional de la autoridad legítima, de recurrir al ejército como órgano auxiliar para dominar la subversión, está justificada por la realidad de ésta y la honestidad de la orden en cuanto a la necesidad del medio.

En la medida de lo requerido por circunstancias excepcionales, es válido también para la comunidad, depositaria del bien común, el precepto en que la sabiduría clásica concreta la ley natural: Vim vi repellere licet; es lícito rechazar la fuerza con la fuerza [CSJN 1962 - Fallos: 254:116 Considerando 6°]. Doctrina reiterada posteriormente en Fallos: 303: 172.

También en el orden internacional rige el principio que hemos referido, consagrado en el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945:

Art. 51 Ninguna disposición de la Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas.

Vim vi repellere licet, es la regla de oro de supervivencia de las naciones como entidades soberanas e independientes. Que involucra no sólo al gobierno, sino también al pueblo de una nación soberana e independiente.

Así lo expone, con meridiana claridad, la reflexión de Miguel de Unamuno: *Nadie tiene derecho a ser espectador de la lucha de los demás cuando en ella se juega parte de su propio destino y ante todo la suerte del país".*

Continúa diciendo Alfredo Solari: "La Argentina aplicó frecuentemente el principio *vim vi repellere licet* en el siglo XIX:

1. Antes del proceso independentista, fueron rechazadas por las armas las invasiones inglesas de 1806 y 1807.
2. El 20 de junio de 1810 la provincia de Córdoba desconoció a la Primera Junta establecida en Buenos Aires, prolegómeno de la ulterior e inmediata contrarrevolución. A continuación Santiago de Liniers y el gobernador de Córdoba, Gutiérrez de la Concha, alistaron tropas para resistir a la expedición que enviaría la Primera Junta, dirigiéndolas a Córdoba, donde posteriormente los alzados se dispersaron y sus cabecillas fueron apresados. El 28 de julio de 1810 la Primera Junta ordenó su fusilamiento y el 26 de agosto de ese año Santiago de Liniers, el gobernador de Córdoba y otros partícipes fueron fusilados. La contrarrevolución había sido sofocada.
3. El 5 de mayo de 1860, finalizado su mandato presidencial, Urquiza entrega la Presidencia de la Nación al abogado cordobés Santiago Derqui, bajo cuyo mandato se originaron diversos movimientos insurreccionales en el interior. Desconocidos y rechazados en el Congreso de la Nación los diputados elegidos por Buenos Aires por invalidez de sus títulos –ya que la provincia aplicó la ley electoral provincial, en lugar de la nacional–, el Congreso de la Nación, consideró ese hecho como un acto de sedición en los términos del Art. 109 CN [texto de 1860]⁷²³.
4. Después de la batalla de Pavón y pese a haberse consagrado el primer Presidente que había permanecido al margen de la Confederación, el general Bartolomé Mitre, diversas insurrecciones fueron sofocadas. El último caudillo, el catamarqueño Juan Felipe Varela, fue finalmente derrotado en la batalla del Pozo de Vargas el 19 de abril de 1867.
5. Asimismo cuando el 13 de abril de 1865 se inició la campaña paraguaya contra la Nación, con la captura de barcos argentinos en el río Paraná, la invasión de la

⁷²³ Esta nota pertenece al texto original transcripto: *Art. 109. Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar o reprimir conforme a la ley.*

provincia de Corrientes y la ocupación de su ciudad capital, Mitre envió primero al general Paunero, luego formó el Ejército Grande, y a la fuerza de Solano López le opuso la fuerza de la Nación".

Finalmente el Dr. Solari expresa: "No es pues, una novedad en la historia argentina la guerra defensiva, esto es: el uso de la fuerza por la Nación para repeler a quienes opongan la fuerza contra ella.

Ello fue, es y será siempre, un mandato constitucional derivado de los Arts. 22, 31, 119 y 127 de la Constitución Nacional⁷²⁴".

No obstante, la interpretación del pasado que esgrimen algunas sentencias no dejan de sorprender, tal es el caso de la sentencia del 20 de febrero de 2014 del tribunal Oral subrogante en lo Criminal Federal de Bahía Blanca integrado por los jueces subrogantes Dres. Jorge Ferro, Mario Tripputi y Martín Bava, acerca del contexto histórico de los hechos expresó: *...no es la historia de los sucesivos golpes institucionales la que otorga sentido en estos autos a los hechos sometidos a examen, tampoco la del seguimiento de los grupos armados irregulares en nuestra región, sino la historia de los aniquilamientos cometidos por un poder punitivo estatal que masacró en nuestra región a colectivos de personas en la época de la colonia, asesinando a millones de aborígenes para depollarlos de sus tierras someterlos a servidumbre y a un proceso de evangelización, o que con motivo de la conformación del estado nacional exterminó a los pueblos originarios para dar lugar a grandes propiedades latifundistas.*

Allí se encuentran las raíces profundas de la violencia estatal lanzada en los años '70, esta vez dirigida principalmente sobre la clase trabajadora para someterla a relaciones de producción más desventajosas.

No es el propósito de esta obra cuestionar el particular enfoque del contexto histórico elaborado por este tribunal, pero es evidente que desconoce que al asumir la Junta Militar el salario nominal del peón industrial desafectado por el índice de precios al consumidor en pesos 2004 era de \$ 1329,65 y al entregar el poder, en 1983, había

⁷²⁴ Del alegato de Alfredo Solari en la causa " ESMA 1270" [ESMA II].

superado la barrera de \$ 1600⁷²⁵, en consecuencia la afirmación del sometimiento de los trabajadores a un plan de exclusión no se condice con la realidad.



