

***IUS GENTIUM* Y CONCEPCIÓN ESTATALISTA DEL DERECHO EN RELACIÓN CON LOS NUEVOS DESARROLLOS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA**

Leopoldo Schiffrin

Emilio Mignone in memoriam

La exigencia de Justicia respecto del terrorismo desatado por los poderes fácticos dominantes en la vida argentina durante los años setenta produjo –al fin– en el derecho de nuestro país, una catarata de novedades que se suman a la corriente que reimplanta y desarrolla los principios del derecho de gentes en el orden internacional.

Que el conjunto de todas las personas humanas formamos una sola comunidad –más allá de todas las diferencias– y que la existencia de ese lazo origina de inmediato derechos y deberes recíprocos, es una conclusión a la que arribaron el pensamiento bíblico y el helénico al llegar a su madurez¹.

1 v. en especial, Félix Flückiger, *Geschichte des Naturrechtes*, vol. I, *Altertum und Frühmittelalter*, Evangelischer Verlag A.G. Zollikon-Zürich, 1954. Esta obra llega hasta Santo Tomás, se ocupa profundamente del pensamiento helénico y del patrístico y solo desde allí aborda el tema bíblico. Sobre el tema de la justicia y su universalidad en el pensamiento bíblico efectué algunas breves indicaciones en el punto 24 de mi voto en el precedente *Schwammberger*, sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, de 30 de agosto de 1989, publicado en *El Derecho* t. 135 (v. el punto indicado en la página 336). Acerca del tema de la noción de Justicia en la Biblia hebrea, me impresiona el estudio de Eliezer Berkovits *Man and God*, Wayne University Press, Detroit, 1969, en sus caps. 5, 6 y 7, titulados, respectivamente, *The Biblical Meaning of Justice, Emeth, the Concept of Truth and Tsédek and Tse daká*. En cuanto al pensamiento judío post-bíblico, éste no utiliza el término “derecho natural”, sino el de “Pacto de Noaj” (Noé) a cuyo respecto formulé algunas reflexiones en mi trabajo “Pro jure mundi”, publicado en la *Revista Jurídica de Buenos*

La historia de la ética social en gran parte consiste en el esfuerzo por dar realidad a esta idea: el derecho tiene su fuente de obligatoriedad en la simple circunstancia de que *todos* los seres humanos *co-existimos*. El fundamento trascendente que da lugar a que la *co-existencia* obligue es, para la tradición filosófica, el carácter trascendente de la razón que habita en cada hombre; para quienes profesamos la fe bíblica, en cambio, la voluntad creadora del Eterno. Solo un fuerte escepticismo –tanto teórico como práctico– puede derrumbar una u otra columna de la apelación trascendente de sobre la cual la *co-existencia* humana origina el derecho común a toda la familia humana.

El contenido de este derecho parte de mínimas certidumbres elementales para construirse en el enorme trabajo de la elaboración racional de la experiencia histórica. Su formulación ha ocupado desde siempre a los profetas, a los moralistas, a los sabios y a los juristas.

Frente a este derecho en estado de permanente devenir, pero afincado raigalmente en la conciencia de todo hombre capaz de dejar que la escuche su oído interno, se levanta la pretensión según la cual la voluntad de los órganos políticos de cada Estado sería la única fuente de producción y obligatoriedad del derecho.

Esta ideología surgió para vigorizar el poder de los Estados modernos europeos en la época de su formación y posterior consolidación. Consiste en el transplante –a un terreno cualitativamente distinto– de la gran discusión teológica medieval concerniente a la autonomía de la razón universal, esto es, si, independientemente de la voluntad de un Dios personal,

Aires, 1998, página 19 y siguientes. Sobre la temática del Derecho Natural en el pensamiento griego y cristiano siempre me ha impresionado la obra de Hans Welzel *Derecho Natural y Justicia Material*, traducción del alemán de Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1957, página 80 y siguientes, y ya con más aproximación a nuestra problemática específica, la obra de Ernst Reibstein *Die Anfänge des neuren Natur-und Völkerrechts*, Verlag Paul Haupt-Berna, 1949. También, para muchos temas, hallo de especial interés la obra *Ius Naturae* de Eustaquio Galán y Gutiérrez, Madrid, 1961; e igualmente, con amplia referencia a la tradición católica, pero con criterio independiente, puede verse la obra de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, reimpresión de 1986.

el derecho y la moral encuentran su directo fundamento en la Razón con mayúscula, que aparece como una concepción idealista de la divinidad frente a la bíblica-existencial.

