

ENSAYO EN HOMENAJE A UN JUEZ

Por HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE

INTRODUCCIÓN

El lector quizás se sorprenda ante el título que se dan a estas páginas y el sumario del contenido que se pretende desarrollar. Sin embargo, a poco que se evoque el alcance del término “juez” y se recuerde el último libro publicado por el Dr. Andrés J. D’Alessio, esa sorpresa se esfumará.

El diccionario de la lengua española enseña que “juez” se dice de la persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar, cuidando de que se observen las leyes impuestas. Autoridad de la que es investida en razón de la idoneidad en el conocimiento del derecho, de la independencia en su interpretación y aplicación, y —sobre todo— de la imparcialidad al conocer. Potestad que se revela no sólo en los juicios y en las sentencias en los que es llamado a decidir, sino que también está presente a través del reconocimiento que el fruto de esa actividad genera en la comunidad. Autoridad y potestad que —en este sentido— hacen a la esencia de ser “juez” y por ende reflejan la personalidad de quien ejerce la función; personalidad que, como todo atributo del ser humano, se proyecta en todos los ámbitos y en todas las funciones que esté llamado a cumplir. Esto es, que en cada una de ellas una permanente honestidad intelectual, con la que se aborden cuestiones que hacen a la vida de una sociedad en su marco jurídico, exhibirán la autoría del “juez”; aunque no necesariamente se trate de un proceso en justicia.

Los delitos de lesa humanidad, publicado en el último año de vida, comporta, precisamente, el estudio de una problemática que preocupa a nuestra comunidad llevado a cabo por un “juez”. Y es el juez quien, en las reflexiones finales de su obra —a las que denomina sugerencias prácticas—, plantea la situación que se presentaría si una instancia internacional pretendiese que los tribunales argentinos se pronunciasen de modo que violase algunas de las garantías preexistentes de nuestra Constitución puesto que, como allí se recuerda, los jueces que lo integrasen habrán asumido su cargo jurando aplicar esa Constitución.

Con el objeto de apreciar la profundidad y fineza del análisis que se efectúa en la obra, en las páginas que siguen se considerará, en una primera parte, la categoría jurídica de los crímenes de lesa humanidad, tal como se ha acuñado en el ámbito internacional y la presenta el autor, para ver luego las consecuencias de la calificación de un delito como crimen de lesa humanidad en el ámbito interno, señalando los aspectos sustanciales puestos de relieve sobre la siempre presente problemática de las relaciones del derecho internacional con el derecho interno a la luz de fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia.

De la confrontación de los efectos prácticos que se ha asignado a esa calificación con el marco teórico desarrollado en la primera parte, surgirá clara la personalidad del juez consecuente con los principios que siempre enseñó y defendió.

I. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El derecho internacional regula relaciones jurídicas entre Estados, pero no por ello limita la imputación de conductas que entran en la esfera de su ámbito de aplicación a estos sujetos del ordenamiento. En efecto, desde inicios del siglo pasado, actos aberrantes contra las personas merecieron la condena internacional, gestándose una categoría nueva de ilícitos internacionales; los crímenes de lesa humanidad.

La obra que se comenta se inicia con un capítulo, en el que, no podía ser de otro modo, se evoca la formación y evolución de esta categoría de crímenes, culminando con su expresa inclusión en 1945 en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg basado, al igual que la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, en la Declaración de Moscú de 1943 por la que se había expresado la determinación de castigar a los criminales de guerra luego de la victoria y —si fuese del caso— exigir su extradición del Estado que les diese refugio. Los acusados de cometer crímenes mayores —aquellas personas con relación a las cuales los crímenes, por su amplitud, no fuesen susceptibles de ser localizados geográficamente— serían juzgados por un tribunal internacional, en tanto que los acusados de crímenes menores, ejecutados en un determinado Estado ocupado, serían sometidos al sistema judicial de derecho interno de ese Estado¹. En estos instrumentos se otorgaba competencia a las instancias jurisdiccionales para conocer en crímenes de lesa humanidad así como también con relación a otras dos categorías de crímenes; esto es, los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra. Para cada una de estas ca-

¹ Los textos del Acuerdo de Londres, la Carta del Tribunal Militar Internacional, anexa al Acuerdo; la Proclamación del Comandante en Jefe de las Potencias Aliadas de Tokio y la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este pueden consultarse en CHERIF BASSIOUNI, M., *Crimes against humanity in international criminal law*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, ps. 579-586 y 604-611.

tegorías, los Estatutos precisaban las conductas que constituían los crímenes pero no caracterizaban a la figura como tal. En lo que hace a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la paz, en realidad se trataba de dos categorías ya reconocidas en el derecho positivo convencional al menos desde inicios del siglo veinte². En ese sentido cabe recordar que en el Tratado de Paz firmado en Versalles en 1919 al término de la Primera Guerra Mundial se disponía que el Kaiser Guillermo II de Alemania sería juzgado por un tribunal internacional como “culpable de ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados” y que los individuos autores de actos incriminados debían ser entregados a los Aliados para ser juzgados por sus tribunales militares. Es decir, que se afirmaba la responsabilidad penal individual tanto por crímenes de guerra, al haberse cometido infracciones graves al derecho de la guerra, como por crímenes contra la paz al no haberse respetado los tratados que debían preservarla. Situación distinta era la que se presentaba en cuanto a los crímenes de lesa humanidad, puesto que si bien —como expresa el autor— sus antecedentes se remontan a la Declaración de San Petersburgo de 1868 y en 1915 Francia, Gran Bretaña y Rusia denunciaban la matanza de armenios perpetrada por el Imperio Otomano como “crímenes contra la humanidad”³, en las negociaciones ulteriores a la Primera Guerra Mundial no se entendió oportuno llevar a cabo ningún juicio por este tipo de actos al considerarse que podría alegarse que sería una forma retroactiva de legislación penal. De este modo, la primer definición convencional de crímenes de lesa humanidad es la contenida en el art. 6º c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg⁴, aceptándose una vez más que en el ámbito del derecho internacional se tipificasen conductas como crímenes y que en virtud de esas normas se juzgase a responsables. Ahora, ya no sólo por violar tratados o incurrir en conductas prohibidas por leyes y usos de la guerra, sino también por cometer crímenes contra la humanidad ya que conforme señaló en su sentencia este tribunal “los crímenes contra el derecho internacional los cometen los hombres

² La Convención IV de La Haya de 1907 sobre leyes y usos de la guerra terrestre estipula que las violaciones a las normas sobre la conducción de la guerra comprometen la responsabilidad del Estado bajo cuyas órdenes se lleven a cabo esas conductas, estatuyéndose en la Sección II del Reglamento Anexo sobre las Hostilidades una serie de prohibiciones en cuanto a los medios de hacer daño al enemigo.

