

# CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

María Cristina Rodríguez \*

**Sumario:** Cómo han sido definidos. Crímenes que se han perseguido. Origen normativo de los crímenes de lesa humanidad. Crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional contemporáneo: tipificación. A. Genocidio, exterminio y persecución. B. Desaparición forzada de personas. C. Tortura. D. Terrorismo. E. Otros crímenes de derecho internacional internacionales que no fueron objeto de jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. Conclusión

## Cómo han sido definidos

En el lenguaje de juristas, en el texto de acuerdos internacionales, en el utilizado por los tribunales nacionales o internacionales y por los medios de comunicación masiva, se utilizan expresiones tales como *crímenes de lesa humanidad*, *crímenes contra la humanidad*, *crímenes contra la ley de las naciones*. Con ellas se intenta identificar conductas cometidas por individuos y sancionadas por el derecho internacional sin preocuparse de distinguir cuáles ya habían sido definidas y desarrolladas por normas convencionales o consuetudinarias -principalmente por las que regulan los conflictos armados internacionales- de aquellas que han sido reconocidas más recientemente.

Bajo tales circunstancias, crímenes de lesa humanidad serían todas aquellas violaciones gravísimas del derecho internacional que lesionan a la humanidad, aunque materialmente se hayan afectado únicamente los derechos de un grupo de personas <sup>1</sup>. Estas infracciones graves surgen de acciones u omisiones imputables al individuo, generando responsabilidad internacional tanto para el autor como para el Estado que debió actuar en prevención y represión. Definidos de esta forma, estarían comprendidos todos aquellos ilícitos de derecho internacional, por ejemplo, los crímenes de guerra, el genocidio, la agresión, la trata de personas, el narcotráfico, la esclavitud, la tortura, entre otros.

Una definición más acorde con las nuevas normas internacionales nos presenta a los crímenes contra la humanidad como conductas consideradas los ilícitos más graves que se puedan cometer contra la población civil. Sólo serían crímenes si la violación fuese masiva y grave. La masividad puede surgir de graves violaciones simultáneas en el tiempo (por ejemplo, el *apartheid*) o bien de la suma de casos individuales, como por ejemplo, la tortura o la desaparición de personas. La gravedad se reconoce por la afectación de un derecho fundamental de la persona humana, como la vida, la libertad o la integridad personal, entre otros <sup>2</sup>.

Además, de acuerdo con el art. 7º del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, los actos deben ser realizados como parte de un ataque generalizado o sistemático <sup>3</sup> contra una población civil y con conocimiento de ello. Por ataque se entiende la comisión múltiple de las violaciones de derechos humanos, tales como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación, tortura, violación, esclavitud sexual, persecución de un grupo o colectividad por motivos raciales, étnicos, culturales, políticos, religiosos o de género, desaparición forzada de personas, *apartheid*, etcétera.

Además, de acuerdo con el art. 7º del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, los actos deben ser realizados como parte de un ataque generalizado o sistemático <sup>3</sup> contra una población civil y con conocimiento de ello. Por ataque se entiende la comisión múltiple de las violaciones de derechos humanos, tales como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación, tortura, violación, esclavitud sexual, persecución de un grupo o colectividad por motivos raciales, étnicos, culturales, políticos, religiosos o de género, desaparición forzada de personas, *apartheid*, etcétera.

En el documento relativo a los elementos de los crímenes del *Estatuto de Roma* se definen como los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, que justifican y entrañan la responsabilidad penal del individuo por una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo <sup>4</sup>.

Por otra parte, si nuestra definición dependiera de la evolución histórica de las normas del derecho internacional serían crímenes de lesa humanidad aquellos perpetrados contra una población civil, tanto en épocas de paz como de guerra, quedando excluidos los considerados crímenes de guerra de acuerdo a las Convenciones de Ginebra y protocolos facultativos. En este sentido, un informe de la Cruz Roja Internacional elaborado en 1997 aclaró que, a diferencia de las infracciones a las Convenciones de Ginebra de 1949 o a la Convención sobre el Genocidio, “no se incorporó en tratado alguno la definición ni el reconocimiento del principio de jurisdicción universal con respecto a los crímenes contra la humanidad, así

que la definición se ha desarrollado de manera poco coherente a lo largo de la historia relativamente breve del empleo de la expresión crímenes de lesa humanidad”<sup>5</sup>.

No obstante ello, esta distinción surge simplemente de la codificación del derecho internacional más que de una tajante diferenciación objetiva entre las conductas. Incluso algunas aparecen tanto en la enumeración de actos que constituyen crímenes de guerra como en la de los crímenes contra la humanidad, toda vez que la violación sea de derechos de la población civil.

Asimismo, por su reconocimiento más remoto, lo cual ha significado que se regulase lo atinente a la prevención y sanción por una Convención específica, podría quedar fuera de nuestra definición el genocidio, tal como ha ocurrido con el *Estatuto de Roma*<sup>6</sup>. Este acuerdo se ha limitado a repetir la descripción del tipo penal internacional contenida en la *Convención para prevenir y castigar el crimen de genocidio*.

No ha ocurrido lo mismo con otro tipo de conductas criminales, como la tortura, el *apartheid*, la esclavitud y la desaparición de personas, pues aun cuando hayan sido objeto de convenios especiales, en el Estatuto de Roma no se las ha excluido de la enumeración de los crímenes contra la humanidad.

Por otra parte, la doctrina no es conteste respecto del momento en que ciertos actos humanos empezaron a ser reconocidos como crímenes contra la humanidad. Para algunos la primera referencia habría nacido en 1868 con la *Declaración de San Petersburgo* que limitaba en época de guerra el uso de ciertos explosivos o proyectiles incendiarios porque eran contrarios a las leyes de la humanidad<sup>7</sup>.

Para otros, la expresión crímenes contra la humanidad habría surgido recién luego de la Primera Guerra Mundial<sup>8</sup> ya que con motivo de la matanza de seiscientos mil armenios por parte de los turcos<sup>9</sup>, la Comisión sobre Responsabilidades de los Autores de la Guerra y la Ejecución de Sanciones establecida en 1919 para investigar la responsabilidad de los que violaron las leyes de la guerra recomendó el procesamiento de los militares turcos responsables por crímenes contra las leyes de la humanidad<sup>10</sup>.

También se sostiene que fue el proceso de Nuremberg (1946) el antecedente inmediato<sup>11</sup>, aun cuando en el escrito de la acusación se confundan los crímenes contra la humanidad con el concepto de crimen de guerra y además en la sentencia se resuman todos los crímenes contra la humanidad bajo el concepto de crimen de guerra<sup>12</sup>.

Este hecho no puede ser eludido por la legislación o jurisprudencia nacional. Así, en el Informe para el Parlamento de Canadá -preparado por David Goetz en 2000- a los fines de la redacción de la *Ley sobre Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra* (Bill C-19) se afirma que originariamente el concepto de crímenes contra la humanidad, inclusive el genocidio, fue concebido como una rama dentro de los crímenes de guerra. Este informe reconoce también que sólo más adelante se reconoció que tales ilícitos podían originar responsabilidad internacional con independencia de los crímenes de guerra<sup>13</sup>.

Por otra parte, se ha dicho que la expresión derechos humanos tampoco se halla en el *Estatuto del Tribunal de Nuremberg* y que “en el mismo artículo que trata los crímenes contra la humanidad se nota cierta inseguridad con la calificación de que estos crímenes serían cometidos en la ejecución de un crimen o en conexión con un crimen que queda en la competencia del Tribunal, independientemente si el acto contravenía el derecho del país en que fue cometido”<sup>14</sup>.

Lo cierto es que en el Estatuto se enumeraron el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otras acciones inhumanas, y dentro de las acciones inhumanas implícitamente estaban incluidos la tortura y los tratos degradantes y crueles. En el caso del exterminio, indirectamente se refería al genocidio judío, aun cuando las prácticas no sólo afectaron a este grupo humano.

De los documentos de este período post bélico surge que, basado en el art. 6º c) del Estatuto, el Tribunal juzgó a los responsables por actos propios o por aquellos ejecutados por sus subordinados y entendió que los métodos utilizados y los crímenes constituían violaciones de convenciones internacionales, de leyes penales nacionales y de los principios generales del derecho penal derivados de los sistemas criminales de las naciones civilizadas. Además, según el fiscal, los acusados habían adoptado una política de persecución, represión, exterminio de todos los civiles en Alemania, que ellos consideraban hostiles o podrían serlo respecto del gobierno nazi o conspirar contra él, antes y durante la Segunda Guerra Mundial. A estos ilícitos se agregó la persecución política, racial y religiosa, tanto de opositores políticos como de personas de religión judía, en conexión con los crímenes de guerra y crímenes contra la paz<sup>15</sup>.

Por su parte, los tribunales militares que actuaron en la Alemania ocupada por los aliados y que, en base a la *Ley del Consejo de Control N° 10* aprobada por Francia, Gran Bretaña, Unión Soviética y Estados Unidos a fin de juzgar a otros acusados de crímenes de guerra fuera de los grandes criminales juzgados por el Tribunal de Nuremberg, lo hicieron con mucho más libertad. La principal razón fue que la Ley N° 10 definía los crímenes contra la humanidad sustancialmente en los mismos términos del Estatuto de Nuremberg, pero,

significativamente, no requería la ejecución del crimen o su conexión con aquellos que debía juzgar el tribunal (art. II 1 c). Esto le permitió realizar construcciones jurídicas más novedosas y considerar a los crímenes contra la humanidad preexistentes en el derecho internacional consuetudinario<sup>16</sup>.

Esta última referencia fue retomada en 1950 por la justicia de Israel pues, con la finalidad de condenar a *Eichmann*, los jueces sostuvieron que éste había cometido crímenes prohibidos por la ley de las naciones desde tiempos inmemoriales. Este hecho no es menos importante ya que Israel no existía como Estado en la época en que se cometieron los crímenes, por lo que invocó una supuesta costumbre internacional respetada por otros Estados<sup>17</sup>.

Décadas más adelante la sentencia de la Audiencia Nacional de España (Sala Penal), recaída en el caso *Scilingo*, expresamente reconoció que “los procesos de Nuremberg aplicaron dicho Estatuto, imputaron a individuos una responsabilidad penal, y condenaron por la comisión de ‘crímenes contra la humanidad’. Sin embargo, es verdad que en su etapa inicial este delito estaba vinculado al desarrollo de la guerra. Tampoco entonces estaba claramente establecido que entrara en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, especialmente cuando no estaba vinculado a actos de guerra”<sup>18</sup>.

Más claras y apropiadas resultan las consideraciones vertidas en el fallo *Polyukhovic* por la justicia australiana. A juicio de la Corte Suprema de Australia, antes de 1939 existe la evidencia de la conciencia de que ciertos actos ofenden derechos humanos fundamentales, los que pueden ser llamados crímenes contra la humanidad, pero no hay una real indicación de los límites de dichos crímenes. Bajo tales circunstancias se reconocían ciertos actos como contrarios a las normas humanitarias, por ejemplo en la cláusula Martens, pero no existía una clara distinción con los crímenes de guerra<sup>19</sup>.

En la jurisprudencia nacional existen algunas expresiones que se han ido empleando, a veces de manera bastante confusa, al considerar los crímenes ocurridos durante la última Guerra Mundial y aquellos ilícitos que tuvieron lugar durante la pasada dictadura militar en la República Argentina. Por ejemplo, en el asunto *Simón* (C.S.J.N., 16/6/2005), el voto del juez Boggiano contiene la frase “delitos contra el derecho internacional, delitos contra la humanidad y el derecho de gentes” como si fueran distinto tipo de violaciones, lo cual es un absurdo, ya que derecho de gentes y derecho internacional son lo mismo, y los crímenes contra la humanidad son ilícitos graves contra el derecho internacional denominado en nuestra Constitución Nacional “derecho de gentes”<sup>20</sup>.

Otras veces se ha preferido la expresión crímenes de lesa humanidad de manera de describirlos como los ilícitos más graves de acuerdo al derecho internacional; también la expresión delito para calificar lo que hoy se denominan crímenes. Verbigracia, en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y presentados a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950 se hace referencia a delito y no a crimen.

Algunos instrumentos internacionales contienen la expresión crimen de lesa humanidad sin haberla definido, como por ejemplo la *Convención relativa al Estatuto de Refugiado* de 1951, debiendo ser la justicia nacional la encargada de enmarcar ciertas conductas como crímenes de derecho internacional (de guerra, contra la paz y contra la humanidad).

Asimismo, en el proyecto legislativo de 2004 relativo a la adecuación del ordenamiento jurídico argentino al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -especialmente en lo que respecta a la colaboración comprometida por los Estados Partes- se ha utilizado la expresión *delito* al entender que la palabra crimen no se corresponde con el lenguaje del ordenamiento penal nacional<sup>21</sup>.

