


La jurisdicción estatal y los crímenes de Derecho Internacional

 Hugo Adrián Relva

I. La jurisdicción estatal.

A los efectos de este ensayo atribuiremos al término “jurisdicción” el sentido que denota la competencia judicial penal de un Estado y que constituye una de las manifestaciones del principio de soberanía. En otros casos esa competencia es también legislativa y administrativa, pero tales extremos exceden el alcance del presente.

Es comúnmente aceptado que la jurisdicción penal de los estados debe ejercitarse sobre la base de la aplicación territorial de sus leyes y, por ende, de la competencia de sus tribunales¹. En otras palabras, que los delitos cometidos en el territorio de un estado -y en los lugares o cosas sometidos a su jurisdicción- quedan sometidos a la ley penal que en él impera². Este principio, denominado de la “territorialidad”, se afirma, es el que de mejor modo se condice con el respeto a la soberanía de los estados y con un orden jurídico internacional donde primen el orden y el respeto mutuo entre las naciones³. También, innegables razones de orden práctico, que no son menores, parecen reafirmar su conveniencia, pues es el estado donde un ilícito ha ocurrido el que dispone normalmente de los mejores medios para su investigación y castigo.

Sin embargo, el principio aludido admite desde antaño varias excepciones⁴ y es incontrovertible que en la actualidad todos los sistemas jurídicos -en mayor o menor medida- aceptan que su jurisdicción pueda ejercitarse extraterri-

torialmente, esto es, fuera del territorio sometido a la soberanía del Estado⁵.

Algunas legislaciones nacionales admiten que cuando sus ciudadanos son víctimas de determinados delitos en el extranjero pueden ellas llevar adelante un proceso judicial contra sus presuntos autores⁶. Habitualmente esta potestad se ejercita cuando los responsables no han sido juzgados en el territorio donde la infracción ha tenido lugar o no lo han sido adecuadamente. Este principio, llamado “de la personalidad pasiva”, no es receptado por un alto número de Estados⁷ (ver página siguiente). No obstante, ha sido reconocido en diversas convenciones de uni-



Abogado; ex Presidente de la sección argentina de Amnesty International; Coordinador para América Latina del Programa de Justicia Internacional de Amnesty International.

¹ El artículo 1 (1) del Código Penal argentino establece que: “Este Código se aplicará: 1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en lugares sometidos a su jurisdicción;”

² Juan José Díez Sánchez, *El Derecho Penal Internacional (Ambito Espacial de la Ley Penal)*, Editorial Colex, 1990, pág.32.

³ Council of Europe, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, European Committee on Crime Problems, Strasbourg, 1990, págs. 8 a 16.

⁴ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1945, págs.160-1.

⁵ Juan José Díez Sánchez, *op. cit.*, pág.31.

⁶ Código Penal de Eslovaquia, artículo 123 (1); Código Penal de Finlandia (326/1996), Capítulo I, Sección 5 (sujeto a la condición de que el delito amerite una sanción de más de seis meses de prisión); Código Penal alemán, artículo 71; Código Penal francés, artículos 113/7; Código Penal suizo, art.5

7 Sir Robert Jennings, QC and Sir Arthur Watts, KCMG, QC, *Oppenheim's International Law*, ninth edition, Volume 1, Peace, pág. 472. Ver, en detalle, su nota al pie 33.

8 Entre otros, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penal Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 5 (1) (c) (Ley 23.338; sancionada el 30/07/86; promulgada el 19/08/86; publicada en *Boletín Oficial* el 26/02/87) (es parte del texto de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 -art.75, 22); *Convención sobre la Seguridad de las Naciones Unidas y el Personal Asociado*, artículo 10, (2), (b) (Ley 24.649, sancionada el 29/05/96, promulgada de hecho el 26/06/96, en B.O.: 1/07/96). *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes*, artículo 5 (1) (d) (Ley 23.956, sancionada el 3/07/91, promulgada el 1/08/91; en B.O.: 7/08/91); *Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo (Adoptada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 54/109 del 9/12/1999)*, artículo 7 (2) (a);

9 *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, artículo 12 (c) (Ley 23.652, sancionada el 29/09/88, promulgada el 20/10/88; en B.O.: 2/11/88); *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, artículo IV (1° parte, c) (Ley 24.556, sancionada el 13/09/95; promulgada el 11/10/95; publicada en B.O. el 18/10/95; se le ha atribuido jerarquía constitucional por medio de la Ley 24.820; sancionada el 30/4/97; promulgada de hecho el 26/5/97 y publicada en el B.O. el 29/5/97).

10 Ver, por ejemplo, *Convención contra la Tortura*, artículo 5, (1) (b); *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes*, artículo 5 (1) (b); *Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, artículo 4 (1) (b) (i) (Ley 24.072, sancionada el 11/03/92, promulgada 9/04/92, en B.O.: 14/04/92); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, artículo 12 (b); *Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo*, artículo 7 (1) (c). *Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos*, artículo 3, 1, b (Ley 22.509; sancionada y promulgada el 15/10/81; publicada en B.O. el 21/10/81).

11 Así, por ejemplo, la *Ley Orgánica 6/1985 del 1 de Julio del Poder Judicial de España en su artículo 23 inciso 4 establece que*: "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 penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) genocidio; b) terrorismo; c) piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves... g) y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España". Ver también *Código Penal esloveno*, art.122; *Código Penal de Finlandia*, Capítulo I, Sección 6 (1); *Código Penal de Portugal*, art. 5 (c); *Código de Procedimiento Penal belga*, art.10, ap.5

12 Por ejemplo: Ecuador, art.25 de su Constitución; Venezuela, art.69.

13 El artículo 12 de la Ley 24.767 establece -en principio- la opción para todo ciudadano argentino de oponerse a un pedido extradición solicitada por un estado extranjero que lo requiera; en tal caso "el nacional será entonces juzgado en el país, según la ley penal argentina".

14 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, fifth edition, Oxford University Press, p.307.

versal⁸ o regional⁹ vigencia como una base lícita para el ejercicio de la jurisdicción estatal.

En otros casos la jurisdicción de los estados se ejercita extraterritorialmente cuando los nacionales perpetran ciertos crímenes en el extranjero¹⁰ y aquél se irroga para sí la persecución penal de estos¹¹. Este principio, denominado "de la personalidad activa" o "de la nacionalidad" parece hallar su *ratio legis* en la circunstancia de que numerosos países prohíben -incluso en los textos de sus constituciones¹²- la extradición de sus nacionales y, ante tal hecho, deben obligarse como contrapartida a juzgarlos en su propio territorio, aún cuando el delito hubiese sido cometido fuera de sus fronteras, de manera tal de satisfacer la pretensión punitiva¹³.

Casi todos los Estados ejercitan también su jurisdicción cuando sus intereses fundamentales puedan verse afectados por un acto llevado a cabo en el extranjero, pero cuyos efectos se trasladan o materializan en el territorio nacional. En tal caso se sostiene la existencia del llamado "principio de protección" -*compétence réelle*- o de "seguridad", que autoriza a un estado -en principio ajeno a la cuestión- a proteger sus intereses, pues no se advierte que otro Estado pudiera tener interés en incriminar penalmente conductas que no lo afectan. Usualmente se ejemplifica este principio, también denominado "real" o "de defensa", con la falsificación de moneda nacional y de sellos públicos u oficiales del Estado, la inmigración ilegal, la violación de secretos estatales, etc. A modo de ejemplo, las leyes de los Estados Unidos de América y del Reino Unido, preponderantemente territorialistas, admiten un buen número de excepciones fundadas en su seguridad nacional¹⁴.

Estas modalidades descritas autorizan en definitiva el ejercicio de la

jurisdicción penal para actos u omisiones cometidos fuera de las fronteras del estado o del territorio sometido a su autoridad, constituyendo modos diversos de extraterritorialidad.

Una quinta modalidad desvincula el ejercicio de la jurisdicción de toda circunstancia fáctica: la denominada "jurisdicción universal". Veremos de seguido sus principales características.

II. La jurisdicción universal¹⁵.

Se denomina "jurisdicción universal" a aquella que, sin reparar en el territorio en que se ha cometido el crimen o la nacionalidad de la víctima o del victimario o si se han afectado intereses nacionales y, en rigor, desentendiéndose de toda circunstancia fáctica, atribuye jurisdicción a los tribunales de todos los estados en razón de la naturaleza misma del delito involucrado.