³ D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, ps. 2-3 y 5-9.

⁴ El art. 6º, inc. c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, establecía que constituían crímenes de lesa humanidad, asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la competencia del Tribunal, sea o no en violación del derecho interno del país en el que se perpetraron. El último párrafo de este artículo disponía que los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participaron en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los crímenes precedentemente mencionados eran responsables de todos los actos llevados a cabo por cualquier persona en ejecución de ese plan.

y no entidades abstractas por lo que sólo sancionando a los individuos que los cometen es posible hacer cumplir el derecho internacional”⁵.

En los años transcurridos desde la adopción de los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y Tokio, la doctrina, la jurisprudencia y normas internacionales e internas, fueron aportando precisiones a la caracterización de esta categoría jurídica de ilícitos del ordenamiento internacional; tal el caso de la Ley 10 dictada por el Consejo de Control Aliado en Alemania el 20/12/1945 para enjuiciar a las personas responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad⁶, la ley israelí de 1951 según la cual se juzgó a Eichman, o el proceso llevado a cabo en Francia contra Klaus Barbie, jefe alemán de la Gestapo en Lyon. En 1993, al adoptar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se incluyó en la competencia de esta instancia internacional a los crímenes de lesa humanidad⁷. Del texto de este Estatuto emerge que se trata de crímenes contra las personas y no contra los bienes ya que los actos que se enumeran como crímenes de lesa humanidad retoman la lista de las conductas incriminadas en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, interpretando el tribunal que para su comisión se requiere que los actos formen parte de un ataque sistemático o generalizado, que éste se dirija contra la población civil, y que el acusado sepa que los actos que comete forman parte de tal plan. El año siguiente, en razón de los hechos ocurridos en Ruanda, el Consejo de Seguridad instituyó un nuevo tribunal internacional *ad hoc* para el juzgamiento de personas responsables de genocidio y de otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y por nacionales ruandeses en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de ese año⁸. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda contiene la misma lista de actos que configuran el crimen⁹, exigiendo que sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas¹⁰. El hecho de que el ataque deba dirigirse contra una población civil revela el carácter colectivo

⁵ Judgement, *Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nüremberg. 14/11/1945 - 10/10/1946*, reimpresso en *AJIL*, 1947-41, ps. 172 y ss.

⁶ Esta ley retoma la lista de actos del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, agregando el encarcelamiento, la tortura y la violación; véase el texto en CHERIF BASSIOUNI, M., *Crimes...*, cit., ps. 590 y ss.

⁷ El Tribunal se estableció por Res. 808 (1993) y el Estatuto se adoptó por Res. 827 (1993); el art. 5º, crímenes de lesa humanidad, requiere que los actos allí enumerados se cometan contra la población civil.

⁸ Consejo de Seguridad Res. 955 (1994).

⁹ Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 3º.

¹⁰ En opinión de parte de la doctrina y según las legislaciones internas de algunos países, entre ellos Estados Unidos y Francia, los crímenes de lesa humanidad tienen que perpetrarse en el marco de un plan concertado.

del crimen, más que la condición de la víctima, por lo que en este contexto por población civil se entiende no sólo a los civiles en sentido estricto sino también a todos aquellos que hayan sido puestos fuera de combate cuando el crimen se cometió; teniendo presente que el hecho de la presencia entre la población civil de individuos que no tengan la condición de civiles no priva a la población misma de tal carácter¹¹ y que en caso de duda la persona debe presumirse civil¹². Bueno es recordar el carácter vinculante de las decisiones del Consejo de Seguridad, máxime cuando —como es del caso en la institución de estos tribunales *ad hoc*— sus términos no merecieron objeción¹³.

La naturaleza de estos crímenes fue establecida en una de las primeras decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia al señalarse que las víctimas no son los individuos como tales sino la humanidad como un todo ya que, precisamente, el concepto de humanidad como víctima caracteriza al crimen de lesa humanidad¹⁴. En esencia, los elementos que lo tipifican son la naturaleza generalizada o sistemática de los ataques dirigidos contra la población civil y el conocimiento por parte de quien perpetra el crimen del contexto más amplio en el que se inscribe su acción¹⁵, entendiendo el término ataque con un sentido no totalmente idéntico al que se le da en el derecho internacional humanitario puesto que no se limita a la conducción de las hostilidades sino que puede configurarse a través de tratos inhumanos infligidos a quienes no participan directamente en ellas, tales como personas que han sido detenidas¹⁶.

¹¹ TPIY., 7/5/1997, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, case nro. IT-94-1-T, Judgement; 14/12/1999, “The Prosecutor v. Goran Jelusic”, case nro. IT-95-10-T, Judgement; 14/1/2000, “The Prosecutor v. Zoran Kupreskic *et al*”, case nro. IT-95-16-T, Judgement; y 3/3/2000, “The Prosecutor v. Tihomir Blaskic”, case nro. IT-95-14-T, Judgement, parág. 210-216.

¹² TPIY., “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgement, parág. 435.

¹³ El art. 25 de la Carta de la ONU dispone que los Miembros de la organización convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad; en la especie, los tribunales *ad hoc* fueron instituidos en virtud de la facultad otorgada al órgano en el art. 41 de la Carta de decidir medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada para hacer efectivas sus decisiones.

¹⁴ TPIY., 29/11/1996, The Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Sentencing Judgement, case nro. IT-96-22-T. Si bien esta sentencia fue anulada en apelación el 7/10/1997 en razón de entender que la declaración de culpabilidad que había expresado el acusado no había sido informada, desde que al mismo tiempo alegaba como eximente de responsabilidad la obediencia debida, ordenándose en consecuencia que se dictase una nueva sentencia en primera instancia, en lo que aquí interesa el nuevo Tribunal, en la decisión que adoptó el 5/3/1998, en nada modificó la opinión que se cita.