Los teólogos que se batían por la concepción de mayor fidelidad bíblica –más alejada del intelectualismo helénico– como Duns Scot y Guillermo de Okham, sostuvieron que solo la voluntad divina hacía que un acto fuera bueno o reprochable y, aunque al propio tiempo admitían la capacidad de la razón (con minúscula) para fijar reglas de convivencia, reclamaban la dependencia de la razón respecto del abismo supraracional del inefable misterio divino².

La dudosa hazaña de una parte del pensamiento juspublicístico de la Edad Media tardía fue transportar estas grandiosas visiones teológicas –por completo válidas en su esfera– a la esfera del Estado, equiparando la voluntad de sus órganos a la divina y dotando a la *potestas* estadual de un fiat creativo de todo derecho. Así, aquello que era legítimo argumento y visión teológicos, se degradó a burda mistificación

2 La evolución del pensamiento de los teólogos cristianos medievales y tardo-escolásticos en esta cuestión central la examina con mano maestra Hans Welzel en su obra *Derecho Natural y Justicia Material* ya citada. También Franz Böckle, *Theonomie Autonomie des Menschen-Zur Geschichte der Katholischen Naturrechtslehre*, en Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, ed. Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1974, página 49 y siguientes. Entiendo, como lo reflejo en el texto, que en lo profundo de este tipo de reflexiones se encuentra el punto esencial planteado por la filosofía árabe al que se refiere Maimónides en su *Guía*: la Creación no es producto de la necesidad (racional) sino de la libre voluntad divina (*Guía de los Descarriados* [Peplos], versión castellana de León Dujovne, Ed. Sigal, Buenos Aires, 1955, T.I., página 257). Desde luego, cuando hablamos de “voluntad divina” nos referimos a un último fundamento supraracional que no simbolizamos con la idea de razón, sino con la de “voluntad”, que traduce mejor el sentimiento teísta. Por allí debe buscarse, en mi criterio, la oposición que diferenció a Francisco Suárez de Gabriel Vázquez: este último hacía nacer la obligatoriedad del derecho natural de la Razón pero como derivada de la naturaleza divina (v. Böckle, ensayo citado). Creo que con justicia señala Welzel que a partir de Gabriel Vázquez el derecho natural comienza a desprenderse de su base teísta para transformarse en el derecho natural de la Ilustración, solo apoyado en la Razón necesaria y autónoma, o sea, una divinidad abstracta e impersonal.

Dos palabras sobre la inaplicabilidad de estos esquemas teológicos a la vida estatal. En este sentido ilustra el ejemplo de Okham, que no solo era un gran teólogo sino un vivo polemista político, y que en sus controversias sobre los límites de la autoridad papal se apoyó en el derecho natural según la razón podría descubrirlo. Tengamos en cuenta que fue el Papa a quien primero se trasladó la idea de que tenía una limitada potestad de la cual emanaba todo el derecho positivo de la Iglesia que no fuese de institución divina (v. Arthur Stephen McGrade, *The Political Thought of William of Okham*, Cambridge University, 1974, páginas 175, 177/178).

destinada a legitimar las pretensiones absolutistas de los príncipes sobre el orden estamental de la sociedad medieval³.

Mientras tanto, otros sectores del pensamiento jurídico trasladaban la idea de la primacía de la Razón como fundamento de la ética y el derecho al derecho estadual en la forma de soberanía de las normas abstractas y su autoproducción (esquema que, contemporáneamente, alcanza en Kelsen su mayor desarrollo).

Existen otras soluciones más aceptables para la categorización del derecho estadual, que giran en torno a la labor de estructurar las tradiciones jurídicas de una sociedad dada y las necesidades normativas de la gestión estatal en un orden soportado por el mayor consenso racional obtenible. Pero no debemos detenernos aquí en ello, sino ocuparnos de subrayar la confrontación que el actual derecho de gentes debe sostener con la corriente ideología que ve la fuente del derecho en la voluntad concreta y particularizada de los órganos de cada Estado.

La cuestión es aguda cuando delitos *jure gentium* prescriptos y/o amnistiados en el derecho intra estatal deben ser juzgados por la magistratura del Estado sobre la base de algunas reglas del derecho de gentes que no encuentran correspondencia en el derecho interno, caso que ha abordado con amplísimos fundamentos la decisión dictada el 6 de marzo de 2001 por el Juez Federal de la Ciudad de Buenos Aires, doctor Gabriel Cavallo, en la causa “Simón, Julián y Del Cerro, Juan Antonio”.