### **Crímenes que se han perseguido**

Conforme el derecho internacional ha ido desarrollándose, fueron perseguidas ciertas conductas consideradas delitos, algunas vinculadas con los intereses de los Estados (por ejemplo, la piratería) y otras a los derechos humanos (verbigracia, la esclavitud). En el caso de la trata de personas, ya en 1841 se asimiló el comercio de esclavos con la piratería a través de un acuerdo entre potencias europeas (Gran Bretaña, Francia, Prusia, Austria y Rusia). Sin embargo, la esclavitud no desapareció, pues una investigación sobre la práctica de algunos Estados demuestra que hasta la segunda mitad del siglo XIX la esclavitud era una institución todavía aceptada<sup>22</sup>.

Ciertos crímenes se han perseguido por tribunales nacionales e internacionales con base en normas consuetudinarias, mientras que otros por estar descriptos en tratados o bien luego de haberse indagado en los principios generales del derecho de acuerdo al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>23</sup>.

Si nos atenemos a datos jurisprudenciales del ámbito estatal no podemos hablar de precedentes de peso antes de 1945 y, aún después, es inapropiado afirmar que haya existido un reconocimiento generalizado de la jurisdicción universal. De los escasos casos no se puede confirmar la existencia de una costumbre internacional por la cual la generalidad de los Estados se haya arrogado el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad cometidos fuera de su territorio o por nacionales suyos o contra sus nacionales <sup>24</sup>. Tampoco podemos afirmar que tales antecedentes sean concluyentes para determinar si los crímenes que se han perseguido son los únicos considerados como tales por la comunidad internacional, o bien, si la verificación de la existencia o la interpretación de las normas internacionales al respecto es la correcta <sup>25</sup>.

Por ejemplo, en el caso “Scilingo” el tribunal español entendió que el concepto original de genocidio que surge de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1948 responde a una situación meramente histórica y que la ampliación a la persecución de grupos de población por cuestiones políticas estaba sólo justificada para poder reunir los requisitos habilitantes de la jurisdicción <sup>26</sup>.

Pero no es el único caso en el que la jurisprudencia nacional muestra vacilación en la aplicación del derecho internacional o se ha visto limitada por normas consensuadas por la población de un Estado para despenalizar conductas consideradas crímenes de derecho internacional. En este último caso, baste hacer referencia a las normas que impidieron el juzgamiento de crímenes cometidos por la dictadura uruguaya <sup>27</sup>.

A esto se agrega la existencia de notables diferencias entre los fallos que provienen de tribunales que siguen el sistema del *common law* de aquellos que pertenecen al sistema continental, siendo la mayor parte de la jurisprudencia nacional perteneciente a la cultura occidental. Sin embargo, todos coinciden en la interpretación de la legislación nacional a la luz de las normas internacionales y su vinculación con principios generales del derecho.

Verbigracia, en la jurisprudencia anglosajona se advierte mayor prudencia al momento de fundamentar las decisiones. En general, las sentencias hacen mención a jurisprudencia nacional e internacional y prácticamente se remiten a idénticos casos, los que no son demasiados. Y aun cuando en algunos se hable de costumbre jurídica internacional denotan la existencia de un gran vacío temporal entre la persecución de criminales de guerra luego de los tribunales internacionales militares de Nuremberg y Tokio y el juzgamiento más reciente de individuos por estos crímenes o por crímenes contra la humanidad. Esta última, además, data de principios de los noventa, coincidiendo con la disolución de la Unión Soviética. Por lo demás, también hay que reconocer que hay precedentes en los que los tribunales se han declarado incompetentes <sup>28</sup>, por no mencionar el refugio dado a dictadores africanos en varios países europeos o a la falta de actividad frente a denuncias cursadas en sus territorios <sup>29</sup>.

Entre la jurisprudencia anglosajona podemos citar el asunto *Polyukhovich* (1991), en el que el Tribunal Superior de Australia juzgó a un ucraniano nacionalizado australiano por crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Aun cuando también se refirió a los crímenes contra la humanidad sostuvo que existen pocos precedentes en las leyes y jurisprudencia nacionales.

También debemos mencionar el proceso que en 1998 enfrentó a los gobiernos español, británico y chileno por la extradición de *Pinochet* solicitada por España. El tribunal inglés y la Cámara de los Lores debieron analizar la relación entre la inmunidad de jurisdicción de un jefe de Estado, la de un ex jefe de Estado y la de un senador, reconociéndose finalmente que ciertas conductas eran crímenes de lesa humanidad, en particular, la tortura. De acuerdo con la decisión, los hechos punibles sólo eran aquellos perpetrados luego de 1988, fecha en que Gran Bretaña adhirió a la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes* de 1984, lo que confirmaría la falta de una costumbre jurídica internacional de vieja data o bien la jerarquía del principio de legalidad en ese sistema jurídico.

Otra fue la interpretación de la justicia norteamericana en el asunto *Siderman* pues, a pesar de haber ratificado el acuerdo ya referido en 1988, reconoció el origen consuetudinario de la norma internacional que prohíbe la tortura calificándola además como de *ius cogens* <sup>30</sup>.

Fuera de estos precedentes provenientes del sistema *common law*, encontramos el asunto *Miniashyaka*, quien era un ruandés acusado ante la justicia de Francia por genocidio y crímenes de lesa humanidad cometidos en su país a fines del siglo XX <sup>31</sup>. También el tratamiento por la Corte Suprema de Justicia de México del pedido de extradición de *Cavallo* (2003) solicitada por el gobierno español. Esta Corte fundó su decisión en normas internacionales que, según su opinión, fueron reconocidas desde 1949. Esto le llevó a efectuar razonamientos jurídicos particulares para cada ilícito imputado a Cavallo, de allí que trató por un lado como crímenes de lesa humanidad a la tortura y al terrorismo y por el otro al genocidio <sup>32</sup>.

En el asunto *Scilingo* (2005), ya citado, al tribunal español le bastaron pocos precedentes para confirmar la existencia de una costumbre internacional, algunos de los cuales se repiten en las decisiones anglosajonas: el caso *Eichmann* resuelto por el Tribunal del Distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel (1961); el juzgado en 1971 por dos tribunales de Bangladesh frente a la solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán “por actos de genocidio y crímenes contra la humanidad”; el asunto *Menten*, llevado ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos en 1981; y por último, el caso *Barbie* resuelto en 1983 por el Tribunal de Casación de Francia <sup>33</sup>.

En otro orden de ideas, se puede advertir que tampoco existe demasiada uniformidad en la persecución -práctica originada en las últimas décadas en Europa- de personas que han cometido o cometen crímenes de derecho internacional en distintas partes del mundo, repitiéndose en esta materia el doble estándar internacional en la protección de los derechos humanos <sup>34</sup>. Esta falta de práctica de los Estados va en contra de aquellas obligaciones asumidas en convenciones internacionales, y hasta cierto punto afectaría la *opinio iuris* de los Estados sobre la materia. También podría ser la indicación de que Occidente entiende que son punibles los actos realizados por un dictador de un país en desarrollo mientras que el jefe de Estado o los miembros del ejército de una potencia deben gozar de inmunidad <sup>35</sup> e inimputabilidad absoluta.

Otras veces el número elevado de autores de crímenes y la necesidad de pacificar una sociedad ha llevado a la aprobación de amnistías o de procedimientos conciliatorios. Un claro ejemplo lo constituye la persecución del *apartheid* en Sudáfrica. Condenado por las Naciones Unidas como un crimen contra la humanidad <sup>36</sup> no fue reprimido de acuerdo con la tendencia iniciada por algunos tribunales occidentales <sup>37</sup>.

Por otra parte, cuando los encargados de juzgar son tribunales internacionales *ad hoc*, como ocurrió en Núremberg y Tokio o como sucede con los instituidos para la antigua Yugoslavia y Ruanda, su competencia temporal, territorial y la falta de permanencia trae como consecuencia la posibilidad de no poder perseguir a todos los autores de crímenes, pues de la misma forma que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha creado a los dos últimos tribunales también puede discrecionalmente resolver sobre su desaparición.

En el ámbito de la República Argentina podemos advertir que la Corte Suprema de la Nación ha ido modificando su jurisprudencia y tan sólo muy recientemente se ha atrevido a juzgar ciertas conductas como crímenes de derecho internacional, aunque no con demasiada coherencia <sup>38</sup>. Verbigracia, al principio únicamente ha tratado el pedido de extradición por crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial y partir de 2000, los crímenes contra la humanidad ocurridos en Argentina.

Así, en el caso *Bohne* (1966), ex nazi culpable de aplicar métodos eutanásicos a personas con problemas mentales, la Corte recalcó que se trataba de crímenes graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común, claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados y que caen bajo la represión de la ley penal en todos los tiempos y en todas las naciones. Sin embargo, en el asunto *Schwammberger* (1990) no se puso a analizar el tipo de conducta imputada a los fines de la extradición, a pesar de que el procurador general de la Nación expresamente había indicado que se trataba de crímenes contra la humanidad.

En los casos *Priebke* (1995), respecto al cual había un pedido de extradición por crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial, y *Arancibia* (2004), vinculado con hechos ocurridos fuera de Chile pero como consecuencia de la dictadura militar de Pinochet, se abocó a un análisis más profundo de los ilícitos, enumerando al genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos como crímenes contra la humanidad que atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 C.N.

Luego, hubo un cortocircuito con el asunto *Lariz Iriondo* (2005), pues la Corte entendió que en el derecho internacional no todos y cada uno de los actos de terrorismo calificados en tratados internacionales pueden reputarse delitos de lesa humanidad <sup>39</sup>.

Por último, en el asunto *Simon* (2005) afirmó que la tortura, los tratos crueles y la desaparición forzada de personas constituyen crímenes contra la humanidad <sup>40</sup>.

No alcanzó a tratar el asunto *Luo Gan* (2006) ya que se limitó a expedirse sobre su incompetencia debido a que este funcionario chino se había ausentado del país. Hubiera sido interesante conocer cuál hubiera sido su criterio respecto de crímenes de derecho internacional frente la inmunidad de jurisdicción de un diplomático extranjero <sup>41</sup>.

En el ámbito jurisdiccional internacional los tribunales penales creados para perseguir a aquellos individuos acusados de crímenes de derecho internacional en la antigua Yugoslavia y en Ruanda fueron facultados a perseguir el asesinato, el exterminio, la reducción a esclavitud, la expulsión, la detención, la tortura, la violación, la persecución por razones políticas, raciales y religiosas y otros actos inhumanos, cometidos en el cuadro de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil en razón de su pertenencia nacional, política, racial o religiosa (art. 5º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional

para la ex Yugoslavia y art. 3º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda). Sus estatutos no contienen ni el *apartheid* ni la desaparición forzada de personas, crímenes incluidos en el *Estatuto de Roma*.

### Origen normativo de los crímenes de lesa humanidad

Nuevamente se presentan distintas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, ya que no todas las conductas reconocidas actualmente como crímenes de derecho internacional lo han sido en la misma época, lo que ha generado una controversia acerca de la fuente de la normativa internacional.

A diferencia de los crímenes de guerra, respecto de los que se ha indicado que su origen ha sido consuetudinario, receptándose los usos y costumbres en tratados de derecho internacional humanitario <sup>42</sup>, en el tratamiento de los crímenes de lesa humanidad se evidencian posiciones encontradas, abonadas por la falta de normativa convencional a la fecha del hecho y, en algunos casos, por ser el reconocimiento universal demasiado reciente <sup>43</sup>.

En el asunto *Tadic* el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia entendió que el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal del individuo por su perpetración no habían sido seriamente discutidos <sup>44</sup>. En tanto, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda subsumió los crímenes contra la humanidad en el genocidio y calificó a la limpieza étnica y la violencia sexual <sup>45</sup> como actos de genocidio (casos *Kasiyama* y *Ruzindana*).

En el ámbito jurisprudencial nacional encontramos que existe cierta confusión, pues algunos tribunales fundamentan la persecución de estos crímenes con basamento en la costumbre internacional (caso *Finta*) <sup>46</sup>, mientras que otros, ante la falta de práctica y *opinio iuris* de los Estados, entienden que son los principios generales de derecho (principio de justicia) los que vienen a llenar el supuesto vacío legal y permiten salvar el problema de la irretroactividad de la norma internacional (caso *Pulyukhovich*) <sup>47</sup>. También se han hecho valer artículos de acuerdos internacionales que hacen referencia a estos principios generales del derecho (caso *Barbie*) <sup>48</sup>. Por otra parte, a veces se cita jurisprudencia internacional, como la de los tribunales penales internacionales (Yugoslavia y Ruanda), pero ella no es práctica nacional. La práctica nacional de los Estados está dada por la legislación y la jurisprudencia nacional, o surge de la aprobación y ratificación de los acuerdos internacionales como el *Estatuto de Roma*, apareciendo a partir de esa instancia la *opinio iuris* de que ciertas violaciones graves de derechos humanos son crímenes de derecho internacional, por ejemplo, la violencia sexual.