¹⁵ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda precisó que el acto debe ser inhumano en su naturaleza y en su carácter, causando gran sufrimiento o un grave daño al cuerpo, a la mente o a la salud física; “Le Procureur v. Jean Paul Akayesu”, ICTR-96-4-T, Jugement, 2/9/1998.

¹⁶ TPIY., “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgement, parág. 416, señalándose que —sin embargo— ambos conceptos tienen un origen común; esto es, que la guerra es una cuestión entre fuerzas armadas o grupos armados y que la población civil no debe ser un objetivo legítimo; en la apelación, profundizándose estos conceptos, se señaló que el ataque no necesita ser parte

Lo sistemático del ataque puede asumir formas diversas; esto es, la existencia de un objetivo político, un plan de ataque, o una ideología cuyo fin fuese perseguir o debilitar una comunidad; perpetrar en gran escala un acto criminal contra un grupo de civiles o la comisión continua y repetida de actos inhumanos vinculados unos con otros. El plan no necesita que se formalice o se declare expresamente pero ha de poder inferirse del contexto en el que se desarrollan los hechos. En cuanto al elemento alternativo a lo sistemático que requiere el crimen para configurarse —esto es, que sea generalizado— está referido a la escala en que se perpetrán los actos y al número de víctimas. A pesar de que el requisito es que el ataque sea sistemático o generalizado y no de que se acumule lo sistemático a lo general, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló que en la práctica estos dos criterios suelen resultar difíciles de separar porque un ataque generalizado que se dirige contra un importante número de víctimas posiblemente se vincule con alguna forma de planificación u organización¹⁷.

Por último ha de señalarse que también en opinión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia —basándose en el derecho consuetudinario— una intención discriminatoria no es necesaria para que esta figura penal quede configurada. La discriminación, en la especie, sólo está referida a uno de los crímenes de lesa humanidad; el crimen de persecución¹⁸. En efecto, sólo una norma del Estatuto de este Tribunal —en términos similares a lo dispuesto al respecto en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹⁹— tipifica como crimen de lesa humanidad a la persecución cuando ésta se lleva a cabo por motivos políticos, raciales o religiosos. Con relación a los demás actos, el ánimo discriminatorio no configura un elemento del crimen de lesa humanidad ya que la *mens rea* sólo requiere del acusado que haya tenido conocimiento de que sus actos forman parte del ataque sin que sea necesario que conociese sus detalles. En efecto, es el ataque, no los actos del acusado, el que ha de dirigirse contra la población civil²⁰.

En substancia, estos crímenes se caracterizan por lo inhumano de las conductas, su gravedad, su amplitud —ya que ha de tratarse de una acción a gran escala, vinculada con un ataque sistemático o generalizado—, su inclusión en

de un conflicto armado ya que con relación a un crimen de lesa humanidad no está limitado al uso de la fuerza armada sino que puede referirse al maltrato de la población civil, lo que no necesariamente implica el maltrato a toda la población del lugar en que se produce el ataque, *Appeals Judgement*, 12/6/2002, parág. 86-90.

¹⁷ TPIY., 3/3/2000, “The Prosecutor v. Tihomir Blaskic”, case nro. IT-95-14-T, Judgement.

¹⁸ TPIY., 15/7/1999, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, case nro. IT-94-1-A, Appeal Chamber, Judgement.

¹⁹ Estatuto Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 5º, inc. h) y Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 3º, inc. h).

²⁰ TPIY., 12/6/2002, “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23 and IT-96-23/1-A, Appeals Judgement, parág. 103.

un plan político concertado —emane éste del Estado o de una organización— y el hecho de que se dirijan contra la población civil como tal²¹.

En 1998, al adoptarse el Estatuto de la Corte Penal Internacional del que el Estado argentino es parte, se otorgó competencia en la materia a este Tribunal Internacional y, codificando el derecho consuetudinario²², se incluyó en el art. 7º, párrafo 1º, una lista de las conductas que lo tipifican y se caracterizó a los crímenes de lesa humanidad como actos que han de ser parte de un ataque, ataque que debe ser generalizado o sistemático, ha de dirigirse contra la población civil y ha de tenerse conocimiento de dicho ataque²³. El párrafo 2º a) del mismo artículo contiene lo que a los efectos del párrafo 1 ha de entenderse por ataque, el que ha de estar constituido por una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en la norma contra una población civil y se aclara que esos actos han de llevarse a cabo de conformidad con la

²¹ BETTATI, Mario, “*Le crimen contre l’humanité*”, en ASCENSIO, Hervé - DECAUX, Emmanuel - PELLET, Alain (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, París, 2000, ps. 293 y ss.; el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, sintetizando la jurisprudencia, señaló como elementos comunes de los crímenes de lesa humanidad que a) los actos del acusado tienen que tener lugar en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, entendiéndose como generalizado que sea a gran escala y como sistemático que denote organización, debiendo cumplir este requisito el ataque y no los actos del acusado; b) deben dirigirse contra la población civil, lo que no implica que toda la población de una entidad geográfica en la que el ataque tiene lugar ha de haber sido objeto del ataque, siendo suficiente que un número de individuos haya sido blanco del ataque o que haya sido objeto de ataque de un modo tal que muestre que el acto se dirigía contra la población civil y no contra un número de individuos cualesquiera, debiendo estarse en cuanto a la definición de ‘población civil’ a lo dispuesto en el Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 50, que en opinión del Tribunal refleja el derecho consuetudinario; c) es necesario un plan o una política previa, y d) el acusado ha de tener conocimiento de que sus actos forman parte de un ataque criminal. En cuanto a la *mens rea*, el Tribunal señaló que el acusado ha de tener la intención de cometer el crimen y conocer que hay un ataque contra la población civil del que sus actos forman parte puesto que es el ataque y no los actos del acusado los que se deben dirigir contra la población civil, TPIY., 17/12/2004, “The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez”, case nro. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, parág. 92-100.