La Constitución argentina ofrece la ventaja de que su artículo 118 (antiguo artículo 102 antes de la reforma de 1994) determina que los tribunales penales apliquen el derecho de gentes para delitos ocurridos fuera del territorio nacional y los orígenes históricos de esta cláusula indican que nada se opone a entenderla como un completo reconocimiento a la

3 Sobre esta cuestión ya he realizado algunas reflexiones en mi trabajo “La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino”, publicado en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, comp. Martín Abregú y Christian Courtis, Editores del Puerto, 1997, punto III, página 118 y siguientes.

aplicabilidad interna del derecho de gentes en la esfera penal⁴.

Únicamente debemos tener cuidado en subrayar que el derecho de gentes no desplaza al derecho interno a raíz de que así lo disponga el artículo 118 C.N., sino, por el contrario, que este sometimiento de la cláusula constitucional se debe a la primacía lógica y axiológica del derecho de gentes, la cual no desaparecería con la derogación del artículo mencionado.

Con esto no queremos negar la trascendencia del artículo 118 C.N. que previene –en la órbita penal– el conflicto entre el derecho de gentes y el derecho interno, receptando en el propio ordenamiento interno al *jus gentium*. Y esta recepción se produce en el nivel constitucional supremo, de manera que no se incorporan los preceptos de aquél como legislación sub-constitucional, sino como reglas de nivel constitucional. Vale decir que junto al concepto de “nullum crimen” del artículo 18 de la C.N. existirá el más lato que consagra el artículo 15 segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; junto a las normas de prescripción penal, las de imprescriptibilidad; junto a las facultades de amnistía e indulto, la negación de las mismas para los casos de crímenes de lesa humanidad; para el caso de las definiciones que señalen la obediencia jerárquica como causa de impunidad, la exclusión de esa causal en los delitos señalados. Así, en la estructura constitucional se aloja una edificación que la complementa y la valida, cuyos cimientos y materiales provienen de una fuente independiente del poder estatal. Y de esa manera, la Constitución argentina también es un documento y un fragmento del *jus gentium*.

En resumen, en materia penal el *jus gentium* tiene en el derecho interno argentino categoría constitucional reconocida

4 Dicho artículo reza: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se derivan del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. la actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometida el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de gentes, el congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

mediante su recepción por el poder constituyente originario de 1853⁵.

Advirtamos, empero, que a esta conclusión se podría oponer lo prescrito en el artículo 21 de la ley 48 que reza así: “Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de la provincia, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido”.

Empero, el artículo 21, de acuerdo con el cual el derecho de gentes jugaría solo como norma supletoria y de jerarquía inferior a todo el sistema legal, no resulta consonante con los precedentes constitucionales que llevaron a la sanción del actual artículo 118 de la C.N., especialmente el apartado XV del proyecto de Constitución provisoria de 1811, que proclamaba en términos inequívocos la superioridad del derecho de gentes sobre el derecho interno.

Por otra parte, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, según la reforma de 1994, ha otorgado a los tratados jerarquía suprallegal y a algunos de ellos –referidos a derechos humanos– rango constitucional, aunque condicionado a que no se opongan a ningún artículo de la primera parte de la Constitución (declaraciones de derechos y garantías) y sean entendidos como complementarios de los mismos.

5 En mi trabajo *Pro Jure Mundi* (ya citado en nota 1) tuve oportunidad de decir que para no aplicar esta norma tan terminante sería preciso demostrar que en el ánimo de los constituyentes venezolanos de 1811 (de allí proviene nuestro artículo 118) y de los argentinos de 1853, la referencia al derecho de gentes estuvo sólo dirigida a la hipótesis de la piratería en alta mar –o sea a delitos cometidos fuera del territorio de cualquier Estado– y que ese punto merece indagación. En un espléndido trabajo, titulado *De Schwammergera Massera* (Nueva Doctrina Penal, 1999-B, página 555 y siguientes), Alejandro Luis Rúa realiza –entre tantas excelentes contribuciones– un aporte valioso que pone ante nuestros ojos el panorama de ideas sobre el *jus gentium* propio de la atmósfera intelectual en la que se desarrollaron los primeros proyectos constitucionales argentinos, donde ya el Proyecto de Constitución de Mariano Moreno contenía una norma antecedente del actual artículo 118, que distinguía entre los delitos de alta mar y los delitos contra las leyes de las Naciones (v. ensayo citado, página 561/564, texto y notas).