En el asunto *Scilingo* el tribunal español no aportó mayor claridad pues entendió que la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 1973 “ha venido a determinar que el crimen contra la humanidad sea, en la actualidad, un crimen de naturaleza mixta, convencional (Estatuto de la Corte Penal Internacional, Tratados de Derechos Humanos, Tratado de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, jurisprudencia internacional, etc.) y consuetudinaria (práctica interna y *opinio iuris* de los Estados), lo que implica la interacción de dos clases de normas”. En su opinión “existiría una *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe el genocidio, la trata de esclavos o la agresión o, en general, los crímenes contra la humanidad”.

Más adelante se contradice y expresa: “el Tribunal de Nuremberg no se limitó a juzgar y a condenar los crímenes de guerra que eran convencionalmente preexistentes, sino que se crearon nuevas categorías de delitos evitando que muchas otras conductas distintas de los crímenes de guerra quedaran fuera: los crímenes contra la paz (hoy de agresión) y el crimen contra la humanidad. El argumento utilizado fue que debía ceder el principio de *nullum crimen sine lege* cuando representara una inmoralidad mayor dejar sin castigo a determinadas conductas especialmente atroces”. A nuestro entender, jurídicamente es bastante objetable que un tribunal, nacional o internacional, cree la norma. Este hecho no se puede considerar un precedente a los efectos del derecho internacional consuetudinario. Y si se reconoce que simplemente se dejó de lado el principio de legalidad se está afirmando que no existía norma alguna ni derivada del derecho consuetudinario ni de los principios generales del derecho.

En párrafos siguientes el tribunal español vuelve a caer en otra contradicción cuando manifiesta: “Que no existiera un tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas”. Tal argumento puede ser aplicado a normas convencionales, porque si se tratara de verificar la existencia de una costumbre jurídica internacional la lógica consecuencia de tal razonamiento sería el reconocimiento expreso de una

costumbre que obliga a la abstención de hacer cumplir o sancionar la infracción o en el peor de los casos que tal costumbre jurídica no existe.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina tuvo oportunidad de expedirse en los asuntos *Priebke* (1995) y *Arancibia Clavel* (2004) siendo los primeros en los que analiza concretamente la temática de los crímenes contra la humanidad. En ambos da una importancia capital al derecho consuetudinario, aunque no indica cuáles son los precedentes legislativos y jurisprudenciales de los que resulta la práctica de los Estados <sup>49</sup>. Y particularmente en el segundo habla de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada.

A esta falta de coherencia de la Corte se agrega la calificación de *ius cogens* a normas internacionales que ni los Estados reconocen como tales, ni la doctrina o la jurisprudencia internacional han verificado que posean tal cualidad. Incluso la Corte Internacional de Justicia es sumamente escueta al mencionar obligaciones *ius cogens*. Algunos de sus fallos no tienen en cuenta los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, específicamente aquél en el que calificó como normas de *ius cogens* las que prohíben la agresión, la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*, aclarando que ello no implicaba una enumeración taxativa <sup>50</sup>. Esta afirmación, sin embargo, no pareciera autorizar a tribunales nacionales a ampliar esta cualidad imperativa a todas las normas internacionales protectoras de los derechos humanos, y aquellos tribunales que lo han hecho han originado una importante confusión, ya que en vez de decir el derecho lo han interpretado en sentido demasiado extenso <sup>51</sup>.

Es elocuente esta circunstancia en el asunto *Priebke* cuando asegura que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios de *ius cogens* del derecho internacional, quedando en una afirmación sin la fundamentación correspondiente <sup>52</sup>. En el caso *Arancibia* expresa sin ningún sustento jurídico que la *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* “sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario” <sup>53</sup>.

Otro tanto ocurre en el voto de un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando en el caso *Simón* no alcanza a definir cuál es el origen del derecho imperativo, pues por un lado expresa que se halla por encima de todas las fuentes del derecho y más adelante asegura que existen fuentes del derecho internacional imperativo y pasa a referirse a convenciones y práctica consuetudinaria <sup>54</sup>.

Por ello, para enmarcar cualquier estudio relativo a la relación entre el *ius cogens* y los crímenes internacionales no hay que olvidar lo sostenido por la Comisión ya referida, cuando afirma que la categoría de las obligaciones internacionales respecto de las cuales no se permite derogación alguna es más amplia que la de las obligaciones cuya violación es necesariamente un crimen internacional <sup>55</sup>.

También es interesante lo expresado por Cherif Bassiouni sobre la creencia de algunos estudiosos de identificar las fuentes del *ius cogens* con el derecho internacional consuetudinario, la de otros de distinguir entre las fuentes y, finalmente, la de aquellos que consideran que el *ius cogens* es simplemente otro camino semántico para describir ciertos principios generales. Además, agrega que la doctrina reconoce los siguientes crímenes como *ius cogens*: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, piratería, esclavitud y tortura. Según este jurista, el reconocimiento como conductas prohibidas por el *ius cogens* surge de: la *opinio iuris* que reflejaría el reconocimiento que tales crímenes son parte del derecho consuetudinario; del lenguaje de los preámbulos de los tratados aplicables a tales crímenes; del gran número de Estados que han ratificado los tratados referidos a ellos; de las investigaciones internacionales particulares y de la persecución de quienes han cometido los crímenes <sup>56</sup>.

## **Crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional contemporáneo: tipificación**

En el derecho internacional ha habido una evolución normativa bastante marcada de los elementos de los crímenes contra la humanidad.

Contemporáneamente son definidos sobre la base de los criterios gravedad y masividad. Gravedad por el tipo de derecho humano lesionado <sup>57</sup> y masividad por la cantidad de violaciones. Pero también se indica que debe existir un móvil -sea político, racial, religioso, social o cultural- para cometer tales ilícitos <sup>58</sup>.

De acuerdo con el Documento ICC/ASP/1/3 relativo a los elementos de los crímenes del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* existen elementos materiales (por ejemplo, tortura, deportación) y elementos subjetivos (intencionalidad y conocimiento) <sup>59</sup>. Pero además es necesario que la violación de las normas de derecho internacional se dé en el contexto de un ataque generalizado o sistemático sobre una

población civil o una parte de ella. Así, en los asuntos *Kayishema y Ruzindana* (1999) el Tribunal Penal Internacional para Ruanda indicó que el ataque debe ser a una población predominantemente civil y aunque hubiera no civiles entre ella no cambia el carácter de la población<sup>60</sup>. En los hechos este ataque se origina en instrucciones de los gobiernos o con su aprobación (por ejemplo, escuadrones de la muerte) que pueden ocurrir en épocas de guerra o de paz.

A la luz del derecho internacional contemporáneo son considerados crímenes contra la humanidad los siguientes hechos: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, expulsión, persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos, sociales o culturales, genocidio, apartheid, actos inhumanos contra una población civil, encarcelamiento, tortura, violación, práctica sistemática de desapariciones forzadas. Pareciera quedar fuera la trata de personas, cierto tipo de discriminaciones aun cuando lastimen la conciencia de la humanidad, el narcotráfico y el terrorismo. Tampoco se ha considerado con demasiada frecuencia la violación del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos.

#### A. Genocidio, exterminio y persecución

Desde nuestro punto de vista el crimen de genocidio -regulado independientemente en una Convención particular o enumerado aparte en el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, en los estatutos de sendas cortes penales para la ex Yugoslavia y Ruanda y en el *Estatuto de Roma*- no deja de ser una particular y gravísima violación de las normas internacionales relativas a los derechos humanos y consiguientemente contra la humanidad. Así lo destacó el Tribunal Penal para Ruanda en el asunto *Akayasu* en 1998, calificándolo también de crimen contra la humanidad<sup>61</sup>.

Al respecto parece haber cierto acuerdo en seguir la definición de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio* de 1948 para describir la conducta típica antijurídica internacional<sup>62</sup>, por más que algún tribunal haya intentado incluir en el crimen de genocidio a la persecución y matanza de grupos de personas con cierta orientación política o a consecuencia de cierto terrorismo de Estado<sup>63</sup>.

De acuerdo con este tratado es un delito de derecho internacional que puede ser cometido en tiempo de paz o de guerra y considera actos genocidas a todos aquellos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, tales como: la matanza de miembros, la lesión grave a la integridad física o mental de miembros, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas para impedir los nacimientos dentro del grupo y el traslado de niños del grupo a otro grupo (arts. I y II).

Resulta por ello correcta la apreciación realizada por la justicia canadiense en el asunto *Zolfagharkhani*, el que trató la situación de un extranjero al que se le negó el estatuto de refugiado por hallarse comprendido en la excepción referida a los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad. Si bien el tribunal consideró que la utilización de armas químicas contra los kurdos en una situación de combate repugnaba a la conciencia de la civilización, ello no implicaba que hubiese habido intención de cometer un acto genocida<sup>64</sup>.

Por otra parte, en las demandas introducidas ante la Corte Internacional de Justicia el 20 de marzo de 1993 y el 27 de julio de 1993, *Bosnia-Herzegovina* acusó a la República Federal de Yugoslavia de haber seguido, y seguir, una práctica sistemática de “limpieza étnica” sobre la población de Bosnia-Herzegovina; devastar ciudades, villas, distritos; bombardear centros de población; sitiar ciudades, especialmente Sarajevo; y privar de alimentos a la población civil<sup>65</sup>, buscando la destrucción, en particular, de la población musulmana. Fundamentó sus pretensiones en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en el derecho internacional de la guerra consuetudinario y convencional y en la Carta de las Naciones Unidas.

Con la problemática de *Darfur* se replanteó el interrogante acerca del asesinato de grupos tribales como ilícito que pudiera identificarse con la categoría de genocidio de un grupo étnico<sup>66</sup>. Este obstáculo había sido ya superado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el asunto *Akayesu*, pues tutsis y hutus fueron considerados como grupos étnicos en base a la interpretación de las normas sobre genocidio en el sentido de grupos estables y permanentes cuya pertenencia se determinaba por el nacimiento. En otras palabras se dio importancia a criterios subjetivos de pertenencia y a la intención de destruir al otro grupo.

Puede que la conducta no sea calificada como genocidio sino como “exterminio” teniendo en cuenta la intencionalidad de la acción (dolo especial). La exterminación como crimen de lesa humanidad consiste en el asesinato masivo de grupos de población civil de manera no accidental sino intencional, pero la intención no

es discriminatoria pues no se ataca a un grupo por el carácter nacional, étnico, racial o religioso <sup>67</sup>. Aquí, entonces, entrarían los grupos políticos. Además debe realizarse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con la intención que la conducta fuera parte de un ataque de este tipo, requisito no exigido para el crimen de genocidio.

En el caso del crimen de “persecución” se amplían las personas protegidas ya que puede darse sobre un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, culturales, étnicos, religiosos o de género, y se exige también que ocurra como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y con conocimiento de ello.

En la jurisprudencia nacional se ha tratado el de persecución como crimen de lesa humanidad en el caso *Arancibia Clavel*, mientras que el genocidio en el asunto *Priebke* <sup>68</sup>.

En *Priebke* la Corte resuelve en favor de la extradición por genocidio pues entendió que “el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la jefatura a disposición de la jefatura de policía alemana, de entre los trescientos treinta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configura *prima facie* delito de genocidio. Ello así, sin mengua, de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio”. Más adelante agrega: “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional”.

La interpretación de estas afirmaciones nos lleva a suponer que para la Corte no existía diferencia entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad, y lo que ella denomina con esta expresión -en el último párrafo citado- es en realidad el genocidio.

Si bien en *Arancibia Clavel* la Corte Suprema argentina aludió al derecho convencional aprobado con posterioridad a los hechos, la referencia le sirvió para encuadrarlos legalmente en el crimen de “persecución”, ya que reprodujo el art.7.1, inc. h, del *Estatuto de Roma*, el que considera como crimen de lesa humanidad la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o 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...” (párrafo 13).

#### *B. Desaparición forzada de personas*

La *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* de 1994 define este crimen como “la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual impide el ejercicio de recursos legales y de las garantías procesales pertinentes” (art. II).