Desde antaño se ha aceptado que determinados crímenes, valorados como especialmente graves, que conciernen a la humanidad toda, puedan estar sometidos a la jurisdicción de todos los estados¹⁶. Se trata de los llamados "crímenes internacionales" -*criminis iuris gentium*- o, más correctamente¹⁷, "crímenes de derecho internacional", pues su comisión, a diferencia de los delitos ordinarios del derecho penal, afecta al género humano en su conjunto, excediendo el marco de las sociedades locales.

Según la Comisión de Derecho Internacional de la ONU se consuma un crimen de derecho internacional toda vez que existe una "violación grave y

Según la Comisión de Derecho Internacional de la ONU se consuma un crimen de derecho internacional toda vez que existe una "violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid"

*en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid"*¹⁸.

Algunos autores consideran que la jurisdicción universal constituye una

excepción al principio de la territorialidad, mientras que otros niegan dicha condición afirmando que esa modalidad constituye el principio rector en lo que "crímenes de derecho internacional" atañe¹⁹. En este sentido se ha sostenido que: "El principio de la territorialidad no se aplica a ciertos crímenes, generalmente considerados como ilícitos de carácter internacional por la comunidad de naciones en su conjunto, para los cuales se acepta que puedan ser penados por cualquier estado que tenga para sí la custodia del presunto responsable"²⁰.

La razón que funda tal principio -se afirma- radica en la necesidad de evitar que crímenes particularmente ho-

15 Amnistía Internacional, *La Jurisdicción Universal: Catorce Principios Fundamentales sobre el Ejercicio Eficaz de la Jurisdicción Universal*, Mayo de 1999, Índice AI: IOR 53/01/99/s.

16 Rosalyn Higgins, *International Law and How to Use It*, Clarendon Press, Oxford, pág.56 y ss.

17 Ver distinción formulada por Rodolfo Mattarollo en *La Jurisprudencia Argentina Reciente y los Crímenes de Lesa Humanidad*.

18 Proyecto de Código sobre la Responsabilidad de los Estados, aprobado en su primera lectura en 1996, artículo 19, 3, c.

19 Ver, por ejemplo, artículo 6 (1) del Código Penal alemán; artículo 8 del Código Penal del Paraguay; artículo 16 (3) (f) del Código Penal de Nicaragua; artículo 7, II, a del Código Penal brasileño y Ley Orgánica 6/85 de España, art.23, 4 (ver supra 11).

20 Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, op. cit., Volume 1, pág. 469.

rendos, practicados de manera sistemática o generalizada, puedan quedar impunes por aplicación -precisamente- de un riguroso criterio territorialista. Así, la práctica de las naciones demuestra que un genocidio perpetrado en el territorio de un estado difícilmente pueda ser objeto de un proceso judicial en el mismo o que, si ese tiene lugar, el mismo sea imparcial o no se encuentre condicionado de antemano por factores políticos o de otra naturaleza. Sea porque en algunos casos las autoridades que perpetraron los crímenes continúan aún en el poder, sea porque lo han entregado pero condicionando su entrega a una amnistía previa, etc. Piénsese

21 Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, *Preámbulo*, para.5.

22 Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, *Preámbulo*, para.4º.

23 Ver Sir Robert Jennings, *QC* and Sir Arthur Watts, *op. cit.*, pág. 746/755.

24 "Convención sobre el Derecho del Mar", artículos 100 y 105. Adoptada en Nueva York el 30/04/82 (Ley 24.543. Sancionada el 16/08/95; promulgada de hecho el 18/09/95; en B.O.: 25/09/95).

25 Kai Ambos, *El Caso Pinochet y el Derecho Aplicable*, en *Revista Penal*, No.4, 1999, Ed. Praxis cita los siguientes ejemplos: Ley belga del 16 de Junio de 1993 y Ley 230.399 del 10/02/99; Francia, art.113-10 y art.689-2 de la ley procesal; también art.113-12 y 212-1 (referido a la desaparición forzada de personas) del Código Penal; Italia: art.7, 5 del Código Penal; Suecia, cap.2, sec.3, no.7 del Cód. Criminal; Dinamarca, sec.8, no.5 del Código Penal, etc.

26 *Judgement*, 1 T.M.W.C., 171, 218 (Int. Mil. Trib., 1946) citado en Yoram Dinstein, *The Universality Principle and War Crimes*, en Michael Schmitt & Leslie Green, ed.

27 *Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircrafts*, 1971.

28 *Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation*, 1973.

29 Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (artículo 4, 2, b) (Ley 24.072).

30 Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante su resolución 3068/38 del 30/11/73, artículo IV.b y artículo V (Ley 23.221; sancionada el 21/09/85; promulgada el 12/09/85 y publicada en B.O. el 3/10/85).

31 *Convention to Prevent and Punish the Acts of Terrorism*, 1976.

en el genocidio armenio, perpetrado por las autoridades turcas, o las masacres que más contemporáneamente tuvieron lugar en Camboya, Vietnam, Guatemala, El Salvador o Sierra Leona. En definitiva, es incontrovertible hoy día que los responsables de tales actos sólo en muy contados casos han respondido por sus delitos²¹.

Con razón se afirma que en esos casos es tal el agravio a la conciencia de la humanidad que el castigo de los responsables es un deber de todos los Estados, como agentes que son de la comunidad internacional, con independencia del lugar de comisión de los hechos²².

Desde antiguo, la "piratería" cometida en alta mar hacía perder a quienes la practicaban la protección del estado de su nacionalidad y, por ende, su carácter nacional²³, desde que era considerada como *hostis humani generis*. La piratería ha constituido el ejemplo arquetípico que habilita la jurisdicción universal; en tal virtud, cualquier Estado que capture a los presuntos responsables puede ejercer sobre ellos su jurisdicción penal²⁴.

Sólo tras los horrores de la II Guerra Mundial se aceptó -progresivamente- que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempos de conflicto armado habilitaban o imponían, según los casos, este tipo de jurisdicción²⁵. Ha sido el Tribunal de Nuremberg quien afirmó en su sentencia que el juzgamiento mismo de los principales responsables del nazismo podía haber sido realizado por cualquier estado, individualmente²⁶. Posteriormente el principio de jurisdicción universal ha sido atribuido a otros crímenes de derecho internacional, por medio de convenciones, como el secuestro de aeronaves²⁷, el sabotaje²⁸, el tráfico ilícito de estupefacientes²⁹, el apartheid³⁰, el terrorismo³¹, la toma de rehenes³² (ver página siguiente), los delitos cometidos



contra personas internacionalmente protegidas³³, la tortura³⁴ y la desaparición forzada de personas³⁵, entre otros. Es que, como se ha sostenido: “Los crímenes internacionales, que pertenecen a la categoría de *jus cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable³⁶”.

Desde aquel entonces numerosos tribunales nacionales han consagrado el principio de la universalidad de jurisdicción en relación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En el célebre caso *Eichmann*³⁷ los tribunales de Israel ejercitaron jurisdicción universal³⁸ y afirmaron que en razón de su misma naturaleza los crímenes de guerra y contra la humanidad exceden el marco de las fronteras y las leyes nacionales, siendo objeto del orden internacional de las naciones, bajo el que deben estar comprendidos. En el caso citado, los tribunales ejercitaron su competencia sobre hechos ocurridos en el extranjero, por extranjeros, sobre ciudadanos que no revestían entonces nacionalidad israelí y sin afectar los intereses vitales de dicho estado, a la sazón inexistente durante la Segunda Guerra Mundial.

En el caso *Demjanjuk v. Petrovsky*³⁹ una corte estadounidense ha sostenido que el principio de jurisdicción universal está fundado en la circunstancia de que algunos crímenes son condenados universalmente y sin excepción por todos los sistemas jurídicos y son tan repudiados que sus perpetradores son enemigos de la humanidad toda y, por ende, cualquier nación que aprehenda a un presunto responsable puede castigarlo conforme sus leyes.

Más recientemente el Juez español Baltazar Garzón solicitó al Reino Unido la extradición del Senador Augusto Pinochet, aplicando la jurisdicción universal que la Ley Orgánica del Poder Judicial español establece⁴⁰, sobre

*“Los crímenes internacionales, que pertenecen a la categoría de *jus cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable”*

la base de una acusación fundada en genocidio, tortura y terrorismo.

La Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, por su parte, ha reconocido también que los crímenes sobre los que está llamado a entender no son crímenes sometidos al derecho nacional de los Estados, sino que conciernen a la humanidad toda, debido a su misma naturaleza. Y la Sala de Apelaciones del referido Tribunal ha ido aún más lejos al recordar que las

32 Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 17/12/79, artículo 5.2 (Ley 23.956).

33 Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, artículo 3, 2 (Ley 22.509).

34 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 5.2, 6.1 y 7.1 (Constitución de la Nación Argentina, artículo 75,22).

35 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de Junio de 1994, artículo IV, 5º párrafo (posee jerarquía constitucional mediante la Ley 24.820).

36 M Cherif Bassiouni, *La Represión de Crímenes Internacionales: Jus Cogens y Obligatio Erga Omnes*, en *Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario, Informe de la Reunión de Expertos, Ginebra 23-25 de Setiembre de 1997*, editado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1997, pág.29.

37 *Attorney General of Israel v. Eichman*, 36 I.L.R. 277, 296, 300-2 (Israel S. Ct., 1962). Ver, al respecto, Georg Schwarzenberger, *The Eichmann Judgement, An Essay in Censorial Jurisprudence*, *Current Legal Problems*, Vol 15, 1962.

38 Yoram Dinstein, *The Universality Principle and War Crimes*, in Michael Schmitt & Leslie Green, ed.

39 *US Circuit Court of Appeals, Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F. 2d 571 (6th Circ. 1985).

40 *supra* 11.

fronteras estatales no pueden ser consideradas como un escudo de protección para aquellos responsables de pisotear los más elementales derechos de la humanidad⁴¹.

Las fronteras estatales no pueden ser consideradas como un escudo de protección para aquellos responsables de pisotear los más elementales derechos de la humanidad

Ese mismo Tribunal ratificó luego que una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* que es atribuido a la prohibición de la tortura radica en que cada Estado está facultado para investigar, acusar y castigar -o extraditar- a aquellas personas acusadas de tortura que se encuentren de algún modo bajo su jurisdicción, dondequiera que hayan cometido su crimen⁴².

Por su parte la Corte Internacional de Justicia, órgano de las Naciones Unidas, ha destacado la jurisdicción universal aplicable al crimen de genocidio. *In re* Bosnia y Herzegovina v.

Yugoslavia, citando su anterior parecer en el Caso de las Reservas a la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio, ha dicho que:

"(...) Debe seguirse que los derechos y obligaciones consagrados por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*. La Corte advierte que la obligación de cada Estado de impedir y castigar el crimen de genocidio no está limitada territorialmente por la Convención"⁴³.

El proyecto de "*Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*" que en 1996 elaboró la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas⁴⁴ establece en su artículo 8 que sin perjuicio de las jurisdicciones de una corte penal internacional cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes que el código define (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes contra las Naciones Unidas y su personal asociado y crímenes de guerra), sin importar el lugar de su comisión o la nacionalidad de quienes los hubieren perpetrado.

Conforme su origen el ejercicio de la jurisdicción universal por un Estado puede estar fundada en una ley, tratado o convención⁴⁵, es decir, en una fuente normativa, o en la costumbre⁴⁶, que ha sido la fuente primordial para el derecho internacional hasta hace pocos años.

La jurisdicción universal puede revestir a su vez el carácter de compulsiva (u obligatoria) o facultativa, sea que imponga a los Estados el deber jurídico de hacer comparecer ante los tribunales locales a los presuntos responsables de crímenes de derecho internacionales⁴⁷ o que solamente los habilite⁴⁸ (ver página siguiente) -pero no los compela- a tal fin. El Profesor Nigel Rodley Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Tortura, ejemplifica ambos tipos con la toma de rehenes -

41 Prosecutor v. Tadic, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, Oct.2, 1995, para 141.*

42 Prosecutor v. Anto Furundzija, *Case No.IT-95-17/1-T (Trial Chamber), par.140 y 156.*

43 1951, ICJ 14, 23 (28/05/1951).

44 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, Cap.II, adoptado en su 48º sesión (A/48/10). Su texto íntegro y comentarios pueden obtenerse en www.un.org/ilc

45 Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). El fallo puede consultarse en www.parliament.uk

46 Re Demjanjuk v. Petrovsky, *supra* 39.

47 Por ejemplo, el artículo 49 de la I Convención de Ginebra del 12 de Agosto de 1949.

48

que obliga a ello- y la piratería -que faculta-, respectivamente⁴⁹.

También se suele distinguir entre la jurisdicción universal "de custodia", según que se condicione el ejercicio de tal principio a la circunstancia que el presunto responsable se encuentre en el territorio del estado que pretende ejercer su potestad jurisdiccional e "incondicionada" o "pura", que no requiere ese extremo.

Hasta hace pocos años predominaba la idea que la verdadera sustancia de la jurisdicción universal era facultativa⁵⁰ y que sólo por vía excepcional imponía el deber antes señalado, como en el caso de las infracciones a las Convenciones de La Haya de 1907 y de Ginebra de 1949. En la actualidad, sin embargo, parece advertirse una tendencia creciente a considerar tal ejercicio jurisdiccional como una obligación legal de carácter internacional.

En los "Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad"⁵¹ se recomienda a todos los estados que *"En todos los documentos internacionales de derechos humanos que se refieren a delitos graves conforme el derecho internacional, debería figurar una cláusula de competencia universal aplicable a esos delitos"*⁵².

El Preámbulo del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, adoptado en la Conferencia de Plenipotenciarios el 18 de Julio de 1998, parece reafirmar el deber del ejercicio de este tipo de jurisdicción por todas las naciones, en los siguientes términos:

*"Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"*⁵³.

Sin embargo, se debe reconocer que la práctica judicial de los Estados, las más de las veces, ha hecho que el ejercicio de este tipo de jurisdicción sea en verdad poco frecuente, pues de

El Preámbulo del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional reafirma que es deber de todo Estado, ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales

ordinario intereses de naturaleza política han interferido y consagrado - como norma- la impunidad de los responsables de los crímenes internacionales⁵⁴. Sin embargo, en los últimos años, en particular desde el establecimiento de los dos Tribunales Internacionales *Ad Hoc* de las Naciones Unidas y el caso Pinochet⁵⁵, se advierte un creciente entusiasmo judicial en poner en práctica y ejercitar efectivamente este tipo de jurisdicción, sobre las bases normativas y consuetudinarias que la consagran.

48 Por ejemplo, el artículo V de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid determina que: "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...".

49 Sir Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, second edition, Oxford University Press, p. 120.

50 Doede Ackers, *National Adjudication of International*, A Seminar on Universal Jurisdiction over Serious Violations of Human Rights and International Law, background paper, 1997.

51 ONU, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/1997/20 de 26/06/97.

52 Principio 24, a. Ver igualmente Principios 23 y 25.

53 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo, parágrafo 6º (PCNICC/1999/INF/3).

54 Ver Louis Joinet, *Informe Final acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos*, presentado ante la Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 26/06/1997, E/CN.4/Sub2/1997/20.

55 Ver supra 45.

III. Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949⁵⁶.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados tienen a garantizar a las personas puestas fuera de combate -*hors de combat*- (heridos, enfermos o prisioneros de guerra) o que no son parte de las hostilidades (personas civiles) una protección y trato humano⁵⁷. Para ello los Convenios atribuyen carácter inalienable⁵⁸ e irrenunciable a los derechos que los mismos conceden a las personas protegidas e imponen a los Estados Parte el deber de penalizar⁵⁹ los actos definidos por ellos como "graves infracciones". Esas graves infracciones son definidas como:

"(...) las que implican una cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o

56 I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra; IV Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ley 14.442 del 9/08/56).

57 Dietrich Schindler, *El Comité Internacional de la Cruz Roja y Los Derechos Humanos*, Revista Internacional de la Cruz Roja, Enero-Febrero de 1979.

58 Artículo 7 en los tres primeros Convenios y artículo 8 del cuarto Convenio.

59 Kai Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª edición, Editorial Ad Hoc, pág.89.

60 I Convenio (artículo 50); II Convenio (51); III Convenio (artículo 130), con diferencias; IV Convenio (147), con diferencias también en la definición.