Agreguemos que la propia Corte Suprema había establecido, con anterioridad a la reforma, la superioridad de los tratados sobre las leyes ordinarias⁶.

De todos modos, cada vez que se haga prevalecer el derecho de gentes sobre el derecho interno de rango constitucional, deberá tenerse en cuenta que ello significa la declaración de inconstitucionalidad del artículo 21 de la ley 48, dictada en 1863, al instalarse por vez primera la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En suma, para ver en el actual artículo 118 de la C.N. la recepción del derecho de gentes en materia penal con rango *constitucional* se parte, obviamente, de optar por una visión del derecho que niega que su fuente principalísima –o exclusiva– se halle en la voluntad de los órganos del Estado y, por el contrario, encuentra su origen en la conciencia jurídica universal a lo que se remite el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cançado Trindade en su voto concurrente en el reciente caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2001.

Tan decisiva resulta la norma dirimente que contiene el artículo 118 de la C.N. que quienes se oponen a las conclusiones formuladas ya en forma agobiadora por la jurisprudencia y la doctrina, guardan silencio sobre ese precepto y se limitan a encerrarse ya no en la letra ni en el espíritu de la ley fundamental, sino a repetir el esquema según el cual ha de admitirse como derecho aplicable por el Estado solo el que directamente emane de sus órganos, pasando por alto que el ordenamiento supremo que crea a esos órganos reconoce la obligatoriedad del derecho emanado por la comunidad universal con independencia de la concreta voluntad de los órganos estatales.

A mi juicio, entonces, solo una concepción del artículo 118 de la C.N. que, insistimos, lo entienda en el sentido de un reconocimiento y recepción del *jus gentium* penal en el orden directo de la Constitución, es capaz de superar las dificultades

6 Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 315, página 1492 y siguientes.

que aparecen si los temas que hoy en día han de ser resueltos en nuestro ámbito, o sea, sentido y efecto de la obediencia jerárquica, de las situaciones de emergencia y de la amnistiabilidad y prescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, se quisieran resolver a la luz de los tratados incorporados con rango constitucional condicionado, o sin ese carácter, pero de todos modos supra-legales.

Al respecto y en primer lugar, encontramos que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, que fue aprobada por la ley 23.328 del 30 de julio de 1986, el 24 de septiembre de ese mismo año, elevándola a rango constitucional el artículo 75 inciso 25 de la C.N., excluye en su artículo 2, puntos 2 y 3, la emergencia y la obediencia debida como causas para justificar la tortura.

Esta norma estaba en vigencia en la Argentina en 1987 o sea cuando fue sancionada la ley llamada *de obediencia debida* (N° 23.521), en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, instrumento también vigente hacía tiempo en el país.

En atención a lo declarado por la Corte en el ya citado caso “Ekmekdjian” con apoyo en otras prescripciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo dispuesto en la llamada *ley de obediencia debida* resulta violatorio de la norma supra legal que prohíbe justificar la tortura con invocación de la emergencia o por la obediencia debida.

Una vez establecida la nulidad de la ley de obediencia debida, ésta desaparece como obstáculo frente al principio de retroactividad de la ley penal más benigna, pues la aplicación de tal principio requiere que la norma penal que otorga mayor beneficio sea válida.

Por tal motivo, la derogación de la ley de obediencia debida mediante la ley 24.492 obliga a los jueces a rechazar las alegaciones que puedan fundarse en la ultra actividad de la ley 23.521, pues ésta era nula *ex-radice*.

Hasta aquí, pues, el juego de las normas para-constitucionales y sub-constitucionales, pero en todo caso supra-legales que hoy integran la estructura del ordenamiento argentino, arroja como conclusión la inaplicabilidad de la excusa creada por la llamada ley de obediencia debida, sin que deba apelarse al principio de supremacía constitucional absoluta del derecho de gentes consagrado en el artículo 118 de la Constitución Nacional.

La dificultad radica, en cambio, en que muchos de los hechos abarcados por la ley llamada de obediencia debida, en general, están prescriptos, excepto que se acepte que, por arriba del derecho interno que declara dicha prescripción, se encuentran las normas internacionales que la impiden.

En este orden de ideas, resulta que la Argentina sancionó, por medio de la ley 24.584, publicada en el Boletín Oficial el 29 de noviembre de 1995, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, mas pese a esta aprobación legislativa, el Poder Ejecutivo nunca realizó el acto de ratificación, aunque puede considerarse la vigente en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena.