Para algunos ha sido reconocido consuetudinariamente a partir de los tribunales de Nuremberg y Tokio, mientras que para otros su origen sería posterior <sup>69</sup>. Desde nuestro punto de vista, el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia podría dar una solución valedera, ya que no es demasiado claro el origen consuetudinario de la represión de tal conducta criminal pues no ha constituido práctica común de la generalidad de los Estados su persecución <sup>70</sup>. Esta circunstancia es advertida por la justicia estadounidense en el asunto *Filartiga* <sup>71</sup> al afirmar que no habría suficiente reconocimiento como crimen internacional <sup>72</sup>.

Para la Comisión de Derecho Internacional, el término desaparición forzada de personas es usado para referirse a un tipo de conducta criminal descrita tanto en la *Declaración de las Naciones Unidas para la Protección de todas las Personas de Desapariciones Forzadas* de 1992 (Resolución de la Asamblea General 477/133) como en la Convención Interamericana y reconoce, además, que este ilícito no fue incluido como crimen contra la humanidad en instrumentos anteriores y lo califica como una conducta criminal relativamente reciente <sup>73</sup>.

No obstante esta falencia, como resulta ser un crimen que no prescribe ya que se trata de un ilícito continuado, no habría dificultad en juzgar a los responsables aun cuando la violación sea condenable sobre la base de una costumbre, tratado o principio general del derecho <sup>74</sup>.

Atento lo dispuesto por la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima” (art. 3.1). En consonancia con este acuerdo, el *Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* también propone, en el art. 5º, la obligación de tipificar la desaparición forzada como delito continuado o permanente.

Por ello es que en el caso *Blake* la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que no se daban las bases fácticas para entender en el planteo realizado ya que al momento de juzgar, esta persona había aparecido muerta <sup>75</sup>.

Pero no toda desaparición forzada de personas constituiría un crimen. A tenor de lo afirmado por el Grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre un “Instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre desapariciones forzadas” (2004) se propuso que en su preámbulo se estableciera que la desaparición forzada constituye, en principio, un delito, y sólo en determinadas circunstancias, un crimen contra la humanidad”. En otras palabras, la violación además de ser continuada debe ser múltiple.

Por otro lado, en el documento de trabajo presentado por la presidencia del mismo grupo se estableció que “la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional” (art. 2º bis) <sup>76</sup>.

También se ha dicho que la desaparición forzada de personas constituye un trato cruel e inhumano a tenor de las normas que prohíben la tortura. Así, en el caso *Kurt* (1988) la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que, en lo que respecta a los familiares de los desaparecidos, se violaba el art. 3º del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la tortura.

En la jurisprudencia argentina observamos que aunque en 1998 y 2003 la Corte Suprema de la Nación había incursionado en el derecho de los familiares a conocer el destino de sus parientes desaparecidos (casos *Urteaga* y *Hagelin*), es recién en *Simón y Arancibia Clavel* cuando el máximo tribunal argentino trató específicamente este crimen.

En el asunto *Simón* reprodujo lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar”, y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos “ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad”. La evolución del derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a “que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra” (párrafo 21).

En el voto del juez Maqueda se alude a normativa internacional que considera a las desapariciones forzadas como crimen de derecho internacional. Al respecto sostiene que existe “por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, en el caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 1º de marzo de 1984 por ley 23.054 poco tiempo antes de la sanción de las leyes cuestionadas) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Desde esta última perspectiva se lo calificaría de crimen por tratarse de violaciones graves y sistemáticas de normativa internacional vigente.

Explica, además, que “el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la ley de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del

Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2º y 9º del Pacto”.

### C. Tortura

Ilícito grave de derecho internacional por antonomasia, ha sido considerado como una acción previa a los crímenes de genocidio o desaparición forzada, y regulado su persecución y castigo por normas específicas. Había sido abolida en nuestro país desde 1813 y específicamente prohibida por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Si bien los gobiernos de los Estados tienen en claro que es una conducta que deben perseguir y sancionar, su práctica no se ajusta a este reconocimiento. Por caso, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales se han embarcado en una cruzada para lograr que algunos Estados comprendan que se trata de un acto aberrante desde el punto de vista del derecho internacional, no existiendo justificativo alguno, ni siquiera aquel vinculado a la seguridad nacional. Pero a veces la práctica es contraria. Así, la Corte israelí ha expresado que la tortura de determinados prisioneros no constituye un delito <sup>77</sup>, mientras que los Estados Unidos y Gran Bretaña han sido denunciados por actos de tortura a prisioneros en Irak realizados por miembros de sus fuerzas armadas (2005 y 2006) <sup>78</sup>.

La *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes* de 1984 establece que es un delito caracterizado por todo acto que infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, sean éstos físicos o mentales, a fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, o de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación (art. 1º).

Este acuerdo no tendría efectos retroactivos. Al respecto, en el asunto *Simón*, el Dr. Fayt advierte que “fue el propio Comité contra la tortura el que indicó respecto del caso argentino que “a los efectos de la Convención, ‘tortura’ sólo puede significar la tortura practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención. Por consiguiente (...) la Convención no abarca los actos de tortura cometidos [en el caso] en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención...” (CAT/C/3/ D/1, y 3/1988, ps. 7-8, Comunicaciones N<sup>ros</sup> 1988 y 3/1988, “O.R., M.M. y M.S. c/ Argentina”, Decisión del 23 de noviembre de 1989). Ello de conformidad con el principio general de que los tratados rigen desde su entrada en vigor (principio de irretroactividad de los tratados, art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)”.

Para salvar este impedimento otros tribunales han recurrido al derecho consuetudinario. Verbigracia, en 2000 el Tribunal de Apelaciones de Amsterdam sostuvo que si bien la Convención no existía al momento de los hechos había motivos suficientes para considerar que la tortura masiva, sistemática y planificada respecto a civiles ya se consideraba como un crimen de lesa humanidad comprendido en el derecho internacional consuetudinario. Afirmó que una cosa era la aplicación retroactiva, lo cual violaría el principio de legalidad y otra la aplicación retrospectiva de la ley de aplicación de la Convención contra la tortura pues estos actos ya constituían delitos de derecho internacional cuando se cometieron <sup>79</sup>.

De la misma opinión fue el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto *Furundzija* cuando expresó que “el hecho de que la tortura esté prohibida por una norma imperativa del derecho internacional tiene varios efectos a los niveles interestatal e individual. A nivel interestatal, está destinada a privar de legitimidad todo acto legislativo, administrativo o judicial autorizando la tortura. Sería absurdo afirmar de una parte que, dado el valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o reglas consuetudinarias previendo la tortura son nulos y sin efectos *ab initio* y dejar, por otra parte, que los Estados adopten medidas que autorizan o toleran la práctica de la tortura o conceden amnistías a los torturadores. Si tal situación llegara a ocurrir, las medidas nacionales violando el principio general y toda disposición convencional pertinente tendrían los efectos jurídicos antes indicados y no serían, además, reconocidas por la comunidad internacional” <sup>80</sup>.

La tortura individual se transforma en crimen contra la humanidad toda vez que sea parte de un accionar masivo y sistemático. Parece haber cierta uniformidad en algunos fallos al respecto. Por ejemplo, el caso *Filartiga* <sup>81</sup> no podría ser considerado ejemplo de represión del crimen contra la humanidad de tortura ya que se trató de un acto aislado y no de un plan sistemático. Por ello es que el tribunal norteamericano no lo califica más que como contrario a la ley de las naciones. De la misma opinión fue la justicia canadiense

cuando afirmó que para tratarse de un crimen contra la humanidad debe ser cometido de manera sistemática y masiva (asunto *Hjialikhanian*)<sup>82</sup>. A mayor abundamiento, en el asunto *Tadic*, el fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1995) expresó que para que sea crimen de derecho internacional debe ser realizado en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil<sup>83</sup>.

Este requisito se cumplió plenamente en el caso *Simón*. Aquí la Corte Suprema argentina debió resolver si la acción penal por tortura y desaparición forzada de personas resultaba extinguida por amnistía o prescripción. Al respecto formuló razonamientos particulares relacionados sobre las leyes del perdón (ley 23492, conocida como ley de punto final y la ley 23521, conocida como ley de obediencia debida), aprobadas y luego anuladas por el Poder Legislativo, las que desaprobó por inconstitucionales y contrarias al derecho Internacional. La decisión, que marcó un cambio jurisprudencial a partir de la nueva composición del máximo órgano judicial, reinterpretó el concepto de amnistía ya que si bien es una medida legislativa que borra el delito y la pena, la tachó de inválida desde el punto de vista del derecho internacional convencional, por imperio de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* que había sido ratificada por la República Argentina antes de la aprobación de dichas normas eximentes de responsabilidad<sup>84</sup>.

Teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en *Barrios Altos* aclaró que “lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de «autoamnistía». Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos” (párrafo 24).

Pero también debió salvar el obstáculo del principio de la ley penal más benigna. Al respecto expresó: “Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de «irretroactividad» de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”.

En su voto el juez Boggiano aludió a la vigencia de los tratados y en su opinión “por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente”. Si bien habló de derecho consuetudinario, sobre la interpretación de los tratados no resultaría categórica la legislación y jurisprudencia nacional sino la internacional. Por lo demás, entendió que “sobre el particular cabe recordar que esta Corte ha establecido que, como fuente de derecho interno los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (Fallos 321:3555 y sus citas)”. Aquí equivoca el valor de los informes y opiniones de la Comisión, pues nunca pueden ser fuente de derecho interno, pues no surge de la Convención Americana tal naturaleza ni tampoco tienen valor jurisprudencial ya que no es un órgano jurisdiccional.

Pero para asegurarse de que el fundamento jurisprudencial de la Corte Interamericana, al que también se refirió, no fuera considerado suficiente agregó: “Que aun antes de tal jurisprudencia internacional, los delitos contra el derecho de gentes, hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118 de la Constitución Nacional que contempla los delitos contra el derecho de gentes fuera de los límites de la Nación y ordena al Congreso determinar por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. Ello da por supuesto que tales delitos pueden ser juzgados en la República y, cabe entender, también en otros Estados extranjeros. Y además, que esos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad, lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en tal art. 118 sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos (causa «Nadel» registrada en Fallos: 316:567, disidencia del juez Boggiano)”.

Por otra parte, la llamada ley de obediencia debida planteó la inimputabilidad de quienes cometieron actos en base a su situación de subordinación dentro de la estructura militar, tema que se trató en sentencias del ámbito nacional e internacional. Al respecto entendemos que se debe diferenciar entre el accionar sobre la base del cumplimiento de una orden de un superior militar con el convencimiento de su necesidad a pesar

de ser manifiestamente ilegal y la coacción que se puede haber ejercido sobre la persona para que cometa dicho crimen <sup>85</sup>.

#### *D. Terrorismo*

Este crimen tampoco fue incluido en el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* a pesar que se dan varios elementos esenciales de los crímenes contra la humanidad: el asesinato masivo, la intención y conocimiento, ser parte de un ataque contra una población o una parte de ella.

Los tratados específicos tampoco lo definen como un crimen de lesa humanidad, pero tienen en mira eventos que causan graves violaciones del derecho internacional de acuerdo con el ámbito donde ocurren o a las personas protegidas (secuestro de aeronaves, crímenes contra la seguridad marítima, rehenes, ataques a personas internacionalmente protegidas, ataques al personal de las Naciones Unidas, ataque con bombas). Internacionalmente es regulado por normativa internacional, entre otros el Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes, el Convenio para la Supresión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil y el Convenio sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

De resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pareciera desprenderse que el terrorismo puede surgir de actos de un Estado o de organizaciones no estatales pero con su aquiescencia. Así, el terrorismo fue por primera vez contemplado en la resolución 579 de 1985, en respuesta a un acto suicida palestino por el que murieron por el efecto de bombas veinte personas de nacionalidad americana e israelí en los aeropuertos de Roma y Viena. Luego, cuando trató las violaciones de derechos humanos en Kosovo calificó a ciertas prácticas del gobierno yugoslavo como terrorismo (entrega de armas y entrenamiento militar) y con la resolución 1160 caracterizó al terrorismo como actividad no estatal realizada por el Ejército de Liberación de Kosovo y otros grupos e individuos, mientras que entendió que la actuación de las fuerzas armadas serbias eran sólo uso de la fuerza armada.

El art. 2º de la *Convención Interamericana contra el Terrorismo* considera formas particulares de terrorismo, por ejemplo, la toma de rehenes, el secuestro y destrucción de aeronaves civiles, los ataques contra la vida, la integridad física o la libertad de personas internacionalmente protegidas, incluyendo los agentes diplomáticos y en el contexto de los conflictos armados, los actos o amenazas de violencia cuyo propósito primordial es sembrar el terror entre la población civil.