61 Artículo 85 (5), I Protocolo Adicional (Ley 23.379; sancionado: 25/09/86; promulgado: 9/10/86).

62 Christophe Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana*, editado por el IIDH, San José, Costa Rica, pág.58.

63 Hans-Heinrich Jeschek, *War Crimes*, 4 *Encyclopedia of Public International Law* 294, 297 (Bernhardt ed., 1982), citado en Yoram Dinstein, *The Universality Principle and War Crimes*, p.21.

bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente"⁶⁰

Es un principio aceptado que las "graves infracciones" constituyen crímenes de guerra⁶¹ y su comisión, desde la perspectiva de los autores de los instrumentos de Ginebra, representa para la humanidad en su conjunto un peligro especialmente grave que, de quedar impune, significaría el quiebre de todo el sistema del derecho humanitario⁶².

En el caso de la norma transcrita todos los Estados Parte tienen sobre sí el deber –no la facultad- de juzgar a los responsables de dichos crímenes o, en su defecto, de extraditarlos o transferirlos para que otro estado o tribunal internacional, respectivamente, pueda hacerlo, en aplicación del principio *aut dedere aut iudicare*⁶³. Así disponen los Convenios citados:

"(...) Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes"⁶⁴ (ver página siguiente)

Si bien de la letra de los Convenios no se desprende expresamente que la



jurisdicción universal deba ejercitarse sea cual fuere el lugar en que se cometió la infracción, ello ha sido siempre entendido de tal modo⁶⁵. Es que los Convenios consagran el carácter absoluto de la jurisdicción universal, vale decir, que no queda condicionado el juzgamiento de una infracción grave a que la persona presuntamente responsable de la misma se encuentre en el territorio o sometida de algún modo a la jurisdicción del Estado, pudiendo éste requerir la extradición a terceros estados. Los Convenios de Ginebra constituyen una de las primeras fuentes normativas que instituyen este tipo de jurisdicción⁶⁶.

Es importante destacar que estos convenios, de los que son parte 189 Estados, imponen el deber aludido de modo obligatorio o vinculante, es decir, sin entender el ejercicio de la jurisdicción como una potestad que el Estado puede ejercitar o rehusar libremente⁶⁷. Por el contrario, de los términos de los artículos citados se desprende que el ejercicio de la jurisdicción o la extradición a otro estado o la transferencia a un tribunal internacional para el juzgamiento del presunto responsable es una obligación esencial aceptada por los estados al tiempo de convertirse en parte del Tratado.

No obstante lo expuesto en relación a las "infracciones graves" cometidas en los conflictos armados de carácter internacional, predomina la corriente que considera la jurisdicción universal para los actos prohibidos por el artículo 3 común de los cuatro Convenios⁶⁸ -relativo a los conflictos armados de carácter no internacional⁶⁹-, como facultativa. Y ello reviste suma importancia desde que este tipo de conflicto⁷⁰ es cada vez más frecuente y parece haber relegado a segundo plano a los conflictos internacionales, objeto primordial tradicional del derecho humanitario. En consecuencia, aunque se encuentra indiscutido en la

actualidad que los crímenes de guerra habilitan el ejercicio de la jurisdicción universal por todos los estados ⁷¹(ver página siguiente), dicho ejercicio no reviste carácter vinculante sino meramente facultativo, a menos que, como se dijo anteriormente, se trate de aquellos definidos como "graves infracciones" en cuyo caso si existe la obligación jurídica de hacer comparecer ante

64 I Convenio (artículo 49); II Convenio (50); III Convenio (129); IV Convenio (146).

65 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Jurisdicción Universal sobre Crímenes de Guerra* (sin fecha).

66 Comité Internacional de la Cruz Roja, *op.cit.*

67 Yoram Dinstein, *supra* 38.

68 "En Caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja de 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 distadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados...".

69 El artículo 1, párr.1º, del II Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional del 8 de Junio de 1977 establece que constituyen este tipo de conflictos "todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".

70 Marion Harroff-Tavel, *La Acción del Comité Internacional de la Cruz Roja ante las Situaciones de Violencia Interna*, publicado en separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, Mayo-Junio de 1993 (Num.117).

los propios tribunales a las personas inculpadas o de extraditarlas a otro estado o transferirlas a un tribunal internacional para su juzgamiento.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su resolución 978 de 1995 (S/RES/978, del 27/02/95) ha instado a todos los Estados a detener, en conformidad con las disposiciones de su derecho interno y de los estándares del derecho internacional, a todas las personas contra las que, halladas en su territorio, existan evidencias fundadas de su responsabilidad por actos que caigan bajo la competencia del Tribunal Internacional para Ruanda, entre los que se incluyen las graves infracciones antes descritas. Es de señalar que la competencia de este Tribunal está limitada a ciertos crímenes

71 Informe de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, 1996 ILC Report, UN Doc.A/51/50, comentario a los artículos 8 y 9; *Prosecutor v. Tadić, Decision on the defence motion on jurisdiction, Case No.IT-94-1-T (Trial Chamber, 10 August 1995)*, para.42; *Prosecutor v. Tadić, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Case No.IT-94-1-AR72 (Appeal Chamber, 2 October 1995)*.

72 Para los antecedentes y definiciones de los mismos ver *Amnesty International "La Corte Penal Internacional, La Elección de las Opciones Correctas I", Al Index IOR 40/01/97/s (disponible en www.edai.org)*.

73 *Declaración de Renuncia al Uso, en Tiempo de Guerra, de proyectiles Explosivos de Menos de 400 Gramos de Peso*, en Adam Roberts & Richard Guelff eds., *Documents on the Laws of War*, Oxford, Clarendon Press, 2d ed., 1989, p.30-31, citado en *Amnistía Internacional, La Elección de las Opciones Correctas I*, índice Al IOR 40/01/97/s.

74 Ley 5.082, sancionada el 19.06.1907

75 *Cláusula Martens*: "Esperando, pues, que un Código más completo de las Leyes de la guerra pueda ser proclamado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidos entre las naciones civilizadas, así como las Leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública".

76 Ver, por ejemplo, *International Court of Justice, Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, del 8 de Julio de 1996.

77 Rupert Ticehurst, *The Martens Clause and the Laws of Armed Conflicts*, en *International Review of the Red Cross*, No.317, March-April 1997, pág.126.

de derecho internacional cometidos en el territorio de aquel Estado o de sus vecinos, por ciudadanos de Ruanda -es decir- sin vinculación aparente alguna para los demás estados.

IV. Los crímenes de Lesa Humanidad⁷².

La noción de crimen contra la humanidad o crimen de lesa humanidad recibió su primer consagración normativa en el texto de la "*Declaración de San Petersburgo*" de 1868, que limitaba el uso de explosivos y otros proyectiles incendiarios como "contrarios a las leyes de la humanidad"⁷³. Posteriormente, en oportunidad de la primer Conferencia de Paz de La Haya (1899), se adoptó por unanimidad la llamada *Cláusula Martens* como parte del Preámbulo de la "*Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre*"⁷⁴. Esta cláusula⁷⁵, que honra el nombre de quien la propuso, el delegado ruso a dicha conferencia Fyodor F. Martens, constituyó un verdadero hito pues consagró por vez primera el deber del trato humano que debe proferirse a los combatientes aún en ausencia de normas legales positivas. Dicho de otro modo, quedó enunciado que en el derecho de los conflictos armados la falta de prohibición de una conducta no implica su aceptación o tolerancia, si la misma resulta contraria a las leyes y usos de la guerra. La Cláusula Martens, cuyo verdadero alcance⁷⁶ es objeto hoy de múltiples interpretaciones⁷⁷, ha sido reproducida sustancialmente en numerosas convenciones de derecho humanitario⁷⁸ (Ver página siguiente).

En el curso de la I Guerra Mundial la *Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia* del 24 de Mayo de 1915 proclamó que los crímenes perpetrados por el Imperio Otomano contra la población armenia en Turquía consti-

tuían “*crímenes contra la humanidad y la civilización por los cuales los miembros del Gobierno turco deben ser considerados responsables, al igual que sus agentes implicados en las masacres*”.