⁷²⁵ Según la serie 1945-1979 en base a Llach y Sánchez, en FERRERES Orlando, *Dos Siglos de Economía Argentina*. Fundación Norte y Sur, El Ateneo, Buenos Aires 2005.

ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

ACNUDH: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica [PSJCR].

CAFDH: Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

CARDH: Carta Árabe de Derechos Humanos.

CNCP o CFCP: Cámara Nacional de Casación Penal o su actual denominación Cámara Federal de Casación Penal.

CANI: Conflicto Armado No Internacional.

CC: Consejo de Control de los aliados.

CDH: Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

CDI: Comisión de Derecho Internacional de la ONU.

CE: Comunidad Europea.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CEICCHCG o Convención europea de imprescriptibilidad: Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes Contra la Humanidad y Crímenes de Guerra.

CELS: Centro de Estudios Legales y Sociales.

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CIJ: Corte Internacional de justicia.

CICGDLH o Convención de imprescriptibilidad: Convención de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad adoptada por la ONU en 1968.

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIRCCA: Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del *Apartheid*.

CJM: Código de Justicia Militar.

CLH o DLH: Crímenes de lesa humanidad, Delitos de lesa humanidad.

CN: Constitución Nacional.

CNA: Congreso Nacional Africano.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CPCCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

CPDHLICE: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales, del Consejo de Europa.

CPI: Corte Penal Internacional.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

CVDT: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

CVDTEOI: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Estados. [Aún no se entró en vigor]

DADDH: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

DDHH: Derechos Humanos.

DIH: Derecho Internacional Humanitario.

DLH o CLH: Delitos de Lesa Humanidad, Crímenes de Lesa Humanidad.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional.

ER: Estatuto de Roma.

ESMA: Escuela de Mecánica de la Armada.

FFAA: Fuerzas Armadas.

FIDH: Federación Internacional de Derechos Humanos.

HRW: Human Rights Watch.

ICTJ: International Center for Transitional Justice.

IMT: International Military Tribunal.

IMYFE: International Military Tribunal for the Far East.

JF: Juzgado Federal.

JP: Juventud Peronista.

JUP: Juventud Universitaria Peronista.

NCSL: Nullum crimen sine lege.

MIP: Movimiento de Inquilinos Peronistas

MTP: Movimiento Todos por la Patria.

MVP: Movimiento de Villeros Peronista.

OPM: Organización Político Militar.

PF y OD: Leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

PGN: Procuraduría General de la Nación.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PRN: Proceso de Reorganización Nacional.

Res.: Resolución.

SDH: Secretaría de Derechos Humanos.

SIDE: Secretaría de Inteligencia Del Estado.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TEPH: Trauma de Estrés Post Traumático.

TOF o TOCF: Tribunal Oral en lo Criminal Federal, modo abreviado: Tribunal Oral Federal TOF.

TPIR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

TPIY: Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia o su acrónimo en inglés ICTY.

TMI: Tribunal Militar Internacional o su acrónimo en inglés IMT para Nuremberg.

TMILE Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, para Tokio.

TS: Tribunal Superior –español–.

UNWCC: United Nations War Crimes Commission.

En la historia es habitual encontrar ejemplos de gobiernos *de facto* relacionados con violaciones a los derechos humanos. Sin embargo en la Argentina, la imposición encubierta, facciosa y tardía de la “Justicia Transicional” como “Política de Estado”, ha dado lugar a nuevas formas estatales de violaciones masivas a los derechos humanos, impulsadas por un gobierno democrático mediante el empleo de instrumentos propios del sistema.

Ex integrantes de las organizaciones armadas terroristas de los años '70, insertos en el entramado del “kirchnerismo” y ya sin la violencia que emplearon en aquel período, han logrado instaurar juicios de venganza contra civiles y militares argentinos presentándolos al mundo como el sano ejercicio de la justicia transicional, la lucha por la impunidad y la batalla definitiva por alcanzar los derechos humanos.

El gobierno *de iure* que dirige esta política considerada de “vanguardia”, lejos de promover procesos justos, emplea “cuestionables recursos jurídicos” que son aplicados por la Justicia Federal, escudada en un declamado pero falso respeto al debido proceso.

El esquema montado procede a violar los derechos humanos de los acusados, al emplear la justicia como instrumento de control político y a obtener garantías de impunidad sobre la corrupción de los actuales agentes estatales, dejando a la vista que cuando un gobierno de corte populista deviene en pseudo democracia, termina afectando no solo los derechos de sus opositores, sino los de todos los ciudadanos, en particular los de aquellos que inadvertidamente apoyaron su política de gobierno, quienes suelen ser los últimos en comprender el verdadero y profundo daño social causado por el modelo que tanto sostuvieron.

JUICIOS DE VENGANZA describe de manera didáctica, objetiva, y ampliamente fundamentada, las violaciones perpetradas contra civiles y militares que actuaron durante la década de los '70 -con el único propósito de condenarlos- por un Poder Judicial obediente y sometido a los arbitrios del gobierno, lo que deja al descubierto la banalización de los derechos humanos en beneficio de un sector y la desnaturalización de su sentido protector ante los abusos de los agentes estatales.

JUICIOS DE VENGANZA centra su enfoque en las acciones de la Justicia Federal y analiza los actos jurídicos y su respectivo marco histórico. No obstante, también es un libro de reflexión que promueve una crítica al proceder del Poder Judicial, cuyos miembros detentan una gran responsabilidad sobre el futuro de la República si bien aparentan no asumirla en su verdadera dimensión, salvo cuando peligran sus intereses corporativos.