En el caso *Scilingo* se formuló la acusación sobre la base de crímenes de lesa humanidad de genocidio y terrorismo. El Tribunal expresó que “rechaza que se trate exclusivamente de un delito de terrorismo. Resulta cierto que se dan en el caso los elementos penales típicos del delito de terrorismo (elemento estructural y teleológico de esta clase de delitos), pero los hechos van más allá y contienen otros elementos que sólo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala se decanta por esta última calificación, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos”.

La Corte Suprema de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse en el asunto *Lariz Iriondo* llegando a la conclusión de que no todos los actos de terrorismo pueden calificarse como crímenes de lesa humanidad <sup>86</sup>.

#### *E. Otros crímenes de derecho internacional internacionales que no fueron objeto de jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*

##### *1. Esclavitud. Trata de personas. Esclavitud sexual y prostitución forzada*

La esclavitud ha sido quizás el primer ilícito de derecho internacional reconocido por la comunidad internacional y si bien en 1815 se avanzó hacia la prohibición del tráfico de esclavos, no ocurrió lo mismo con respecto a la proscripción de la esclavitud, ya que es recién con el Tratado de Berlín de 1885 cuando se la condena en un acuerdo internacional.

Muchos años más tarde se siguen produciendo hechos que derivan en el sometimiento de las personas y no se habla de esclavitud sino de trata de personas. Este ilícito es definido como el comercio de personas a

los fines obtener de ellos un trabajo forzado, la esclavitud o la servidumbre en fábricas, burdeles, fincas o casas. Pero también se habla del traslado o transporte de la persona para la remoción de sus órganos.

La trata de personas se halla vinculada con el crimen internacional organizado y, aun cuando desde nuestro punto de vista es un ilícito gravísimo, para el derecho internacional convencional no entraría en la categoría de crimen contra la humanidad toda vez que falte la conexión con un ataque contra la población civil, pero podría entrar en otras figuras criminales, como la esclavitud o los tratos degradantes y crueles.

De acuerdo con el *Convenio sobre Trabajo Forzoso N° 29* de la Organización Internacional del Trabajo, trabajo forzoso sería aquel exigido el individuo bajo amenaza de pena, mientras que esclavitud según el art. 1. 1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Esclavitud* de 1953 es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. Las prácticas análogas a la esclavitud están definidas en la *Convención Suplementaria de Naciones Unidas sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud* de 1956 (art. 1°) y comprende: la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, toda práctica en la que la mujer puede ser vendida o cedida sin derecho a oponerse o un niño menor de dieciocho años pueda ser entregado por sus padres o tutor mediante remuneración o sin ella para ser explotado por otra persona <sup>87</sup>.

## 2. Apartheid

La *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, firmada en Nueva York el 30 de noviembre de 1973 ha venido a llenar un vacío legal que tampoco puede considerarse originado en los procesos de Núremberg y Tokio, puesto que la segregación condenada fue aquella de la minoría blanca respecto a la mayoría negra en Sudáfrica comenzó durante la Segunda Guerra Mundial. La Convención establece que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de *apartheid* y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial son crímenes que violan los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales (art. 1.1).

## 3. Violación. Violencia sexual. Embarazo forzado y esterilización forzada

La violación y la violencia sexual son dos crímenes que han sido enumerados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y aun cuando fueron prácticas horribles durante los conflictos armados internacionales y no internacionales, recién ahora han sido tipificadas en un instrumento convencional.

Sin embargo, en el caso *Akayesu* se reconoció que la violación era una forma de agresión parecida a la tortura que se propone la intimación, degradación, discriminación, control y destrucción de la persona. El tribunal definió la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona bajo circunstancias coercitivas. La violencia sexual puede incluir o no la violación.

## 4. Deportación o traslado forzoso de población

El traslado forzoso de población fue admitido al fin de la Primera Guerra Mundial, ya que fue dispuesto por tratados <sup>88</sup>, para pasar a ser considerado crimen de guerra por los tribunales militares internacionales que actuaron a consecuencia de los ilícitos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial,

El *Estatuto del Tribunal Penal Internacional* de 1998 enumera las violaciones graves cometidas en gran escala durante conflictos internacionales y establece que no sólo es crimen de guerra el traslado de habitantes a un territorio ocupado <sup>89</sup> sino también crimen de lesa humanidad. A tenor del art. 7° por deportación o traslado forzoso de población se entiende el desplazamiento forzoso de las personas afectadas por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.

Puede apreciarse asimismo que en el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, adoptado en 1996 por la Comisión de Derecho Internacional, y sometido a consideración de la Asamblea General (A/48/10), se ha incluido a la deportación arbitraria o el traslado forzoso de población dentro de los “crímenes contra la humanidad” (art. 18, g), y a la transferencia o deportación ilegal de personas protegidas (art. 20, a, vii) y la transferencia por la Potencia Ocupante de su población civil al territorio ocupado (art. 20, c, i) en violación a las normas de derecho internacional humanitario, como “crímenes de guerra”. Además, trátase de crímenes contra la humanidad o de guerra la responsabilidad de los individuos no excluye la responsabilidad internacional de los Estados conforme al derecho internacional (art. 4°) <sup>90</sup>.

Si bien no han sido tratados por jurisprudencia nacional, estas violaciones graves de los derechos humanos han recibido la condena en el ámbito internacional, principalmente por las Naciones Unidas. Así, son numerosas las resoluciones aprobadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad respecto al *pueblo palestino* por parte de Israel <sup>91</sup>. Por otra parte, la intervención de Turquía en los asuntos internos de *Chipre* que culminó con el desembarco de tropas turcas en 1974 se pretendió justificar en consideraciones humanitarias <sup>92</sup>. A partir de ese año, Turquía inició una política de traslado y deportación de población grecochipriota, que fue denunciada por Chipre ante la Comisión Europea de Derechos Humanos <sup>93</sup> y condenada por la Asamblea General (resoluciones 3395 (XXX) de 1975, 34/30 de 1979, 37/253 de 1983) y por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (resolución 4 (XXXII) de 1975).

No obstante esta preocupación internacional para la época no había una clara distinción de este crimen contra la humanidad respecto de los crímenes de guerra y del genocidio, a tal punto que la Asamblea General de las Naciones Unidas en las resoluciones 46/242, 47/80 y 47/121 del 25 de agosto, del 16 de diciembre y 18 de diciembre de 1992, respectivamente, hizo referencia a la “limpieza étnica” llevada a cabo en el territorio de Bosnia-Herzegovina como una grave y seria violación del derecho internacional humanitario, calificando a las expulsiones masivas de población civil como una “forma de genocidio”. Seguramente porque cuando se da en el contexto de una persecución por motivos étnicos, religiosos o raciales, buscando la destrucción del grupo, sería subsumida por la categoría genocidio.

En 1998, la brutal represión y persecución de la población de la provincia serbia de *Kosovo* <sup>94</sup>, orquestada por el presidente Milosevic, determinó la intervención del Consejo de Seguridad (resoluciones N<sup>ros</sup> 1160 de 31 de marzo, 1199 de 23 de setiembre y 1203 de 24 de octubre), que actuando bajo el Capítulo VII de la Carta y afirmando la integridad territorial y la independencia política de la República Federativa de Yugoslavia, decidió prohibir la venta de armamento de cualquier tipo a las partes en conflicto, se mostró profundamente preocupado por el desplazamiento forzado de personas en Kosovo y las frecuentes violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y afirmó que la situación no resuelta constituía una “amenaza a la paz y seguridad” en la región. También decidió establecer un tribunal internacional con el propósito de enjuiciar a las personas responsables de serias violaciones al derecho internacional humanitario <sup>95</sup>. Para 2001 el ex presidente yugoslavo Milosevic había sido detenido y al año siguiente se inició su juzgamiento en la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia por los crímenes de lesa humanidad y entre ellos la deportación forzosa de población <sup>96</sup>.

Más adelante, las atrocidades cometidas en *Darfur* (Sudán) llevó a la intervención de las Naciones Unidas y a la de la Corte Penal Internacional. Así, un informe elaborado por indicación del Consejo de Seguridad da cuenta de la deliberada destrucción de los medios de supervivencia con la finalidad de provocar desplazamientos forzados de población <sup>97</sup> y además aclara que para distinguir esta categoría de crimen de los crímenes de guerra es preciso investigar si se trata de actos aislados o esporádicos o bien de una práctica sistemática contra una población civil <sup>98</sup>.

Si bien nuestra Corte no tuvo oportunidad de entender en este crimen, durante el pasado proceso militar muchos argentinos debieron autoexiliarse en otros países. Estos hechos entrarían en el crimen de persecución y no en la modalidad deportación de población, ya que no hubo intención en expulsar parte de habitantes, cosa que sí ocurrió con los decretos N° 81 de 1973 y N° 788 de 1978 que legalizaron la expulsión o “exilio administrativo” en Chile <sup>99</sup>.

## **Conclusión**

Atento el modo en que el derecho internacional se ha ido desarrollando respecto de esta importante temática, creemos que corresponde felicitar a quienes han promovido el reconocimiento de normas que prevengan y sancionen las violaciones graves de los derechos humanos, especialmente su codificación en tratados, y a quienes -a través de su poder jurisdiccional- se han animado a no dejar sin satisfacer los justos reclamos de las víctimas de crímenes de lesa humanidad, no importando cuál ha sido el lugar, el tiempo o las personas involucradas.

## NOTAS

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Docente de Derecho Internacional Público. Miembro del IDIPDI.

<sup>1</sup> En el voto disidente del juez Li para el asunto *Erdemovic*, miembro del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, reitera los razonamientos de Schwelb al comentar que la palabra humanidad tiene dos diferentes significados, el primero relativo a la raza humana o humanidad, y otro referido a la humanidad como una cierta cualidad de comportamiento. En la Carta de las Naciones Unidas y en otros documentos básicos la palabra humanidad tendría este último sentido. El crimen contra la humanidad es una violación de ciertos principios generales del derecho, los cuales, en ciertas circunstancias y por sus repercusiones más allá de las fronteras internacionales o por su magnitud o salvajismo, traspasa cualquier límite de lo que es tolerable por una civilización moderna (párrafo 26).

<sup>2</sup> Para la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas cuando se habla de violación grave en derecho internacional se hace referencia a la magnitud de la violación, ya que podrían existir formas menos graves de violación de normas imperativas. Agrega que en la esfera de los derechos humanos cuando se trate de violaciones sistemáticas no se aplicaría la regla del agotamiento de los recursos internos.

<sup>3</sup> Respecto de la violación sistemática, la Comisión de Derecho Internacional entiende que se caracteriza por realizarse de manera organizada y deliberada.

<sup>4</sup> Documento ICC/ASP/1/3. Correspondiente a la Parte II (B) del Reporte de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su Primera Sesión (3-10 de septiembre de 2002).

<sup>5</sup> Informe de 10 de diciembre de 1997 de la Cruz Roja Internacional. *El régimen de consentimiento del Estado contra la jurisdicción universal. Crímenes de guerra-Crímenes contra la humanidad-Crímenes de genocidio*.

<sup>6</sup> “*El crimen de genocidio comenzó siendo una clase de crimen contra la humanidad, pero ahora puede ser considerado un crimen separado -el mismo constituye una categoría- por la específica intención requerida*”. Conf. FRULLI, M., “Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?”, *European Journal of International Law*, 2001, vol. 12, N° 2, 329-350.

<sup>7</sup> SAUTENET, V., “*Crimes Against Humanity And The Principles Of Legality: What Could the Potential Offender Expect?*”, Universidad de Essex, E Law. Murdoch University *Electronic Journal of Law*, vol. 7, N° 1, marzo 2000.

<sup>8</sup> En el Preámbulo de las convenciones de La Haya sobre la guerra terrestre de 1899 y 1907 se aludía al principio del derecho de gentes que resulta de los usos establecidos por las naciones y de las exigencias de la conciencia pública.

<sup>9</sup> DE SAYAS, A., “Memorandum on The Genocide against the Armenians 1915-1923 and the application of the 1948 Genocide Convention”, *American News Network*. La represión del crimen de genocidio -llamado exterminación, asesinatos masivos o masacres- como la obligación de indemnización a las víctimas, fue considerada por los aliados en la Primera Guerra Mundial e incluida en el texto del Tratado de Sèvres del 10 de agosto de 1920 entre los aliados y el Imperio Otomano. Este tratado preveía no sólo la persecución de los oficiales turcos por crímenes de guerra sino también los crímenes cometidos contra población civil de Turquía de diferente origen étnico, en particular armenios, crímenes que hoy entran dentro del concepto de genocidio o de crímenes contra la humanidad.