En 1919 la Conferencia de Paz de Versalles determinó que el asesinato, la masacre, la tortura de civiles, la deportación, el trabajo forzado y el ataque a plazas indefensas u hospitales, entre otros, constituían crímenes contra la humanidad y la civilización⁷⁹.

El Estatuto del Tribunal de Nüremberg, establecido como anexo al “Acuerdo de Londres”, suscrito por los Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Unión Soviética el 8 de Agosto de 1945, distinguió tres categorías de crímenes⁸⁰ para el juzgamiento de los principales jefes de la Alemania nazi. Los llamados “*crímenes contra la paz*” (artículo 6, a), como el planeamiento, preparación e iniciación de una guerra de agresión o la guerra en violación de tratados internacionales; los “*crímenes de guerra*” (b), constituidos por las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, como el asesinato de prisioneros o de rehenes, el confinamiento en campos de trabajo forzoso, la destrucción intencional de ciudades y pueblos y la devastación no justificada por necesidades de índole militar; y los “*crímenes contra la humanidad*” (c) como el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, antes o durante la guerra y la persecución política, racial o religiosa como parte de la ejecución o en conexión con otro crimen de competencia del Tribunal.

La característica más destacable en esta enumeración radicó en que los crímenes de competencia del Tribunal, según su Carta, podían tener lugar aún si las leyes locales de los estados donde hubieren ocurrido no condenaren esos actos, pues se consideraba que

constituían, por su propia naturaleza, crímenes contra el derecho internacional en su conjunto y no contra la normativa nacional del territorio donde hubieren sido perpetrados. Desde la perspectiva de este Tribunal la enumeración -no era taxativa- de los crímenes de su competencia revestía mero carácter declarativo, pues se interpretaba que esos crímenes ya eran tales conforme los usos y costumbres de las naciones, aún en ausencia de una formulación convencional específica⁸¹.

En su sentencia el Tribunal de Nüremberg atribuyó a los crímenes contra la humanidad un carácter complementario o subsidiario a los crímenes de guerra, ya que interpretó que ellos sólo podían tener lugar sobre la población de un país ocupado y por parte de las fuerzas invasoras, siempre en conexión con un crimen de guerra: carecían de autonomía. En verdad esta característica no significaba un obstáculo para el juzgamiento de los jefes nazis por ese entonces, pero si crearía problemas en el futuro al atar la suerte de estos crímenes a la existencia de un conflicto armado.

El juzgamiento de los demás responsables del nazismo se efectuó por

78 Ver, entre otros, el Preámbulo de la IV Convención de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra (I Conv. art.63; II Conv. art.62; III Conv. art.142 y IV Conv. art.158); I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art.1 (2); II Protocolo Adicional, Preámbulo.

79 *Commission of the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference (1919 Peace Conference Commission Report), Versailles, March 1919, Conference of Paris, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Pamphlet No.32, Annex, citado en Otto Triffterer (ed.), artículo 7, nota al pie 5.*

80 *Charter of the Nuremberg International Military Tribunal. Su texto puede consultarse en www.icrc.org*

81 *Para la relación entre el principio de legalidad y la falta de tipificación de las conductas en el derecho internacional ver re Schwamberger, Josef Franz Leo, Cámara Federal de Apelaciones, Sala III, Agosto 30, 1989, para.33-40, en Revista El Derecho, Tomo 135, pág.338.*

medio de la Ley N°10 del Consejo de Control Aliado -autoridad legislativa de toda Alemania hacia fines de 1945 e integrada por los Comandantes de las cuatro Potencias Aliadas-. En su virtud se estableció⁸² que los crímenes contra la humanidad eran

El Tribunal de Nürenberg proclamó entonces que para la humanidad ciertos actos constituían crímenes aún antes de que fueran "tipificados", por decirlo de algún modo, por el derecho internacional convencional

las "atrocidades y delitos, *incluidos pero no limitados al asesinato, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación u otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, o la persecución política, racial o religiosa, en violación o no a las leyes nacionales del país donde los mismos hubiesen sido perpetrados*".

Esta normativa, aplicada por tribunales locales o por tribunales designados por las Potencias Aliadas, expandió la definición de los crímenes de lesa humanidad, pues incluyó al encarcelamiento arbitrario, la tortura y la violación bajo este acápite y suprimió -por vez primera- la necesaria vinculación de estos crímenes con los crímenes de guerra.

En 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución con la cual hizo suyos y convalidó expresamente los principios que guiaron al Tribunal de Nuremberg en los procesos judiciales que siguió contra los jefes del nazismo y las sen-

tencias por él dictadas⁸³. Por intermedio de aquella resolución las Naciones Unidas afirmaron que el Tribunal había tomado en cuenta principios ya existentes del derecho internacional, de fuente consuetudinaria. Es decir, se proclamó entonces

que para la humanidad ciertos actos constituían crímenes aún antes de que fueran "tipificados", por decirlo de algún modo, por el derecho internacional convencional. De ello se sigue que las masacres y exterminios o la persecución religiosa o racial, constituían crímenes con independencia, en definitiva, de la existencia de una norma o convención escrita aceptada por los estados, pues así lo consagraba la práctica entre las naciones civilizadas.

Sólo con posterioridad a la II Guerra Mundial, cuando se hicieron públicos e inocultables los actos de barbarie cometidos antes y durante la contienda, surgió la necesidad de contar con instrumentos normativos que obligaran a todos los Estados a respetar los derechos humanos fundamentales. Desde entonces se han atribuido a distintos delitos el carácter de crímenes contra la humanidad y ese proceso ha sido gradual pero incesante.

En los "*Principios de Derecho Internacional Reconocidos en la Carta y Sentencia del Tribunal de Nuremberg*"⁸⁴, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se atribuyó el carácter de crímenes contra la humanidad⁸⁵ al asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos realizados contra una población civil y la persecución política, racial o religiosa, condicionándolos nuevamente a su conexión con un cri-

82 Artículo II (c).

83 Resolución 95 (I) del 11 de Diciembre de 1946; fue adoptada por unanimidad y se titula "Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg".

84 Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su segunda sesión, 1950, y remitido a la Asamblea General de la ONU como parte de su informe anual.

85 Principio VI (c).

men contra la paz o un crimen de guerra. También consagró el principio en virtud del cual si la legislación nacional no contemplaba como criminal tales conductas ello no era óbice para que, desde el derecho internacional, así se entendiera y castigara⁸⁶. Estableció la irrelevancia de la posición oficial que pudieran ostentar los Jefes de Estado o de Gobierno en la comisión de tales crímenes, haciéndolos penalmente responsables⁸⁷ y desestimó la obediencia debida en la comisión de tales actos⁸⁸.

El proyecto de "*Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*"⁸⁹, redactado por la Comisión de Derecho Internacional en 1954 declaró como tales, entre otros al asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y la persecución social, política, racial, religiosa o cultural por las autoridades de un Estado o por particulares que cuenten con la instigación o tolerancia de tales autoridades⁹⁰. También reiteró la ausencia de inmunidad de que pudieran valerse los Jefes de Estado o de Gobierno en relación a tales crímenes⁹¹ y la obediencia debida⁹².

Más recientemente, varios crímenes contra la humanidad han sido objeto de declaraciones⁹³ y convenciones específicas y las prohibiciones en ellos contenidas han adquirido en muchos casos el *status* de disposiciones de *ius cogens*, esto es, han alcanzado una jerarquía jurídica tal que no se admite válidamente que un estado pueda aceptar tales interdicciones como conductas permitidas o tolerables. Por ejemplo, la prohibición de genocidio, esclavitud o tortura reviste hoy día una jerarquía jurídica de tal naturaleza que es de imperativo cumplimiento por todas las naciones, con independencia de que hayan o no ratificado las convenciones que reprimen dichas conductas. En consecuencia, esas prohibiciones no pueden ser dejadas sin efecto por tra-

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas estableció la irrelevancia de la posición oficial que pudieran ostentar los Jefes de Estado o de Gobierno en la comisión de tales crímenes, haciéndolos penalmente responsables y desestimó la obediencia debida en la comisión de tales actos

tados entre estados y cualquier convención en tal sentido es nula para el derecho internacional⁹⁴.