²² Por codificación del derecho internacional se entiende la inclusión en un tratado internacional de una norma consuetudinaria en modo orgánico y sistemático; ello no obstante, la costumbre no es reemplazada por el tratado sino que coexiste con éste y ambas fuentes pueden tener valor vinculante al mismo tiempo y para los mismos sujetos del ordenamiento jurídico, Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, excepciones, “Nicaragua v. Estados Unidos de América”, CIJ, Recueil, 1984, en el que el Tribunal señaló que no correspondía rechazar la demanda de Nicaragua por el sólo hecho de que los principios del derecho internacional general invocados en su apoyo se retomasen en tratados multilaterales, precisando que el hecho de que estos principios fuesen codificados o incorporados en convenciones multilaterales no significaba que dejasen de existir y ser aplicables como principios del derecho consuetudinario; y ello, aún con relación a países que son partes en dichos tratados.

²³ Estatuto Corte Penal Internacional, art. 7.1; la lista de actos es similar a la contenida en el Estatuto de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda, pero se agregan dentro de esta categoría la desaparición forzada de personas y el crimen de apartheid.

política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

A la luz de los elementos que ha de reunir una conducta para que constituya un crimen de lesa humanidad conforme al derecho consuetudinario y convencional, que el autor sintetiza en su obra, observa en ella que los actos enunciados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional como crímenes de esta categoría podrían conformar dos grupos distintos; uno, son delitos cuyas descripciones coinciden con las tradicionalmente existentes en los códigos penales de todas las naciones civilizadas —tales como asesinato o privación ilegítima de la libertad— otro, son delitos propiamente internacionales, como ocurre con el exterminio o el embarazo forzado²⁴. Sin embargo, se ocupa de recalcar que para que las conductas constituyan crímenes de lesa humanidad, en uno y otro caso, esos hechos han de cumplir las condiciones generales establecidas en el artículo 7 párrafo 1, conforme a la definición de ataque contenida en párrafo 2. A su juicio, algunas de estas condiciones no requieren elaboración particular²⁵ pero la situación es distinta en lo que hace a los requisitos de que el ataque se dirija contra una “población civil” y a que éste se integre en “la política de un estado u organización”. En lo que se refiere al primero de estos elementos, con sustento en la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg²⁶, del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia²⁷, de la Cámara Criminal de la Corte de Casación francesa así como en lo dispuesto en el Código Penal francés, que lo regula, recuerda que los términos de la disposición legal en cuestión no son en manera alguna restrictivos y que lo decisivo es la escala y organización en la que fue cometido el crimen contra una “población”; aun cuando las víctimas fuesen soldados, no combatientes al momento del hecho. En cuanto a la “política” a la que debe adecuarse el acto, ha de entenderse por tal un plan preconcebido tendiente a provocar terror.

Por último, en lo que hace a los conceptos de “Estado” y “organización” si bien el primero es claro en derecho admite que el segundo se presta a un rico debate sobre su alcance. En ese sentido, y en vinculación como lo que pueden

²⁴ D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 14-19.

²⁵ D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 20-23.

²⁶ La Asamblea General de la ONU, órgano plenario en el que se encuentran representados todos los Estados Miembros, adoptó en 1946 la Res. A/95 (I), consagrando los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal y su sentencia.

²⁷ La jurisprudencia de este Tribunal al igual que la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue tomada particularmente en cuenta al elaborarse el Estatuto de la Corte Penal Internacional; véase, entre otros, BANTEKAS, I - NASH, S. - MACKAREL, M., *International criminal law*, Londres, Cavendish, 2001; BROOMHALL, Bruce, *International justice and the international criminal court. Between sovereignty and the rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2003; CASSESE, A. - GAETA, P. y JONES, J. R. W. D. (ed.), *The Rome Statute of the ICC. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002; JONES, John R. W. D., *The practice of the international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, 2ª ed., Transnational Publishers, Inc., Ardsley, NY, 2000; TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

entenderse como organizaciones terroristas, luego de reseñar la evolución de la concepción del terrorismo como delito internacional a partir de la segunda mitad del siglo XIX llega a la conclusión de que, sin embargo, ello no implica que sea un crimen de lesa humanidad²⁸ sino que, en todo supuesto, podría llegar a considerarse en un futuro como una figura penal autónoma. Por ende, se concuerda con la opinión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia conforme a la cual el derecho relativo a los crímenes de lesa humanidad se ha desarrollado para tomar en cuenta fuerzas que, a pesar de no ser del gobierno legítimo, tienen control “*de facto*”, o bien pueden moverse libremente, en un determinado territorio²⁹; esto es, que quienes cometan estos crímenes no son sólo los agentes del Estado y que no necesariamente las organizaciones han de ejercer el control en un territorio.

La conclusión a la que se llega en cuanto a que los crímenes de lesa humanidad han de conformarse con la política de un Estado o con la de una organización sin que, por ello, el terrorismo como tal pertenezca a esta categoría de crímenes internacionales se vincula a la relación que se plantea a continuación en la obra entre este tipo de crímenes y la protección internacional de los derechos humanos; esto es, con la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional por haber lesionado estos derechos³⁰. En ese sentido, desde que de lo que se trata es de conductas del Estado, no todas las acciones que infrinjan el derecho internacional de los derechos humanos alcanzarán la jerarquía de crímenes contra la humanidad sino sólo aquéllas que reúnan los elementos de estos crímenes. Es decir, agrega el autor, cuando lleguen a constituir un ataque sistemático o masivo contra una población civil desarrollado en cumplimiento de la política que haya trazado un estado o una organización³¹.

La lógica consecuencia de este razonamiento es la de que, por un lado, no todas las violaciones de los derechos humanos constituyen crímenes de lesa

²⁸ En el derecho internacional humanitario, en los conflictos armados internacionales, el Convenio IV de Ginebra de 1949, art. 33, prohíbe toda medida de intimidación o terrorismo y el Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 51. 2, prohíbe los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil; en cuanto a los conflictos armados sin carácter internacional, el Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 2º d) y 13.2 prohíbe en todo tiempo y lugar los actos de terrorismo contra las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas así como los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Sin embargo, en lo que hace a la competencia de la Corte Penal Internacional, en la Conferencia de Roma en la que se adoptó su Estatuto los Estados se limitaron a dejar constancia en el Acta Final de que se reconsideraría la definición del crimen de terrorismo internacional o transnacional con el objeto de examinar su inclusión en el ámbito material de competencia del Tribunal en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto que se realice, véase, ARSANJANI, M. “The Rome Statute of the International Criminal Court”, *AJIL*, 1999-93, ps. 22 y ss.