<sup>10</sup> Estados Unidos se opuso al procesamiento de los militares turcos argumentando que el crimen de genocidio no existía conforme al derecho internacional positivo. Como el Tratado de Sèvres (1923) no fue ratificado y en su lugar se aprobó el de Lausana (1927) que amnistió a los turcos, quedaron sin castigar tales ilícitos.

<sup>11</sup> “*Crimes against humanity have existed in customary international law for over half a century and are also evidenced in prosecutions before some national courts. The most notable of these trials include those of Paul Touvier, Klaus Barbie, and Maurice Papon in France, and Imre Finta in Canada. But crimes against humanity are also deemed to be part of jus cogens-the highest standing in international legal norms*”. BASSIOUNI, Ch. *Crimes Against Humanity*. Crimes of War Project. The Book.

<sup>12</sup> HUHLE, Rainer, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, “De Nuremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Internacional de Nuremberg”, *Revista Análisis Político*, N° 55, septiembre-diciembre, 2005, Bogotá, p. 24.

<sup>13</sup> Sumarios legislativos. LS-360E-Bill C-19-Crimes against Humanity and War Crimes Act., 5 April 2000 Revised 15 June 2000.

<sup>14</sup> HUHLE, Rainer, *ibid.*, p. 23.

<sup>15</sup> Vide en general *The Avalon Project at Yale Law School. Nuremberg Trial Proceedings* ([www.yale.edu/lawweb/avalon/wwii](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/wwii)).

<sup>16</sup> El tribunal militar norteamericano sostuvo que “el crimen contra la humanidad es el producto del Estatuto o del derecho consuetudinario, o, como creemos en ambos, nosotros encontramos que no es injusto juzgar a personas por tales crímenes. Ellos conocían que tales actos estaban equivocados y sancionados cuando los cometieron”. En el caso *List* sostuvo que los crímenes definidos en la ley N° 10 “eran crímenes bajo reglas de derecho internacional preexistentes, algunas convencionales y otras de derecho consuetudinario”.

<sup>17</sup> En la sentencia de la Corte de Jerusalén (Asunto Criminal N° 40/61) consta la referencia a la ley israelí que otorgaba competencia temporal y material al tribunal en los siguientes términos: “*At the outset, we must state the reasons for our Decision (No. 3 given on 17 April 1961, Session 6) relating to our jurisdiction to try this case. It is the duty of the Court to examine its competence ex officio even without the question having been raised by the Accused; indeed, even if the Accused had consented to be tried by this Court, we would not have been entitled to try him unless the law empowers us so to do. The law which confers on us jurisdiction to try the Accused in this case is the Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law 5710-1950 (hereinafter referred to, for short, as “the Israeli Law”, “the Law in question” or “the Law”). Section 1(a) of the Law provides: “A person who has committed one of the following offences (1) during the period of the Nazi regime in a hostile country, carried out an act constituting a crime against the Jewish People; (2) during the period of the Nazi regime, carried out an act constituting a crime against humanity, in a hostile country; (3) during the period of the Second World War, carried out an act constituting a war crime, in a hostile country; is liable to the death penalty.” The three above-mentioned classes of crimes - crime against the Jewish People, crime against humanity, war crime - are defined in Section 1(b) (see infra) (pár. 4).*

<sup>18</sup> Sumario 19/1997, Rollo de Sala 139/1997. Juzgado de Instrucción N° 5. Sentencia N° 16/2005 del 19 de abril de 2005.

<sup>19</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Australia: “Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another” (1991). HCA 32, (1991) 172. CLR 501 F.C. 91/026 (14 de agosto 1991), párrafos 69 y 70.

<sup>20</sup> En el párrafo N° 28 de su voto individual expresa “Y, además que estos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en tal art. 118 sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos).

<sup>21</sup> “Art. 2°.- El sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente. Las conductas descritas en los artículos 6°, 7°, 8° y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé. Toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a “crímenes” debe entenderse como “delitos”. Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación Argentina (mayo 2004).

<sup>22</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos antes y durante la Guerra de la Secesión; en Brasil hasta fines del siglo XIX.

<sup>23</sup> Fernández Pons sostiene que del examen de la jurisprudencia se han podido identificar tres respuestas al principio *nullum crime sine lege*: 1) la negación de la vigencia del principio en la incriminación internacional del individuo; 2) la afirmación del principio y la justificación de su vulneración mediante una ponderación de ciertos valores o intereses, y 3) la adaptación del principio a las particulares formas de creación de las normas internacionales. FERNÁNDEZ PONS, X., “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.

<sup>24</sup> En el Commonwealth se adoptó una recomendación -elaborada por la British Commonwealth Relations Office- mediante la que se proponía que a partir del 31 de agosto de 1948 no se iniciaran más juicios por crímenes perpetrados por nacionales alemanes durante la Segunda Guerra Mundial. Esta política fue seguida por Gran Bretaña, Canadá, Estados Unidos y Australia.

<sup>25</sup> En el documento de trabajo presentado en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas durante 1993 se reconoció “la ausencia de criterios precisos para decidir qué tipo de violaciones de los derechos humanos se deben considerar crímenes internacionales” (Documento E/CN.4/Sub.2/1993/10 de 11 de agosto de 1993. *Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales*).

<sup>26</sup> “Es verdad que dicha calificación sirvió, pero afirmamos que sigue sirviendo, como punto de conexión o requisito habilitante de la actuación de la jurisdicción española desde la perspectiva meramente interna, es decir de los previstos en el art. 23 de la LOPJ, necesarios según el orden interno español para la actuación de la jurisdicción española. Nos referimos a que los hechos serían susceptibles también de ser considerados incurso dentro de ese concepto amplio o social de genocidio, ya superado por la más precisa y acorde con el derecho internacional actual, pero todavía desplegando vigencia en el momento actual como derecho penal anteriormente existente, no obstante preferirse ahora por el Tribunal, desde una perspectiva estrictamente penal, calificarlos como crimen de lesa humanidad según el Código Penal en su redacción vigente”.

<sup>27</sup> La ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado de Uruguay N° 15.848.

<sup>28</sup> En Francia en el asunto “Javor et autres c/ X” (1994), Senegal frente a la denuncia presentada contra el ex presidente de Chad *Hissène Habré* (2000), en Bélgica respecto a las denuncias contra Sharon y Bush. En la denuncia en Bélgica al premier israelí Sharon por las masacres de Sabra y Chatila (1982), la Cámara de Casación belga declaró en 2003 que la acusación era inadmisibles por su calidad de jefe de Estado y además porque la ley del 23 de abril de 2003 que admitía la jurisdicción universal había sido derogada. En el asunto *Bush y otros dirigentes americanos* presentada en marzo de 2003 por violaciones a las Convenciones de Ginebra durante la Guerra del Golfo en 1991 se consideró un hecho que era anterior a la ley de 2003 y estos acuerdos sólo autorizaban la persecución de infracciones ocurridas en el territorio de los estados contratantes.

<sup>29</sup> Por ejemplo, el pedido de arresto solicitado respecto al presidente de Sudán Mugabe presente durante 2000 en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sustentable realizada en Johannesburgo (República Sudafricana).

<sup>30</sup> “In light of the unanimous view of these authoritative voices, it would be unthinkable to conclude other than that acts of official torture violate customary international law. And while not all customary international law carries with it the force of a *jus cogens* norm, the prohibition against official torture has attained that status. In *CUSCLIN*, 859 F.2d at 941 -42, the D.C. Circuit announced that torture is one of a handful of acts that constitute violations of *jus cogens*. In *Filatiga*, though the court was not explicitly considering *jus cogens*, Judge Kaufman’s survey of the universal condemnation of torture provides much support for the view that torture violates *jus cogens*. Other authorities have also recognized that official torture is prohibited by customary international law. In *Forti v. Suárez-Mason*, 672 F.Supp. 1531, 1541 (N.D.Cal. 1987), a suit predicated on atrocities committed by the same Argentine military government alleged to be responsible for the torture of Jose Siderman, the district court held that “official torture constitutes a cognizable violation of the law of nations,” and described the prohibition against official torture as “universal, obligatory, and definable. Similarly, in *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 781 (D.C.Cir. 1984) (opinion of Edwards, J.), cert. denied, 470 U.S. 1003, 105 S.Ct. 1354, 84 L.Ed.2d 377 (1985), which involved an action against the Palestine Liberation Organization for its acts of terrorism, Judge Edwards identified torture as a violation of customary international law. Judge Bork, although raising considerable opposition to the application of customary international law in U.S. courts, see *id.* at 801-19 (opinion of Bork, J.), at the same time conceded that the international law prohibition against torture is not disputed” (*Siderman de Blake v. Republic of Argentina*. U.S. 9th Circuit Court of Appeals, 965 F.2d. 699 (9th Circ. 1992).

<sup>31</sup> La sala de acusación de la Audiencia Territorial de Nimes había declarado la incompetencia del juez de instrucción por entender que eran actos de genocidio perpetrados en el extranjero por extranjeros. El Tribunal Supremo francés anuló la decisión en 1998 al considerar que los actos también podían considerarse como crímenes de tortura.

<sup>32</sup> *Vide* en general: BECERRA RAMÍREZ, M., “Caso Cavallo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, ps. 5585-626.

<sup>33</sup> Klaus Barbie fue jefe de la Gestapo en Lyon (Francia) desde 1942 a 1944. Al finalizar la guerra huyó y es recién en 1982 cuando el gobierno francés solicita la extradición a Bolivia, lugar donde él se había refugiado. Concedida la extradición en 1983 es juzgado por una Corte de Casación definiendo los elementos principales: persecución, gravedad, intención, masividad, medios. En la primera instancia los crímenes contra la humanidad tratados fueron aquellos cometidos respecto de los judíos y no sobre los miembros de la Resistencia francesa

<sup>34</sup> Desde un punto de vista cuantitativo han ocurrido muchas y gravísimas violaciones de los derechos humanos a partir de 1945 que hoy constituirían crímenes contra la humanidad, quedando muchas por perseguir o que por diversas razones no han querido ser juzgados. Por ejemplo, los cometidos en Argelia (1954 y 1963), Burundi (1959 y 1962), Etiopía (1945 y 1974), Nigeria (1966 y 1970), Angola (1961 a 1962), Nepal (1966), Indonesia (1965 y 1966), China, Vietnam, Laos (1960), Timor Oriental (1965 y 2000), Israel (1987, 1993, 2000, 2006), Turquía (1984), México (2001), Tibet (1990), Afganistán (1978, 1996, 2001).

<sup>35</sup> Por ejemplo, España y Bélgica cuentan con leyes que garantizan la inmunidad del rey de manera absoluta, tanto por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones como fuera de ellas. Considerando que los crímenes de lesa humanidad son planificados y ejecutados desde el gobierno, es elocuente la incompatibilidad entre la legislación interna y las normas internacionales, entre ellas el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

<sup>36</sup> En 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid* (resolución 3068 XXVIII), cuyo art. 1º dispone: Los Estados Partes en la presente Convención declaran que el *apartheid* es un crimen de lesa humanidad y que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de *apartheid* y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial que se definen en el artículo II de la presente Convención son crímenes que violan los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales. Los Estados Partes en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*.

<sup>37</sup> En un trabajo de investigación realizado dentro del Programa de Transición y Reconciliación del Centro para el Estudio de la Violencia y la Reconciliación de la República Sudafricana (VALJI, Nahla, “Proreconciliación y reparación”, publicado en *Vanguardia Dossier*, “Potencias emergentes: China, India, Brasil y Sudáfrica”, N° 12, julio/setiembre 2004) se expresa: “La Comisión para la Verdad y la Reconciliación (CVR) vio la luz según la Ley para la Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación de 1995 y se le encomendó investigar y consignar los incidentes de graves violaciones de los derechos humanos registrados entre 1960 y las primeras elecciones democráticas en 1994, hallándose facultada para conceder un indulto a sus responsables y elevar determinadas recomendaciones sobre la cuestión de las indemnizaciones. A este fin, la Comisión constaba de tres comités independientes: el Comité de Violaciones de los Derechos Humanos; el Comité de Amnistía y el Comité de Reparaciones y Rehabilitaciones. El trabajo de estos tres comités, sus conclusiones y recomendaciones, culminaron en un informe final de siete volúmenes que ha alentado una nueva y plena trayectoria histórica para el país”. “Hasta la fecha, la CVR parece haberse interesado escasamente en las necesidades de las víctimas. Los autores de la violencia del pasado andan sueltos; algunos incluso ocupan posiciones en las nuevas fuerzas armadas y de seguridad. El gobierno parece ahora reticente a instar más procesos y abundan los rumores sobre otra ronda de indultos. De parte de los supervivientes del *apartheid*, la falta de disposición para aplicar una política de redistribución concertada o para proponer reparaciones de amplio alcance susceptibles de abrazar a todos los sectores de la sociedad, ha significado que en gran medida se ha considerado a la CVR como un ejercicio de actitud benevolente para con los perpetradores de aquellos actos, permitiendo a sus autores irse a casa: a sus grandes mansiones de las áreas residenciales mientras sus víctimas se encuentran casi con las manos vacías y siguen en el paro, las privaciones y la precariedad”.