El "*Estatuto del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia*", adoptado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en ejercicio de las potestades que le confiere el Capítulo VII de la Carta de las ONU⁹⁵ (ver página siguiente), establece en su artículo 5 que se considerarán "crímenes con-

86 Principio II.

87 Principio III.

88 Principio IV.

89 Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sexta sesión, 1954, y remitido a la Asamblea General como parte de su informe anual.

90 Artículo 2 (11).

91 Artículo 3.

92 Artículo 4.

93 Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9/12/75 mediante la resolución 3452(XXX)). Declaración sobre la Protección de Todas las Personas de la Desaparición Forzada (adoptada mediante la resolución 47/133 de la Asamblea General de la ONU de 18/12/1992. En el párrafo 4º de su Preámbulo atribuye a la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas la naturaleza de crimen de lesa humanidad.

94 La Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, en su artículo 53 dispone que: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter" (Ley 19.865; sancionada y promulgada el 3/10/72; B.O.: 11/01/73).

La prohibición de genocidio, esclavitud o tortura reviste hoy día una jerarquía jurídica de tal naturaleza que es de imperativo cumplimiento por todas las naciones, con independencia de que hayan o no ratificado las convenciones que reprimen dichas conductas

tra la humanidad los siguientes actos, a saber: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento arbitrario, la tortura, la violación, la persecución política, racial o religiosa y "otros actos inhumanos" "(...) cuando sean cometidos durante un conflicto armado internacional o no internacional y dirigidos contra una población civil". Este Tribunal *ad hoc* ejerce su jurisdicción en relación a ciertos crímenes de derecho internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) cometidos en el territorio de la Antigua Yugoslav

"Es actualmente aceptado como regla del derecho internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren conexión alguna con un conflicto armado de carácter internacional"

95 Resolución 827 del 25/05/93. Las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de la ONU en uso de tales potestades revisten el carácter de vinculantes para todos los Estados miembros de esa Organización, conforme el artículo 25 de su Carta.

96 *Prosecutor v. Dragan Nikolic a.k.a. "Jenki" (Nicolik Case, Rule 61 Decision), Case No. IT-94-2-61, 20/10/95, para.26.*

97 Ver *supra* 41.

98 Resolución 955 (1994) del 8/11/1994 y Resolución 1165 (1998) del 30/04/1998 del Consejo de Seguridad de la ONU.

99 Elizabeth Odio Benito, *El Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia -Justicia para la Paz-*, en Revista del IIDH, N°26, pág.147.

via desde 1991 y ha dictado ya numerosas sentencias de suma trascendencia para el desarrollo del derecho internacional, contribuyendo a impedir la impunidad de los responsables de crímenes atroces.

El Tribunal también, interpretando su Estatuto, ha indicado que los crímenes contra la humanidad no deben estar dirigidos -necesariamente- contra toda una población civil en su conjunto, sino que basta que una parte de ella haya sido objeto de las conductas citadas para configurar los llamados "crímenes de lesa humanidad"⁹⁶. Asimismo ha explicado que: "*Es actualmente aceptado como regla del derecho internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren conexión alguna con un conflicto armado de carácter internacional*"⁹⁷.

Por su parte, el concepto que brinda el artículo 3 del "*Estatuto del Tribunal Ad Hoc para Ruanda*"⁹⁸, difiere -aunque no en sustancia- de la definición consagrada por el artículo 5 del Estatuto que rige el anterior Tribunal Internacional. En efecto, ante el Tribunal con sede en Arusha, Tanzania, se exige que los crímenes contra la humanidad hayan sido cometidos "*como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil*". Razonablemente⁹⁹ ya no se exige que los mismos hayan sido perpetrados "*durante un conflicto armado*", como si lo era en la Carta del Tribunal de Nuremberg y el Estatuto del Tribunal para la Antigua Yugoslavia. En cuanto a lo crímenes en sí no se distinguen de las conductas descritas en el artículo 5 del Tribunal para la Antigua Yugoslavia. De esta manera el asesinato, la tortura, la deportación, la persecución, etc., sólo constituirán crímenes contra la humanidad cuando su comisión haya sido sistemática o generalizada.

El "*Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la*

*Humanidad de 1996*¹⁰⁰ sigue en lo sustancial el proyecto de 1954, pero añade -entre otros- como crímenes contra la humanidad, la tortura, la discriminación racial, étnica o religiosa, el encarcelamiento arbitrario, la desaparición forzada de personas, la violación, la prostitución forzada y otras formas de abuso sexual. Este Proyecto de Código reitera una vez más la ilicitud de tales conductas, con independencia de que se encuentren incriminadas o no por las legislaciones locales (artículo 1.2); desestima cualquier tipo de inmunidad (art.7) y establece que todos los Estados Parte de dicha Convención adoptarán las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes que enumera (agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes contra las Naciones Unidas y su Personal y crímenes de guerra) *“sin importar donde o por quienes tales crímenes hayan sido cometidos”*. Esto es, consagra la jurisdicción universal para tales actos (artículo 8).

Los crímenes contra la humanidad constituyen “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”

El *“Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”*¹⁰¹, que estableciera la creación de dicho Tribunal, adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios el 17 de Julio de 1998, define los crímenes de lesa humanidad del modo siguiente:

Artículo 7.

1. 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:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- 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 o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

El valor de esta definición –no exenta de justas críticas- reside en que, a diferencia de las consagradas en los Estatutos de los cuatro Tribunales *ad*

100 Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en su 48ª Sesión, en 1996 y remitido a la Asamblea General de dicha organización como parte de su informe anual. Puede consultarse su texto íntegro y comentarios en www.un.org

101 Ley 25.390; sancionada el 30/11/2000; promulgada de hecho el 8.01.2001 y publicada en B.O. el 23.01.2001.

hoc que hasta el presente han existido, la misma fue lograda mediante el consenso de 120 países contra sólo 7 opuestos a ella. Esta "universalidad" en su definición -varios de los países contrarios originalmente a su texto ya lo han suscrito- le otorga un grado de legitimidad de la que tal vez carecen las restantes definiciones que hemos visto y expresa en gran medida el estadio actual de la materia para el derecho internacional.

Como se advierte del referido texto los crímenes contra la humanidad se distinguen de los delitos comunes u ordinarios no sólo por su misma naturaleza y magnitud, pues constituyen "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"¹⁰², en el propio lenguaje del Estatuto citado, sino porque son actos u omisiones practicados de manera generalizada o sistemática contra una población civil. En este sentido hay acuerdo en señalar que dichos actos deben estar dirigidos -como ya dijimos- contra una parte o porción de la población civil de un país o región, sin que sea necesario que los crímenes estén enderezados contra toda la población civil en su conjunto.

La Comisión de Derecho Internacional ha explicado que el término "sistemático" se refiere a que los crímenes deben llevarse a cabo de acuerdo a un cierto plan preconcebido. El término "generalizado", en su interpretación,

refiere aquellos actos dirigidos contra una multiplicidad de víctimas, excluyendo aquellos actos que, aunque inhumanos, sean aislados o estén dirigidos contra una sola víctima. Y así, el exterminio de una parte de la población de un mismo credo en algunas aldeas de una determinada región podrá encuadrarse como crimen contra la humanidad, sin que sea necesario que ese ataque esté dirigido contra toda la población que profesa ese credo en la región. También, el homicidio de unas pocas personas o de una sola incluso, en el marco de un ataque generalizado, encuadrará dentro de la definición. Por el contrario, una multiplicidad de homicidios perpetrados por un asesino serial, no encajará nunca dentro de aquel concepto.

En plena concordancia con la doctrina moderna el Estatuto de Roma desvincula también los crímenes de lesa humanidad de los conflictos armados.

Una disposición de particular relevancia del Estatuto consiste en el carácter imprescriptible que atribuye a todos los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Conforme sus disposiciones el genocidio, los crímenes de lesa humanidad -cuya enumeración no es taxativa- y los crímenes de guerra que enumera el Estatuto son imprescriptibles. Este criterio está conforme con el derecho internacional consuetudinario¹⁰³ y convencional¹⁰⁴ y con la naturaleza misma de los crímenes en cuestión.