²⁹ D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 26-30.

³⁰ D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., p. 36.

³¹ D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., p. 37.

humanidad y, por el otro, que no sólo políticas de los Estados pueden conducir a cometerlos³².

II. CONSECUENCIA DE LA CALIFICACIÓN DE UN DELITO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Las consecuencias de la calificación de un delito como crimen de lesa humanidad se analizan en la obra en función del valor vinculante para el Estado argentino de las normas internacionales por las que ha aceptado obligarse. De este modo, ya en el primer capítulo se pone de relieve que el Estatuto de la Corte Penal Internacional contiene un concepto de este tipo de crímenes y que esa definición constituye para el país derecho positivo a partir de su aprobación por la ley 25.390³³. Esta constatación es particularmente valiosa para el análisis que se intenta si se tiene en cuenta que se ve reafirmada por el hecho de que al adoptarse ulteriormente la ley 26.200, por la que se implementa en el ámbito interno el Estatuto, la norma no tipifica esta categoría de crímenes según un principio de especialidad en el ámbito penal sino que se limita a remitirse a sus disposiciones, estableciendo —en lo que aquí interesa— que las conductas descriptas en el art. 7º del Estatuto —crímenes de lesa humanidad— son punibles para la República Argentina³⁴.

Es decir que para que un acto constituya un crimen de lesa humanidad ha de conformarse a la política de un Estado o a la de una organización; si se tratase de una organización, ésta no necesitaría controlar un territorio sino que bastaría que se pudiese mover libremente por él; y —a más— la víctima del ataque sistemático o generalizado ha de ser la población civil en sentido amplio, en la que quedarían comprendidos los soldados no combatientes al momento del hecho.

Estas conclusiones del autor son, en un todo, conformes con lo que se establece en la Constitución Nacional en cuanto a las relaciones del derecho internacional con la normativa interna al disponerse que las normas internacionales integran directamente el ordenamiento jurídico de la Argentina; sean éstas de fuente convencional³⁵ o consuetudinaria³⁶. En efecto, el derecho inter-

³² TPIY., 12/6/2002, “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23 and IT-96-23/1A, Appeals Judgement, en el que se especificó que el acusado debe saber que sus actos se compadecen con la política de un Estado o de una organización.

³³ D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., p. 9.

³⁴ Ley 26.200, art. 2º, Boletín Oficial, 9/1/2007.

³⁵ El art. 31 de la Constitución Nacional dispone “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...”.

³⁶ El art. 118 de la Constitución Nacional dispone “Todos los juicios criminales ordinarios, que no 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

nacional es derecho interno a partir del momento en que el Poder Ejecutivo, a quien la Norma Fundamental le confía el manejo de las relaciones exteriores del país³⁷, acepta o reconoce obligarse en el ámbito internacional y, en el caso específico de los tratados, éstos serán norma interna cuando en ese ámbito entren en vigor para el país³⁸.

La reforma al texto constitucional, adoptada en 1994, dispuso como principio general la superioridad de todos los tratados internacionales en vigor para la Argentina respecto de las leyes nacionales y de los ordenamientos provinciales³⁹. Sin perjuicio de ello, en materia de derechos humanos se establece que una serie de tratados y dos instrumentos internacionales —que no tienen la naturaleza jurídica de tratados sino que son Declaraciones adoptadas en el ámbito de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, revistiendo los principios que contienen el carácter de normas consuetudinarias— “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, admitiéndose la posibilidad de que ulteriormente el Congreso de la Nación otorgue la misma jerarquía con relación a otros tratados sobre esta materia⁴⁰.

estos juicios 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” (énfasis agregado); por otra parte, la misma Constitución otorga en el art. 117 a la Corte Suprema de Justicia de la Nación competencia originaria y exclusiva para conocer en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, materia regulada en gran medida por el derecho consuetudinario; conf., Fallos 19:108, entre otros.

³⁷ El art. 99 de la Constitución Nacional dispone “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ... inc. 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

³⁸ La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados establece como principio general en el art. 24.1 que un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

³⁹ El art. 75, inc. 22, primer párrafo de la Constitución Nacional dispone “...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”; la Ley 24.309 por la que se declaraba la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional precisaba en el art. 4º que la Convención Constituyente habría de reunirse con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas, incorporado en el art. 2º, y los temas que se habilitaban por el Congreso para su debate en el art. 3º. Entre estos temas se encontraba la modificación del art. 67 —actual art. 75— por incorporación de nuevos incisos en materia de institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales.

⁴⁰ El art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional dispone “(...) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de

Es decir que el texto constitucional fija tres condiciones para que normas de fuente internacional en una materia determinada se vean imbuídas de jerarquía constitucional.

En primer lugar, la norma internacional será norma interna en las “condiciones de su vigencia”; esto es, que su ámbito de validez temporal está dado no en función del ordenamiento doméstico sino del ordenamiento internacional. Así, integrará el derecho positivo argentino desde el momento en que se encuentre vigente para el Estado en el ámbito internacional. Por otra parte, la norma interna de fuente internacional ha de tener el contenido y el alcance que le ha atribuido el Estado al obligarse internacionalmente por ella; esto es, conforme a los términos en que manifestó su voluntad de vincularse puesto que en los casos de convenciones multilaterales pudo haber efectuado reservas —si éstas no estaban prohibidas por el acuerdo internacional— o, eventualmente, declaraciones interpretativas del alcance de alguna de sus disposiciones.

La segunda condición que estableció la reforma es la de que la norma internacional no ha de derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, lo que no podía ser de otro modo en razón del expreso mandato dado a la Convención Constituyente ya que la ley que había declarado la necesidad de la reforma ponía un límite al poder que se delegaba puesto que se vedaba introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional, previniéndose como sanción la nulidad absoluta de todas las modificaciones, derogaciones y agregados que se realizasen contraviniendo esta limitación⁴¹.