<sup>38</sup> En un trabajo jurídico referido al fallo Arancibia, Gelli opina que “*la interpretación del alcance del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional -en punto a la norma que prevalece y es superior en el derecho- lo cierto es que la sentencia en “Arancibia Clavel” resulta, además, inquietante por dos motivos. En primer lugar por la amplitud del poder de los jueces que supone -si la regla de la vigencia del derecho de gentes o constitucional consuetudinario se extiende- serán los magistrados judiciales quienes deberán descubrir el alcance, contenido y compatibilidad de tal derecho, nada menos que en materia tan sensible como la penal, pero no sólo en ella. En segundo término, por la caracterización hasta ahora laxa de los delitos de lesa humanidad y la eventual necesidad de subsumirlos en tipos penales nacionales para encontrar en éstos, la sanción pertinente. Como puede apreciarse, los bordes del poder de los jueces se tornan difusos, en una cuestión tan sensible como lo es la de las garantías en materia penal -y por ello mismo permeable a influencias o idearios cambiantes- y en una circunstancia histórica donde aún permanece inconclusa la transición judicial en la República Argentina”*. GELLI, M., “El alcance de la irretroactividad penal y las fuentes del ordenamiento jurídico en el caso “Arancibia Clavel””, L.L., 10/11/2004, p. 8.

<sup>39</sup> En el párrafo 26 la Corte afirma: “Que, en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como actos de terrorismo puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia delitos de lesa humanidad”.

<sup>40</sup> En su voto, el Dr Fayt aclara: “Sobre la cuestión cabe destacar que en el Documento de Trabajo para un ‘Instrumento Internacional Juridicamente vinculante sobre desapariciones forzadas’ de las Naciones Unidas -Ginebra 4 al 8 de octubre de 2004- se ha propuesto que en su Preámbulo se establezca que la desaparición forzada constituye un delito y, en determinadas circunstancias, un crimen contra la humanidad (ver así también la proposición de la presidencia de fecha 6 de febrero de 2005)”.

<sup>41</sup> Luo Gan es un alto funcionario chino, quien habría cometido genocidio y tortura sobre los miembros del grupo religioso Falun Dafa, y fue denunciado por éstos ante la justicia argentina cuando, en diciembre de 2005, visitó nuestro país invitado por el gobierno nacional.

<sup>42</sup> Véase, en general, Revista de la Cruz Roja Internacional, y en particular, el informe de 10 de diciembre de 1997 sobre “Régimen de consentimiento del Estado contra la jurisdicción universal. Crímenes de guerra. Crímenes de lesa humanidad. Crimen de genocidio”.

<sup>43</sup> “*Crimes against humanity have existed in customary international law for over half a century and are also evidenced in prosecutions before some national courts. The most notable of these trials include those of Paul Touvier, Klaus Barbie, and Maurice Papon in France, and Imre Finta in Canada*”. Conf. BASSOUNI, Ch., *Crimes Against Humanity*, Crimes of War Project. The Book.

<sup>44</sup> Decision on the Defense Motion on Jurisdiction, párrafo 76.

<sup>45</sup> Los actos de violencia sexual fueron ignorados por los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

<sup>46</sup> Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá) en el caso Finta (10/5/1989, I.L.R., 82, 438 ss.).

<sup>47</sup> “*Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another*” (1991). High Court of Australia 32: 1991, 172, CLR 501 F.C. 91/026 (14 august 1991).

<sup>48</sup> En el caso *Barbie* se ha dicho: a) esta inculpación pertenece a “un orden represivo internacional al que le es fundamentalmente ajena la noción de frontera”, b) la adhesión de Francia a este orden represivo, c) la consagración, por la resolución

de 13/II/1946 de la Asamblea General de la O.N.U., de la definición de crímenes contra la Humanidad que figura en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, d) la recomendación de las NN.UU. a los Estados, en esta resolución, de perseguir o extraditar a los autores de tales crímenes, e) la conformidad de tales textos con los arts. 15.2. del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 (y al art. 7.2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre), que afirman que el principio de irretroactividad de las leyes penales no se opone a la persecución y condena de personas por hechos reputados como “criminales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de las naciones”.

<sup>49</sup> En el caso *Arancibia Clavel* sostiene que la doctrina y la práctica han calificado muchas veces a las desapariciones como un delito contra la humanidad. En el párrafo 13 afirma: “para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había obligado el Estado argentino desde el comienzo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra”.

<sup>50</sup> *Vide* en general: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, N° 47. *El ius cogens internacional. Estudio histórico crítico*. GÓMEZ ROBLEDO, A., cuidado de la edición, formación en computadora y elaboración de formato PDF: Aurora Jiménez Jardín, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Este jurista comenta que en proyectos relativos a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados se incluían el tráfico y trata de blancas; la piratería y la guerra de agresión. Afirma que Estados Unidos pretendía que las normas *ius cogens* fueran las reconocidas por los principales sistemas jurídicos nacionales y regionales.

<sup>51</sup> “*The presumed “conscience of mankind” was certainly not the conscience of the accused or their accomplices, who might number in the millions. And who would be its lawmakers? Would “common-law crimes,” crimes defined by judges after the fact and not by legislators before the fact, be revived? Appeals to supposed precedents, like “piracy” and the international traffic in slaves foundered on the rocks of fact; on closer examination, although judicial and scholarly dicta were common, real cases supporting universal conscience simply did not exist. Worse, assertions of “universal jurisdiction,” the notion that any state’s tribunal could try any foreigner for his or her acts outside the normal legal reach of the tribunal’s state’s legal process, foundered on the same rocks*” (conf. RUBIN, A., “Action Popularize, Jus Cogens and Offenses Ergo Omnes?”, *New England Law Review*, vol. 35, p. 266).

<sup>52</sup> Vinuesa critica esta afirmación pues entiende que no define cuál es el contenido de la norma de *ius cogens* que invocó para calificar los hechos imputados como delitos contra la humanidad. VINUESA, R., “La aplicación del Derecho Internacional Humanitario por los tribunales nacionales: La extradición de criminales de guerra (A propósito del caso Priebke, Erich s/solicitud de Extradición. Causa nro. 1663/1994)”, *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* N° 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador). LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2005, ps. 311 a 347.

<sup>53</sup> Párrafo 28.

<sup>54</sup> Voto del Dr. Maqueda: “Que esta doctrina relacionada con obligaciones internacionales de un rango superior que prevalecen sobre las normas legales nacionales existía ya antes de la Segunda Guerra Mundial y posteriormente recibió el apoyo de diversos publicistas de derecho internacional en el sentido de que la prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho (párr. 48)”. Párrafos más adelante sostiene: “Que, de acuerdo con lo expresado, las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrante la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos. Es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados un orden normativo -formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional- que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes (párr. 57).

<sup>55</sup> El informe de la Comisión de Derecho Internacional titulado *Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general*, aclara que en el caso del genocidio y de la tortura el carácter imperativo de la prohibición está confirmado por diversas decisiones de tribunales nacionales e internacionales, pero en ningún momento expresa que la naturaleza imperativa de la norma se haya originado en estas jurisdicciones.

<sup>56</sup> BASSIOUNI, Ch., “International Crimes: Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes”, cited: 59 *Law & Contemp. Probs.* 63 (Autumn 1996), p. 63.

<sup>57</sup> En la sentencia del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia recaída en el asunto *Erdemovic* se aclaró que la gravedad está dada por su naturaleza.

<sup>58</sup> En el documento sobre los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se aclara que no es necesario que el ataque sea militar, ni tampoco que el acusado conozca todos sus detalles.

<sup>59</sup> ARONEANU, E. (compilador), *Inside the Concentration Camps: Eyewitness Accounts of Life in Hitler’s Death Camps*, Westport, 1996, p. 11. “Traditionally, we have been inclined to think of crimes against humanity as crimes against common law. It would follow, then, that the world would have no reason to be alarmed since every nation has its penal code. If that were so, then Nazi Germany, which also had its penal code, would not have committed all these crimes. And if that were the case, then such a limited number of hangmen could never have executed such an enormous number of victims. If that were really so, then the German public authority would have been sufficient to end these shameful deeds without first requiring the invasion of the Allies. Crimes against humanity are only vaguely related to crimes against common law. As long as society is subordinate to common law, the victim always retains the possibility of seeking help from public authority. In the case of crimes against humanity, those concerned stand there completely powerless. No one interferes, not the police, not the mayor, not anybody. Public authorities are no longer able to provide protection to those who innocently come in conflict with the penal code. And that’s not the only thing. Because public authorities don’t see to it that common law is respected, they become accomplices in the crimes against humanity through their participation in the arrest of the victims. Put it goes even farther than that. The railroad transports the victims, civil servants execute the laws, the press stirs up hatred in the people, manufacturers build gas chambers and ovens, doctors exceed their authority, the pharmaceutical companies test their medications on prisoners, the financing of the whole nefarious business is assured”.

<sup>60</sup> ICTR Trial Chamber), May 21, 1999 “[T]he targeted population must be predominantly civilian in nature but the presence of certain non-civilians in their midst does not change the character of that population” (párr. 128).

<sup>61</sup> “Aussi, comme elle l’a déjà déclaré, la Chambre considère que le crime de génocide constitue le crime des crimes et décidera de la peine en conséquence. S’agissant du crime contre l’humanité, la Chambre considère, comme l’ont fait avant elle d’autres juridictions, qu’il est particulièrement choquant pour la conscience humaine puisqu’il caractérise des actes inhumains commis sur une base discriminatoire à l’encontre de populations civiles”.

<sup>62</sup> En el caso *Pinochet* la justicia española sostuvo que si bien la Convención sobre Genocidio no contenía expresamente a la persecución y matanza de personas opositoras políticas al gobierno, tampoco excluía conductas tales como la detención ilegal seguida de asesinato o desaparición, las que en definitiva formaban el genocidio. Otra fue la opinión de la Cámara de los Lorees pues entendió que sólo podía perseguirse el crimen de tortura.

<sup>63</sup> “La delegación francesa presentó un Proyecto de Convención sobre el Genocidio ante la Sexta Comisión: El crimen contra la humanidad, denominado genocidio, es un ataque a la vida que apunta a un grupo humano o a un individuo en tanto que miembro de un grupo humano, principalmente por el hecho de su nacionalidad, raza, religión u opiniones. Que es cometido, favorecido o tolerado por los gobernantes de un Estado. Es perpetrado y se reprime en tiempos de guerra o de paz. Sus autores o cómplices, gobernantes o ejecutantes, deben de responder ante la justicia internacional” (conf. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, “El crimen de genocidio en derecho internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie*, año XXXV, N° 105, setiembre-diciembre 2002. Formato pdf, disponible en [www.jurídica.unam.mx/publica/rev/boletin105](http://www.jurídica.unam.mx/publica/rev/boletin105)).

<sup>64</sup> “Zolfagharkhani v. Canadá” A-520-91. Fereidoon Zolfagharkhani (*Appellant*) v. The Minister of Employment and Immigration (*Respondent*) Indexed as: Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Décary JJ.A., Vancouver, May 20; Ottawa, June 15, 1993.

<sup>65</sup> Asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia). C.I.J., fallo N°91, Excepciones preliminares, 11 de julio de 1996, p. 13 q).

<sup>66</sup> Al respecto se indicó que una tribu constituye una división territorial de poblaciones basada en la creencia de que ellos descienden de un antecesor, existe una jefatura y ellos se llaman por un nombre y hablan una misma lengua.

<sup>67</sup> Asuntos Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, (ICTR Trial Chamber), December 3, 2003, para. 1061; Kayishema y Ruzindana, (ICTR Trial Chamber), May 21, 1999, nota 8 to para. 645 and para. 144; Krstic, (ICTY Trial Chamber), August 2, 2001, para. 500; Vasiljevic, (ICTY Trial Chamber), November 29, 2002, para. 228-229

<sup>68</sup> “Que el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la jefatura de policía alemana, de entre los trescientos treinta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configura *prima facie* delito de genocidio. Ello así, sin mengua, de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio” (párrafo 2).

<sup>69</sup> V.gr., la Asamblea General de la O.E.A. aprobó una resolución que reconoció la desaparición forzada de personas recién en 1983 (AG/Res.666- XIII-0/83 de 17 de noviembre de 1983); mediante la resolución (84) 828 de 26 de septiembre de 1984 el Consejo de Europa promovió la aprobación de una declaración en las Naciones Unidas que la declarara crimen contra la humanidad; la Declaración de Naciones Unidas establece que constituye un crimen contra la humanidad.