En cuanto a la relación entre crímenes de guerra y de lesa humanidad con razón se ha sostenido que, *in abstracto*, todos los crímenes de derecho internacional, son conductas igualmente repudiables para la comunidad internacional en su conjunto y ninguna jerarquía -en cuanto a su gravedad- puede formularse *a priori*. De ese modo no es posible determinar de antemano si el "exterminio" de civiles es más o menos condenable que la

102 Estatuto de Roma, Preámbulo, par.4.

103 "Los crímenes de guerra y los de lesa humanidad son imprescriptibles, conforme el derecho internacional", en caso Priebke, Erich, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencia de 2 de Noviembre de 1995. Asimismo caso Schwamberger ya citado, RED 135, p.342.

104 "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 2391 (XXIII) de 26/11/68; Ley 24.584; sancionada: 2/11/95; promulgada el 23/11/95; publicada en B.O. el 29/11/95.

“persecución” de aquellos fundada en motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos; o si esas conductas merecen un castigo mayor o menor que “someter a tortura” o “bombardear, por cualquier medio, ciudades o pueblos que no estén defendidos o que no sean objetivos militares”. En la determinación de las sanciones se estará, con seguridad, entre otras circunstancias, a la cantidad de víctimas que el ilícito haya ocasionado, la posición de comando o responsabilidad del imputado, los medios con que contaba para evitar tales conductas, si fuere el caso, su verdadera intención y consciencia y un sinnúmero de otros factores, atenuantes o agravantes, que pudieran haber tenido lugar. Tales circunstancias, es evidente, no son dables de ser determinadas de antemano.

No obstante ello el Juez Antonio Cassese ha creído necesario, en el asunto *Tadic*¹⁰⁵, diferenciar su opinión del resto de los magistrados del Tribunal en lo que a la sanción de un mismo crimen respecta, según si fuere catalogado de uno u otro modo¹⁰⁶. Así ha sostenido que si una misma conducta atribuida a una persona, v.g.: el homicidio intencional (*wilful killing*), fuere en definitiva inculpada como crimen de lesa humanidad y no como crimen de guerra sería merecedora de una sanción más severa¹⁰⁷. Desde su perspectiva, la mayor gravedad de tales crímenes está fundada en la existencia de un elemento subjetivo adicional cuando de crímenes de lesa humanidad se trata, pues requieren el conocimiento de que el crimen se perpetra como parte de un ataque generalizado o sistemático, extremo éste que no es requerido en los crímenes de guerra, que sólo demandan -en principio- el marco comprensivo de un conflicto armado.

Esta distinción, según su visión, debería acarrear una mayor severidad a la hora de determinar las sanciones

penales a imponerse. Este parecer ha sido compartido por otros jueces en otros asuntos¹⁰⁸ pero no es la doctrina predominante en el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

Los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de jus cogens, constituyen una obligatio erga omnes y su represión es inderogable

Por lo expuesto, podemos concluir que los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *ius cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable. Los deberes jurídicos que ello acarrea son la obligación de enjuiciar o extraditar (*aut dedere aut iudicare*); la imprescriptibilidad de esos crímenes; la exclusión de cualquier inmunidad frente a ellos; la imposibilidad de argüir la defensa de obediencia debida (aunque en algunos casos se acepta como mitigante de responsabilidad); la aplicación universal de estas obligaciones, sea en tiempos de paz como de conflicto armado y su jurisdicción universal¹⁰⁹.

105 *Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgement in Sentencing Appeals, Separate Opinion of Judge Cassese, Case No.IT-94-1-A and IT-94-1-A bis, App. Ch., del 26 de Enero de 2.000, para.7.*

106 “Regretfully, I cannot share the majority’s view that the same conduct, if characterized as a crime against humanity does not necessarily entail, all else being equal, a heavier penalty than if it is classified as a war crime”, *Separate Opinion of Judge Cassese, ibid at para.1.*

107 *Prosecutor v. Jean Kambanda, Case no.: ICTR 97-23-S, Judgement and Sentence, 4/09/98, para.14.*

108 *Ver Declaration of Judge Lal Chand Vohrah, The relative seriousness of crimes against humanity vis à vis war crimes, en Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgement, case No.IT-95-17/1-A, del 21 de Julio de 2000.*

109 *supra* 36.

V. La jurisdicción atribuida a algunos crímenes de lesa humanidad.

i) *APARTHEID*.

La "Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid"¹¹⁰ declara en su artículo I (1) que el *apartheid* es un crimen de lesa humanidad y agrega que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de *apartheid* y la segregación y discriminación racial son crímenes que violan los principios del derecho internacional. El artículo XI de la Convención dispone que los actos enumerados en su artículo II (que establece los actos que constituyen el crimen en cuestión) no se reputarán delitos políticos para los efectos de la extradición, con lo que procederá siempre la misma.

En el artículo IV (b) se establece la obligación de todos los Estados, no la facultad, de adoptar las medidas legislativas necesarias para perseguir, enjuiciar y castigar a las personas responsables de los actos enumerados en el artículo II, con independencia de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido esos actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean apátridas.

El texto de la Convención ha tenido valor premonitorio, en cuanto a los Tribunales Internacionales se refiere, pues establece en el artículo V que:

"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"

ii. Tortura.

En 1984 fue adoptada la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes"¹¹¹ (Convención contra la Tortura), la que define en su artículo 1 (1) que:

"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "tortura" todo acto por el cuales e inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".

Debe tenerse presente que conforme la definición transcrita la tortura sólo puede ser perpetrada -en los términos de la Convención- por un funcionario público u otra persona en ejercicio de una función de igual na-

110 Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 3068 (XXVIII) de 30/11/1973; Ley 23.221, sancionada el 21/08/85, promulgada el 12/09/85, B.O.: 3/10/85.

111 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU el 10 de Diciembre de 1984, mediante la resolución 39/46. Entrada en vigor: 26 de Junio de 1987 (fue Ley de la Nación 23.652; actualmente tiene atribuida jerarquía constitucional, conforme dispone el artículo 75, 22 de la Constitución Nacional).



turalidad o por un particular que cuente con la anuencia o tolerancia de tales autoridades. Un acto realizado por un particular fuera de los extremos aludidos estará exento de los términos de la Convención y es ajeno a ella.

En cuanto a su jurisdicción el artículo 5 de la Convención consagra la territorial (1, a), la de la personalidad activa (1, b), la de la personalidad pasiva (1, c) y la universal (2), en los siguientes términos:

“Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”.

Esta definición consagra también el principio *aut dedere aut iudicare*, en cuya virtud un Estado Parte cumple con sus obligaciones convencionales si juzga a los presuntos responsables del crimen o los extradita a otro Estado o los transfiere a un tribunal internacional. El Estado tiene para sí la opción de elegir entre los dos extremos, pero no es admitido que si no extradita o transfiere decida no juzgar localmente.

El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas -instituido por la anterior Convención- ha considerado que el deber de hacer comparecer ante los tribunales a los presuntos responsables de tortura es una obligación que existe aún con independencia de que el Estado sea o no parte de la Convención, pues ella responde a una norma general del derecho internacional¹¹² derivada de los principios del Tribunal de Nuremberg y la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹³.

El “Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la

Humanidad”¹¹⁴ incluye a la tortura como crimen contra la humanidad, cuando haya sido cometida de manera sistemática o generalizada e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización o grupo. El artículo 9 del proyecto consagra también el principio *aut dedere aut iudicare*.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por su parte, define la tortura en su artículo 7 (1) (f) como crimen de lesa humanidad y se atribuye competencia cuando los estados nacionales no puedan o no quieran someter a juicio a los presuntos responsables de tal crimen. El inciso 2 (e) del citado artículo la define del siguiente modo:

“Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”

Téngase presente en el punto que, como hemos afirmado, para revestir la condición de crimen de lesa humanidad la tortura debe ser cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, no bastando pues los actos aislados. Sólo en tales circunstancias la Corte Penal Internacional entenderá en la comisión de este crimen de derecho internacional.

•••••

¹¹² En ese sentido ha sostenido Lord Browne-Wilkinson que: “No tengo dudas de que mucho antes de la Convención contra la Tortura de 1984 ésta constituía un crimen internacional en el más alto sentido”, en *Regina v. Bartle* (ver *supra* 45).

¹¹³ *Amnesty International, AI Index: AMR 03/01/98/s (disponible en www.amnesty.org)*

¹¹⁴ Artículo 18, c.