Por último, la norma internacional ha de poder interpretarse como complementaria de los derechos y garantías reconocidos en la Norma Fundamental. Es decir que, teniendo presente una disposición constitucional, ha de verificarse que es posible considerar que la de fuente internacional, lejos de modificarla o derogarla, la integra y aún podría enriquecerla en cuanto a su sentido y alcance puesto que el complemento ha de estar subordinado al principal⁴².

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 (...)” y el párrafo tercero de la misma norma agrega “Los demás 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 la jerarquía constitucional”. Las leyes 24.820 y 25.778 otorgaron esta jerarquía, respectivamente, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y a la Convención de las Naciones Unidas sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

⁴¹ Corte Sup., Fallos 322:1616 en el que el Tribunal aplicó la sanción de nulidad contenida en el art. 6° de la ley 24.309.

⁴² VANOSI, Jorge R. A. - DALLA VIA, Alberto R., *Régimen constitucional de los tratados*, 2ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2000, ps. 321-327 quienes agregan que el principio se ha reiterado en el art. 75, inc. 22, al establecer que los tratados de derechos humanos no pueden derogar artículo alguno de la primera parte y deben considerarse complementarios; asimismo, véase un cuidadoso análisis de la doctrina en la materia, en el que se incluyen también opiniones disidentes, en GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “Los tratados internacionales de derechos

Es decir que si estos recaudos se fijan para esta categoría específica de tratados a los que se los considera complementarios de la Norma Fundamental es razonable interpretar que toda norma por la que se vincule el país en el ámbito internacional habrá de cumplir idénticos requisitos, siendo —de tal modo— superior a las leyes nacionales y a los ordenamientos provinciales pero debiendo conformarse a los principios de derecho público contenidos en la Constitución⁴³.

Ahora bien, la integración de una norma convencional en el derecho interno no implica, necesariamente, que sea directamente aplicable en este ámbito puesto que ello depende de su carácter operativo⁴⁴ o programático⁴⁵ en función de si establece concretos derechos y obligaciones o si, en cambio, requiere la adopción de medidas internas de implementación. Tal fue el caso en lo que se refiere al Estatuto de la Corte Penal Internacional puesto que una vez vigente para el país se adoptó la ley 26.200, tornando por esta vía aplicables sus disposiciones en foro doméstico.

En función de ese marco teórico y sin perjuicio de ponerse de relieve el carácter repugnante de este tipo de crímenes, se consideran en la obra las consecuencias de la calificación de un delito como crimen de lesa humanidad a la luz de decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de principios del Derecho Penal, anticipándose el criterio de que, si bien al presente no pueden ser objeto de amnistía o indulto, no cabe una aplicación retroactiva de esta prohibición. Por lo demás, se agrega que en el ámbito internacional no hay una regla de absoluta inadmisibilidad ya que los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda dejan a salvo la posibilidad de indulto o conmutación⁴⁶.

Con el objeto de realizar el análisis que se propone, el autor evoca los hechos ocurridos en la Argentina para los que en 1983 se había diseñado un siste-

humanos y la constitución nacional”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, comunicación, 24/4/2006.

⁴³ Constitución Nacional, art. 27; Corte Sup., “Cafés La Virginia SA s/apelación (por denegación de repetición)”, Fallos 317-3:1282, en el que se afirmó que, una vez resguardados los principios de derecho público constitucional, corresponde asegurar primacía a los tratados —en la especie, el Acuerdo 1 de 1983 entre la Argentina y el Brasil— sobre normas internas contrarias; Res. 1404/2003, Fallos 326-2:2968, en relación con la presentación efectuada por el señor Procurador General del Tesoro sobre una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cantos”, en la que la Corte Suprema decidió que la reducción de honorarios vulneraría garantías judiciales y del derecho de propiedad, tutelados por la Constitución Nacional (arts. 17 y 18) al no haber sido los beneficiarios parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional.

⁴⁴ Corte Sup., “Quebrachales Fusionados, v. El capitán, armadores y dueños del vapor nacional “Aguila”; s/indemnización de daños y perjuicios”, Fallos 150:84, en el que se planteó la aplicación del art. 6° de la Convención de Bruselas, incorporada al Código de Comercio.

⁴⁵ Corte Sup., “Gregorio Alonso v. Haras Los Cardos”, Fallos 186:258, en el que se planteó la aplicación de una Convención de la Organización Internacional del Trabajo sobre reparación de accidentes de trabajo en la agricultura.

⁴⁶ D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 41 y 46.

ma legal tendiente a juzgar los crímenes cometidos con el pretexto de derrotar al terrorismo subversivo. Las sentencias dictadas y las prisiones preventivas decretadas entre 1985 y 1987 generaron un clima de tensión y de inseguridad entre los militares que condujeron a la adopción de las leyes llamadas de “Punto Final”⁴⁷ y de “Obediencia Debida”⁴⁸, limitando la posible persecución penal a quienes, teniendo a la fecha del hecho, el rango de oficiales superiores hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona, jefe de fuerza de seguridad policial o penitenciaria y a los responsables de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles. A partir del dictado de estas leyes, los juicios continuaron de conformidad con su normativa hasta que en 1989 se decretaron los indultos que abarcaron a la totalidad de los ya condenados y de quienes se encontraban bajo proceso. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró, sin embargo, que se violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁹, criterio que adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos Simón⁵⁰ y Mazzeo⁵¹.

Ahora bien, tal como recuerda el autor, la idea de la existencia de derechos humanos es concomitante con la aparición de principios rectores en el Derecho Penal que garantizan a los imputados de actos merecedores de pena un tratamiento acorde con los derechos que ellos no respetaron a la víctima⁵². Es decir, que por más intolerables que sean los crímenes no cabe hacer excepción a algunos principios que todas las constituciones de los países civilizados han consagrado y que pueden encontrarse en las convenciones internacionales de derechos humanos. Se trata de los principios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, *non bis in idem* y el que establece que la pena sólo puede aplicarse a alguien como consecuencia de acciones que él haya realizado personalmente; principios que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se los incluye bajo el título Principios Generales de Derecho Penal. En ellos se establece que la definición de un crimen ha de ser interpretada estrictamente y no habrá de hacerse extensiva por analogía puesto que en caso de ambigüedad debe interpretarse en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena⁵³.