<sup>70</sup> En el asunto *Velázquez Rodríguez*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que aun cuando no hubiera existido un texto convencional, la doctrina y práctica internacionales habían calificado muchas veces a las desapariciones forzadas como un delito contra la humanidad.

<sup>71</sup> Case of Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876 1980.

<sup>72</sup> Por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas informó que entre 1988 y 1990, Irak ejecutó a miles de civiles kurdos y había 182 mil personas desaparecidas (E/CN.4/1993/45 de 19 de febrero de 1993).

<sup>73</sup> Informe de la CDI año 2000.

<sup>74</sup> “S’appuyant sur la jurisprudence de la Cour, la Commission a estimé que l’article 2 imposait aux autorités de l’Etat défendeur l’obligation positive de mener une enquête effective sur les circonstances dans lesquelles étaient survenues les disparitions. De plus, cette obligation revêtait un caractère continu puisqu’il se pouvait que les disparus eussent trouvé la mort du fait de crimes imprescriptibles (par.127). A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu’il y a eu violation continue de l’article 2 en ce que les autorités de l’Etat défendeur n’ont pas mené d’enquête effective visant à faire la lumière sur le sort des Chypriotes grecs qui ont disparu dans des circonstances mettant leur vie en danger, et sur le lieu où ils se trouvaient (136)”. *Affaire Chypre c. Turquie*. (Requête n° 25781/94), Corte Europea de Derechos Humanos, 10 de mayo de 2001.

<sup>75</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Blake*. Excepciones preliminares. Sentencia del 2/6/1996.

<sup>76</sup> E/CN.4/2005/WG.22/CRP.2/. Rev.1.9 de febrero de 2005.

<sup>77</sup> En mayo del 2000 la prisión de Jiam (Libano) fue clausurada y los últimos 144 reclusos quedaron en libertad. En esta especie de centro penitenciario, dirigido por la milicia del Ejército del Sur del Líbano en colaboración con el ejército israelí, los detenidos sufrían torturas sistemáticas.

<sup>78</sup> En Estados Unidos existe legislación específica sobre este delito: 502B of the U.S. Foreign Assistance Act of 1961/27. Esta norma establece que un consistente patrón de graves violaciones de derechos humanos internacionalmente reconocidos incluye la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes o la sanción, la detención prolongada sin cargos y la flagrante denegación del derecho a la vida, libertad o la seguridad de la persona.

<sup>79</sup> Tribunal de Apelaciones de Amsterdam del 20 de noviembre del 2000, núms. R 97/163/12 y R 97/176/12. Citado por Amnistía Internacional en el artículo *El delito de tortura y delitos conexos comprendidos en el derecho internacional. Acabar con la impunidad. Justicia para las víctimas de tortura*.

<sup>80</sup> Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Fiscal c. Anto Furundzija Prosecutor v. Furundzija*, Judgment, Expediente N° IT-95-17/1-T 10 párrafo 155.

<sup>81</sup> Joel Filartiga, opositor a Stroessner -quien gobernó Paraguay desde 1954- demandó al inspector general de policía paraguay ante un tribunal neoyorquino por los delitos de tortura y posterior muerte de su hijo en venganza por las actividades políticas de su padre. Más allá de tratarse de un caso civil, este precedente, junto a otros posteriores que ratificaron lo sostenido en “Filartiga”, es valioso, dado que la jurisdicción se acepta por parte de la justicia norteamericana por tratarse crímenes de derecho internacional. “El tribunal aceptó su jurisdicción expresando que se trataba de su interpretación del moderno derecho internacional.

Sostuvo que materias que antes se consideraban como de jurisdicción interna, pueden con el tiempo transformarse en nuevas reglas del derecho internacional consuetudinario. Así ha ocurrido -afirmó- con la tortura oficial, su prohibición es hoy parte de la costumbre internacional del mismo modo que la piratería y el tráfico de esclavos estaban prohibidos antiguamente”. Agregó que “Los tribunales deben interpretar la ley internacional no como era en 1789, sino como ha evolucionado y existe hoy entre las naciones del mundo” y recordó que “la ley de las naciones puede deducirse consultando el trabajo de los juristas, que se refieren expresamente al derecho público o los usos y prácticas de las naciones; o las decisiones judiciales que establecen el derecho vigente” (Idem). El tribunal expresó que “... en esta era moderna el trato de los Estados a sus propios ciudadanos es un problema de preocupación internacional”; asimismo, manifestó que el “... fundamento constitucional de la ley de ilícitos contra extranjeros es el derecho de las naciones que ha sido siempre parte del *common law* federal” (Second Circuit recognized more than ten years ago in the landmark. Case of *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 1980).

<sup>82</sup> *The Minister of Citizenship and Immigration (Applicant) v. Gholam Hassan Hajjalikhani (Respondent) Indexed as: Canada (Minister of Citizenship and Immigration)v. Hajjalikhani (T.D.)*. Trial Division, Reed J., Toronto, August 6; Vancouver, September 11, 1998.

<sup>83</sup> *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, Causa N° IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, párrafo 141.

<sup>84</sup> “20) Que en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos -desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros- cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1º, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino “la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar”.

<sup>85</sup> En el asunto *Erdemovic* el Tribunal internacional no hizo lugar a la excusa de coacción planteada por el acusado y tan sólo consideró que podía ser un atenuante para la pena. Cassese criticó este razonamiento pues sostuvo que el derecho internacional general no excluye la defensa por coacción. Sin embargo, *Erdemovic* se había enrolado en el ejército cuando ya se venían produciendo los crímenes y eran conocidos públicamente.

<sup>86</sup> Este tema ha sido objeto de tratamiento en esta misma publicación por lo que no haremos referencia en particular.

<sup>87</sup> En 2005 se adoptó el primer fallo a nivel nacional de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (leyes 25632) conducta no tipificada en el código penal argentino, y el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

<sup>88</sup> El Tratado de Constantinopla de 1913, que puso fin a la guerra balcánica entre Bulgaria y Turquía, previó que los habitantes de los territorios cedidos por el Imperio Otomano a Bulgaria que optaran por la nacionalidad otomana debían abandonar los territorios cedidos (art. 7º); el Tratado de Atenas de 1913 entre Grecia y Turquía estableció que los habitantes de los territorios cedidos por Turquía a Grecia, que conservaran la nacionalidad otomana, debían emigrar al Imperio Otomano o al extranjero (art. 6º); el Tratado de Roma de 1939 dispuso que debían emigrar obligatoriamente hacia Alemania los habitantes del Alto Adigio que tuvieran la nacionalidad alemana, y podían hacerlo voluntariamente quienes eran de origen alemán. Dicho acuerdo tuvo por objeto poner fin a dificultades fronterizas y evitar la doble nacionalidad; los acuerdos del 17 de julio, del 2 de agosto y del 8 de agosto de 1945, suscritos durante la Conferencia de Potsdam, estipularon la partida de alemanes de Checoslovaquia hacia Alemania (3 millones); de alemanes de Posnania hacia Berlín; de alemanes de los territorios al Este del Oder y del Neisse hacia el interior de Alemania (9 a 12 millones); de minorías alemanas expulsadas de Polonia, Hungría, Rumania y Yugoslavia, etc..

<sup>89</sup> Israel se manifestó consternado por esta inclusión, por lo que no firmó el Estatuto.

<sup>90</sup> Quizás los antecedentes de los artículos citados resulten valiosos para interpretarlos, ya que en el comentario al art. 21 del primer texto del Proyecto de Código, aprobado en 1991 durante el 43º período de sesiones (A/46/10), la Comisión expresó que la deportación o traslado forzoso de poblaciones es un crimen que puede cometerse tanto en tiempo de conflicto armado como en épocas de paz; mientras que en el comentario al art. 22 del mismo Proyecto afirmó: “Es un crimen la instalación de colonos en un territorio ocupado y la modificación de la composición demográfica de un territorio ocupado”. Varias razones han impulsado a incluir estos actos en este artículo. La instalación de colonos en un territorio ocupado constituye un abuso de poder particularmente grave, tanto más cuanto que tal acto puede importar la intención disimulada de anexar el territorio ocupado. Por otra parte, la modificación de la composición demográfica de un territorio ocupado le ha parecido a la Comisión que era de una gravedad que hacía recordar a la del genocidio (E/CN.4/Sub.2/1993/17, pár. 319, 320).

<sup>91</sup> Resoluciones 2253 y 2254 de 1967 de la Asamblea General y 267 del 3 de julio de 1969 del Consejo de Seguridad, que calificaron de nulo el nuevo estatuto de la Ciudad de Jerusalén establecido por Israel; Resolución N° 242/1967 del Consejo de Seguridad, que condenó la adquisición de territorios por la fuerza y exigió a Israel el retiro de tropas y la solución del problema de los refugiados; Resolución N° 3236 de Asamblea General que reafirmó los derechos inalienables del pueblo palestino a la libre determinación; Resolución N° 446 de 1979 del Consejo de Seguridad que declaró que la práctica de Israel de constituir asentamientos en territorios palestinos y otros territorios árabes ocupados desde 1967 carecían de validez legal y le exhortó a desistir de adoptar medidas que afectasen la composición demográfica de la población de los territorios ocupados, incluso Jerusalén; Resolución N° 465 del 1 de mayo de 1980 del Consejo de Seguridad que insistió en la aplicación de la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949<sup>1</sup> e instó a todos los Estados a abstenerse de prestar cualquier ayuda que beneficiara la política de asentamientos de población israelí; Resolución 476 del 30 de junio de 1980 del Consejo de Seguridad, que calificó como nulas las medidas que habían alterado el carácter geográfico, demográfico e histórico de los territorios; Resolución 43/177 de la Asamblea General de 1988 que consideró necesario permitir al pueblo palestino que ejerza su soberanía sobre su territorio ocupado desde 1967; Resolución 697 de 1988 que condenó la deportación de palestinos de los territorios ocupados desde 1967; Resolución 799 del 18 de diciembre de 1992 del Consejo de Seguridad que condenó enérgicamente la deportación de cientos de civiles palestinos efectuada por Israel, la potencia ocupante, y expresó su oposición a toda deportación de esa índole por parte de Israel, etc.

<sup>92</sup> Ante el Consejo de Seguridad el representante turco manifestó que “*cada vez que Turquía hizo uso de la fuerza en Chipre fue como respuesta a una amenaza para la vida de la comunidad turca, a la que Turquía tenía que defender*”. Conf. DÍAZ BARRADO, C., op. cit., p. 46.

<sup>93</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/17, p. 282. La Comisión Europea de Derechos Humanos dijo que en el art. 1 de la “Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, “las Altas Partes Contratantes se obligaron a asegurar los derechos y libertades definidos en las Sección 1 a todas las personas bajo su jurisdicción. Contrariamente a lo alegado por el Estado demandado, la Comisión considera que el término no se limita o es equivalente al territorio nacional de la Alta Parte Contratante en cuestión. Según surge claramente del texto, particularmente en francés, y del objeto de este artículo, así como del propósito de la Convención en su conjunto, las Altas Partes Contratantes se encuentran obligadas a asegurar tales derechos y libertades a todas las personas bajo su autoridad efectiva y responsabilidad, ya sea que dicha autoridad sea ejercida dentro de su propio territorio o en el extranjero” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 38/99. Petición *Víctor Saldaño-Argentina*, 11 de marzo de 1999, párrafo 18).

<sup>94</sup> Sobre la problemática de Kosovo, véase, DRNAS DE CLÉMENT, Z., *La crisis de Kosovo sólo puede ser comprendida en el marco de la escisión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Cba., 1999.

<sup>95</sup> Resolución N° 827 de 1993.

<sup>96</sup> “*Trial Chambers have held in several judgements that deportation is defined as “ the forced displacement of persons by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, across a national border, without lawful grounds”. The crime of forcible transfer has been defined as a forced removal or displacement of people from one area to another which may take place within the same national borders*” (Decision on Motion for Judgement of Acquittal. 16 June 2004. Trial Chamber).

<sup>97</sup> Al tiempo del establecimiento de la Comisión de Encuesta (2004) había un millón de desplazados internos en Darfur y más de 200 mil refugiados en Chad.

<sup>98</sup> Informe de la Comisión Internacional de Encuesta sobre Darfur de las Naciones Unidas, Secretaría General (2005), requerido por resolución 1564 del Consejo de Seguridad de 18 de setiembre de 2004.

<sup>99</sup> LLAMBIAS-WOLF, “The Voluntary Repatriación Process of Chilean Exiles”. *International Migration*, vol. XXXI, 4, 1993, p. 579.