•••••

Es importante señalar aquí que aquellos tratados que admiten la suspensión de algunas de sus disposiciones en tiempos de emergencia, como el estado de sitio u otros de excepción, no contemplan nunca tal previsión en relación a la tortura. Y bajo los términos de las Convenciones de Ginebra del 11 de Agosto de 1949 la práctica de la tortura en tiempos de conflicto armado de carácter internacional constituye una "infracción grave" a las mismas, con los efectos aludidos al tratar el punto más arriba.

El Tribunal de los Lores británicos¹¹⁵, en su segunda sentencia, ha sostenido que: *"Aunque los detalles de razonamiento varían, la proposición básica común a todos, salvo para Lord Goff of Chievely, es que la tortura constituye un delito internacional sobre el que el derecho internacional y las partes en la Convención contra la Tortura han concedido jurisdicción universal a todos los tribunales independientemente del lugar donde se practique la tortura"*.

Coincidentemente sostiene el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Tortura¹¹⁶ "[...] *la prohibición de tortura es en si misma una norma de ius cogens o una disposición inderogable del derecho internacional, lo que*

115 In re Pinochet.

116 Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, second edition, 1999, Oxford University Press, pág.74.

117 Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

118 Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944.

119 «Acts of genocide shall be prosecuted and punished by any State regardless of the place of the commission of the offence or the nationality of the offender, in conformity with the laws of the country prosecuting», citado en William S. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p.355.

120 Resolución 260 A (III) del 9 de Diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de Enero de 1951 de conformidad a su artículo XII (consagrada en el texto de la Constitución de la Nación Argentina, en su artículo 75, 22).

la prohibición de tortura es en si misma una norma de ius cogens o una disposición inderogable del derecho internacional

*significa que constituye una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de naciones en su conjunto como una norma cuya derogación no está permitida y que sólo puede ser modificada por una norma subsiguiente aceptada por el derecho internacional con el mismo carácter"*¹¹⁷

iii. Genocidio.

El término «genocidio» fue creado -años antes de la Segunda Guerra- por el jurista polaco Raphael Lemkin¹¹⁸, quien a través del mismo pretendió se incriminara penalmente aquellas acciones que perseguían la destrucción de un grupo racial, religioso o social. Desde su óptica la jurisdicción que debía atribuírsele a este crimen era la universal.

En 1946 Arabia Saudita propuso a la Asamblea General de la ONU una convención que sancionara el genocidio. Según esta propuesta original -seguida en el punto por la propuesta posterior del Secretario General- la jurisdicción atribuida a este crimen era también universal¹¹⁹, pero luego de agotadores debates los reparos elevados por Estados Unidos, Unión Soviética, Reino Unido, Egipto y Francia a dicha clase de jurisdicción dieron por tierra con la misma.

La «Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio»¹²⁰, adoptada en 1948, en su artículo II define esta conducta del modo siguiente:

En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de

los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de los miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo;

El artículo III establece que serán castigados no sólo el genocidio, sino también la asociación para cometerlo, su instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad. El artículo IV consagra la inexistencia de inmunidades frente a los actos aludidos en el artículo anterior, ya que -afirma- serán castigados los gobernantes, funcionarios y particulares.

El genocidio se perpetra no con la intención de destruir una vida humana en particular, sino dicha vida como parte integrante de un grupo distinguible¹²¹ y diferenciable en la sociedad. Por ello, desde un punto de vista fáctico siempre es más fácil demostrar la perpetración de un crimen de lesa humanidad -por ejemplo, exterminio- que un genocidio, ya que este requiere un elemento subjetivo particular.

El artículo VI consagra la jurisdicción territorial y la de un hipotético -en ese entonces- tribunal internacional, al afirmar que:

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Sobre la base de este texto Adolf Eichmann discutió -sin éxito- la jurisdicción de los tribunales israelíes que lo condenaron a muerte en 1962. La Corte Distrital de Jerusalem, basándose en la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva de 1951, distinguió los principios subyacentes de la Convención, que tenían desde su punto de vista un mero efecto declarativo y que constituían normas obligatorias de carácter consuetudinario aún en ausencia de obligaciones convencionales y el texto mismo de la Convención.

Este tribunal sostuvo que la obligación de perseguir y castigar el genocidio era tal con independencia de que un estado fuera o no parte de la Convención y que, conforme los principios de humanidad, dicho deber no estaba circunscripto a las fronteras del estado donde los hechos habían tenido lugar. También sostuvo que la Convención, correctamente leída, no impedía el ejercicio de jurisdicción por cualquier estado, sino que obligaba a todo estado parte en la misma a que juzgase en su territorio este crimen si en él habían tenido lugar los actos que lo constituían¹²².

Algunos tribunales nacionales, haciéndose eco de esta doctrina¹²³, han declarado más recientemente que el artículo VI no constituye un obstáculo para la aplicación de la jurisdicción

121 *Ut supra* 99 (para.8).

122 «It is the consensus of opinion that the absence from this Convention of a provision establishing the principle of universality (together with the failure to constitute an international criminal tribunal) is a grave defect in the Convention, which is likely to weaken the joint effort for the prevention of the commission of this abhorrent crime and punishment therefor, but there is nothing in this defect to lead us to deduce any rule against the principle of universality of jurisdiction with respect to the crime in question. It is clear that the reference in Article VI to territorial jurisdiction, apart from the jurisdiction of the non-existent international tribunal, is not exhaustive», *A-G Israel v. Eichmann*, para 24-5, citado en *Schabas William*, *op. cit.*

universal. Así, el pleno de la Sala en lo Penal de la Audiencia Nacional española ha dicho -por unanimidad- en el caso Pinochet que:

«Discrepa de esta opinión el Pleno de la Sala. El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio -que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave- tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas.

123 Yoram Dinstein, *op. cit.*, pág.19

124 Rollo de Apelación 84/98, Sección Tercera, Sumario 19/97, Juzgado Central de Instrucción Numero 5, Pleno de la Sala en lo Penal de la Audiencia Nacional de España, 4 de Noviembre de 1998.

Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio. Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional»¹²⁴

VI. Conclusiones.

Es innegable que la jurisdicción estatal fundada en la territorialidad constituye la fuente primera en todos los sistemas jurídicos. Sin embargo, como hemos dicho, todos los Estados ejercitan su jurisdicción sobre bases extraterritoriales aún cuando de delitos ordinarios se trata.

En el terreno de los crímenes de derecho internacional o delitos contra el Derecho de Gentes, en virtud de la naturaleza de los mismos, la extra-territorialidad equipara y aún desplaza a la territorialidad como base para el ejercicio jurisdiccional.

La Constitución de la Nación Argentina ha consagrado desde antiguo el carácter especial de los crímenes de derecho internacional. En efecto, dice su artículo 118 que los delitos cometidos fuera de las fronteras de la Nación contra el derecho de gentes se juzgarán en el lugar donde una ley especial del Congreso lo establezca. Y ya se han citado en este trabajo numerosos ejemplos de leyes que reconocen bases distintas de la territorialidad para atribuir jurisdicción a los tribunales argentinos.

También hemos dicho que la Convención contra la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que en sus disposiciones imponen el deber de ejercitar la jurisdicción universal, poseen jerarquía constitucional. Los Con-

.....
 125 Mónica Pinto, *Temas de Derechos Humanos*, 1997, Editores del Puerto, pág.75.

venios de Ginebra de 1949, ratificados en 1956, y la Convención contra el *Apartheid*, que establecen esa clase de jurisdicción, son tratados y, por ende, revisten una jerarquía superior a las leyes ordinarias del Congreso¹²⁵ (art.75, 22, Const.Nac.).

De lo expuesto se desprende que la jurisdicción universal es un principio que reviste jerarquía constitucional -a lo menos- en lo que a los crímenes de tortura y desaparición forzada de personas se refiere. Las graves infracciones al derecho humanitario y el *apartheid*, conjuntamente con otros ilícitos internacionales consagrados en otros convenios, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias.

En consecuencia, el Código Penal y las demás leyes penales especiales no pueden válidamente circunscribir o limitar la extensión jurisdiccional atribuida ya por nuestra Carta Magna o los Tratados de los que la Nación es parte a los crímenes de derecho internacional. El extremo contrario implica un menoscabo evidente a la Constitución Nacional y a los Convenios internacionales que la República -libremente- se ha comprometido a cumplir y respetar.