El primero de estos principios —*nullum crimen sine lege*— está expresamente contemplado en el art. 18 de la Constitución Nacional así como en el art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos entre otros instrumentos internacionales. Para que una persona pueda ser penada, el autor señala

⁴⁷ Ley 23.492, Boletín Oficial, 29/12/1986.

⁴⁸ Ley 23.521, *ibid.*, 9/6/1987.

⁴⁹ CIDH, Informe N 28/92.

⁵⁰ Corte Sup., Fallo: 328:2056.

⁵¹ Corte Sup., Fallos 330:3248.

⁵² D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 53-54.

⁵³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, arts. 22, 23, 24 y cc.

que han de cumplirse tres requisitos. Esto es, que exista una ley que prevea el acto que ella haya cometido como delito; que esa previsión sea precisa y clara; y que la ley en cuestión estuviera vigente antes de la comisión del hecho⁵⁴. El último de estos recaudos comporta la prohibición de la retroactividad en materia penal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin embargo, en el caso *Priebke* otorgó la extradición que se solicitaba al considerar que el hecho por el que se lo requería constituía genocidio, entendiéndose aplicables los arts. 75 inc. 22 y 118 de la Constitución Nacional y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, conforme a los principios del *ius cogens* del derecho internacional⁵⁵. El autor, al transcribir párrafos de los votos en disidencia de los jueces Levene y Belluscio en los que se pone de relieve la imposibilidad de soslayar el principio de irretroactividad, expresa que con este precedente se inicia una serie de fallos con los que se hace realidad la amenaza que anunciaban estos jueces en el sentido de que si se lo dejase de lado, por el horror que producen los hechos imputados, mañana podría llegar a sujetarse la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no se encuadre en ley previa, al arbitrio de una pseudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados.

El precedente más importante en esa línea, a juicio del autor, es el caso *Arancibia Clavel*⁵⁶ en el que se consideró pertinente la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Hu-

⁵⁴ D'ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., p. 56.

⁵⁵ Corte Sup., Fallos 318:2148; se imputaba la co-autoría en 1944 en la ejecución de 335 personas que no participaban en operaciones bélicas durante el estado de guerra entre Italia y Alemania como represalia por la explosión de una bomba en el centro de Roma en momentos en que pasaba una compañía alemana por lo que el Alto Mando Alemán había dispuesto como sanción colectiva el fusilamiento de diez ciudadanos italianos por cada alemán muerto; esto es, que se trató de una represalia y por ende los hechos no constituyeron genocidio —como se los calificó en este fallo— puesto que no reunían los elementos de este crimen —distinto del de lesa humanidad— los que, conforme se establece en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, incorporada en el art. 75, inc. 22, a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, requieren una intención especial de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

⁵⁶ Corte Sup., Fallos 327:3294 y 3312; la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se adoptó en 1968, entró en vigor el 11/11/1970 al haberse depositado el décimo instrumento de ratificación o adhesión de conformidad con lo dispuesto en el art. 8º, la Argentina no fue Estado signatario, la aprobó por Ley 24.584 y se dispuso su ratificación por dec. 575/2003, publicado en el Boletín Oficial el 13/8/2003, siendo Estado parte desde el 26/8/2003; por Ley 25.778, publicada en el Boletín Oficial el 3/9/2003, se le otorgó jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, *in fine*, de la Constitución Nacional; en razón de que al 21/12/2009 sólo 53 Estados han expresado su consentimiento en obligarse por ella —según surge del sitio oficial www.treaties.un.org— y de la práctica de rechazarse pedidos de extradición por tales crímenes fundados, precisamente, en la prescripción de la acción, resulta difícil interpretar que esta regla sea de fuente convencional y consuetudinaria y que, por ende, pudiese tratarse de un principio general del derecho internacional bien reconocido por la comunidad internacional; conf., SCHABAS, William A., “Art. 29, Non-applicability of statute of limitations”, en TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary...*, cit., ps. 523 y ss.; este artículo del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que los crímenes de la competencia de este tribunal no prescribirán, norma que es vinculante para la Corte y para los 110 Estados que son parte de este tratado al 21/12/2009; esto es, aquellos Estados que

manidad porque, al decir de la mayoría, la imprescriptibilidad era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino, y ella era aplicable al delito de integrar la asociación ilícita que había realizado en 1974 los homicidios del general chileno Carlos Prats y su esposa⁵⁷. Una vez más se cita en la obra al juez Belluscio, en su disidencia, quien cuestiona la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, apoyándose en lo decidido por la Corte de Casación francesa en el caso de un militar de ese país que había desempeñado funciones de inteligencia durante la Guerra en Argelia en la década de 1950 por entender que no podía calificarse de delito de lesa humanidad a los hechos cometidos por ese militar ya que eran anteriores a la incorporación de esos delitos y su imprescriptibilidad al Código Penal francés en 1994. Por otra parte, en ese sentido, bueno es recordar que en el derecho internacional se define a la costumbre, en tanto que proceso válido de creación de normas jurídicas, como a la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho⁵⁸. Sin embargo, en esta decisión no se precisan los elementos de la práctica ni los de la *opinio juris* a los que cabe acudir para sostener la existencia de una norma consuetudinaria así como tampoco los vinculados a su reconocimiento y aceptación con naturaleza de imperativa por la comunidad de Estados en su conjunto; sólo se hace referencia a la doctrina sentada por el Tribunal en el ya citado caso Priebke.

En el caso Simón⁵⁹, en el que se declararon inconstitucionales las leyes llamadas de “punto final” y de “obediencia debida”, en sustancia, la mayoría se apoya en las razones dadas en el precedente Arancibia Clavel para prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal, ya cumplida en muchos casos.

El caso “Mazzeo” es vinculado en la obra con el principio del Derecho Penal conforme al cual nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito por

han expresado su consentimiento en obligarse a partir del momento en que entró en vigor para cada uno de ellos; véase lista oficial de Estados parte en www.treaties.un.org.

⁵⁷ En el derecho internacional penal para entender que se ha incurrido en responsabilidad penal individual por haber contribuido a la comisión de un crimen de lesa humanidad se requiere que el acusado haya tenido la intención de participar y contribuir en la empresa criminal o en la comisión del crimen por el grupo, sabiendo que sus actos constituyen parte de una política de crímenes generalizados o sistemáticos dirigidos contra la población civil y que sus actos se conforman a ese plan, siendo necesaria su contribución al propósito común, TPIY., 12/6/2002, “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23/1A, Appeals Judgement; 15/7/1999, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, case nro. IT-94-1-A, Appeals Judgement.

⁵⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.1 b); Corte Internacional de Justicia, caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, (Dinamarca/República Federal de Alemania; República Federal de Alemania/Paises Bajos), CIJ, Recueil, 1969, en el que este Tribunal sostuvo que una nueva norma del derecho internacional consuetudinario puede formarse a partir de una norma puramente convencional, pero que en tal supuesto es indispensable que la práctica de los Estados sea frecuente y uniforme en el sentido de la disposición invocada y, a más, que se haya manifestado en modo a establecer un reconocimiento general del hecho de que una regla de derecho o una obligación jurídica está en juego.

⁵⁹ Corte Sup., Fallos 328:2056.

el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país; *non bis in idem* o *double jeopardy*. En la especie, el principal imputado había recibido la gracia de un indulto del cual fue sobreseído en resolución que había confirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1990⁶⁰. Sin embargo, la mayoría del tribunal, sobre la base de los argumentos vertidos en el caso Simón, entendió que ello no era óbice para reabrir la causa. Las disidencias pertenecieron a los jueces Fayt y Argibay. El autor pone de relieve este último voto, de la única integrante del tribunal que sufrió en carne propia los abusos de la dictadura, en el que se sostuvo la intangibilidad de la cosa juzgada, afirmándose que ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución básica del Estado de Derecho autoriza a no respetar las decisiones judiciales que cuentan con autoridad de cosa juzgada puesto que lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado; esto es, dar el fallo final e irrevocable de las controversias sobre los derechos de las partes.

Por último, y en cuanto al principio que requiere la participación personal en el acto, en la obra se vuelve sobre el caso Arancibia Clavel ahora en lo que hace a las disidencias de los jueces Belluscio y Fayt. Del voto del juez Belluscio se resalta el párrafo según el cual la imprescriptibilidad no obstante el tiempo transcurrido desde los hechos no puede tener como consecuencia adicional que las condenas no deban estar regidas por las mismas reglas de certeza que la que se exige respecto de los demás delitos; ni tampoco, que se pueda condenar sin que se sepa concretamente qué es lo que se reprocha al imputado. Del voto del juez Fayt se pone de relieve la afirmación de que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho a ser oído y a hacer valer todos los medios conducentes a su defensa.

Como el propio autor señala en las páginas finales de su obra, la creación de crímenes internacionales cometidos fuera del marco de un conflicto armado ha sido un paso extraordinario en el proceso de tipificar conductas intolerables para la comunidad de naciones, disminuir la posibilidad de que queden impunes y, así, en la medida de lo posible, prevenir su comisión. Sin embargo, expresa con absoluta claridad rebelarse ante la comprobación de que se olvide que la pena no puede ser considerada como expiación ni como venganza y que su imposición debe estar precedida de un cumplimiento sin excepción de las garantías del Derecho Penal consagradas en el Derecho Internacional y en

⁶⁰ Corte Sup., Fallos 313:1392; la causa se había seguido contra Santiago Omar Riveros por la presunta participación en diversos delitos con la concurrencia de varias personas que formaban parte de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado; mientras se sustanciaba, el Presidente de la República dictó un decreto de indulto en virtud del cual la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín dictó el sobreseimiento definitivo de Santiago Omar Riveros, declarando la Corte Suprema mal concedido el recurso extraordinario que se había concedido contra dicha decisión con lo que se puso fin a la causa.

el derecho nacional desde que los tratados integran el derecho interno en las 'condiciones de su vigencia' y han de subordinarse a los principios de derecho público en ella establecidos, según lo dispuesto en su art. 27. Y agrega, admitir la vulneración de criterios que se han desarrollado en más de doscientos años de cultura jurídica y que se enseñan como bases de la pena es aproximarse a la degradación del derecho punitivo⁶¹.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El profundo análisis que se hace en la obra de la categoría jurídica de crímenes de lesa humanidad y su aplicación en decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la luz de principios básicos del derecho penal, es revelador no sólo del conocimiento de un fino jurista sino, particularmente, de la honestidad intelectual de quien aplicó en vida las enseñanzas que siempre había impartido.

Su pensamiento cobra todo su relieve si se tiene en cuenta que proviene de un juez que integró un tribunal en el que se juzgó a personas imputadas de este tipo de delitos y, sin dejar de señalar el horror que provocan estas conductas, postula el permanente respeto de los principios del ordenamiento penal como base inexcusable en la construcción del Estado de Derecho.

La defensa de los derechos humanos lesionados por la comisión de este tipo de crímenes nunca podría progresar si se ignorasen las bases que la sustentan. El delicado equilibrio entre los derechos de las víctimas y los derechos del acusado no se realizaría si, como dice el autor, se le diese a éste un tratamiento que no fuera acorde con los derechos que no respetó.

El juez, independiente, idóneo e imparcial, nos deja con su obra un ejemplo más sobre el que todos, pero en particular los más jóvenes, debemos detenernos a pensar y, en ese sentido, meditar que quizás sería valioso aceptar la invitación al debate que deja planteada al señalar la situación que se presentaría si una instancia internacional pretendiese que los tribunales argentinos se pronunciasen de modo que violase algunas de las garantías preexistentes de nuestra Constitución dado que los jueces que lo integrasen habrán asumido su cargo jurando aplicar esa Constitución.

Andrés J. D'Alessio, Magistrado, Profesor, ser humano especial, que honró con sus enseñanzas pero por sobre todo con su conducta al Poder Judicial de la Nación y a esta Casa de Estudios a los que perteneció. Valgan estas líneas de homenaje a quien siempre predicó que el juzgamiento de responsables es vía idónea en la prevención de que actos aberrantes nunca más se vuelvan a cometer pero que ello no justifica violar garantías del Derecho Penal; interno e internacional.

⁶¹ D'ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 75-81.