Sin embargo, la adhesión de Argentina al instrumento citado es muy posterior a los hechos a los cuales se aplica la llamada ley de obediencia debida, de manera que si el derecho argentino no hubiese receptado en la Constitución la imprescriptibilidad mencionada, que hace inaplicables las normas de prescripción de las leyes ordinarias a los delitos de lesa humanidad, la no aplicación de esos términos de prescripción, si fuera cierto que *existían al momento de cometerse el delito*, produciría el quebrantamiento del principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Precisamente, al votar en el caso *Schwammburger* (sentencia del 30 de agosto de 1988) tuve oportunidad de enfatizar que la norma de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad siempre fue parte del derecho argentino y con rango constitucional, en tanto que siempre ha sido parte del derecho de gentes en el ámbito penal.

Estimo que la Corte Suprema argentina, en el caso *Priebke*⁷, parece haber optado por este mismo criterio, pero mediante un complejo rodeo que consistió en encuadrar la conducta del nombrado en la masacre de las Fosas Ardeatinas (Roma, 24 de marzo de 1944) como crimen de guerra violatorio de disposiciones de las Convenciones sobre Derecho de Guerra adoptados en Ginebra en 1949 y sus precedentes, de los cuales resultaba anterior al hecho atribuido a Priebke el artículo 50 de la Convención de La Haya del 28 de julio de 1889, a la que el gobierno argentino se adhirió el 22 de junio de 1907, tras la aprobación de la Convención por la ley 5.082 del 19 de junio de 1907.

En otros términos, los homicidios en masa cometidos en las Fosas Ardeatinas, con la participación de Priebke y así encuadrada por los jueces italianos, eran homicidios también captados por normas internacionales prohibitivas introducidas en el derecho argentino, a cuya sanción proveía el propio derecho nacional.

Con todo, como este encuadramiento producía una figura penal con carácter especial respecto a los homicidios contemplados en las leyes corrientes, varios ministros de la Corte consideraron que no podían aplicarse para juzgar la prescripción en el derecho interno las normas del mismo, sino las normas internacionales que excluyen la prescripción.

La doctrina que parece establecerse, entonces, en este caso, consiste en que los hechos penales sancionados por la ley argentina, que a la vez constituyen infracciones o prohibiciones consagradas en instrumentos internacionales vigentes en Argentina, tienen la característica de que la prescripción está regida por el derecho de gentes y no por el derecho interno.

Esta sutileza revela que en la decisión subyace el criterio de prevaencia del derecho de gentes sobre el derecho interno, pero no se lo ha querido decir explícitamente y en todo caso ésta prioridad, a la letra, queda circunscripta a los casos en que la

7 Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 318, volumen 3, página 2148 y siguientes.

norma prohibitiva internacional esté contenida en un instrumento internacional escrito, vigente en la República Argentina.

Aún con las limitaciones mencionadas, los votos de distintos jueces de la Corte Suprema argentina en el caso *Priebke* rompen con la idea de que todos los presupuestos de la sanción penal *deban encontrarse en la ley escrita emanada del Congreso*, y lo hacen así al admitir como integrativo de esos presupuestos – en los crímenes de guerra previstos por las convenciones internacionales– al principio de imprescriptibilidad. Y para ello, han debido recurrir a la superioridad del *jus gentium* como “cristalización de los principios y usos de la conciencia jurídica de la sociedad mundial de los que ningún Estado podría individualmente apartarse en la medida en la que la formulación del derecho internacional general establece, en la materia, una descripción suficientemente acabada de la conducta punible como así también que su configuración merece una sanción de contenido penal” (considerando 43 del voto de los doctores Julio Nazareno y Eduardo Moliné O’Connor).

Y el voto del doctor Gustavo Bossert en su considerando 33 afirma “Que en el plano internacional donde no hay Estado ni órgano soberano comunes ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes la única salvaguarda posible contra los desbordes de los Estados particulares para la protección de bienes esenciales –entre los que indudablemente se encuentra la vida– se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica y que se ha ido desarrollando progresivamente en la formulación de un derecho internacional general en materia de sanción de actos atentatorios de intereses internacionalmente protegidos”.

Todo esto significa admitir que el principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* debe entenderse, al aplicar el *jus gentium* penal, en el sentido de que la *lex*, en estos casos, está parcialmente integrada por los principios básicos no escritos de aquél. Y ello provocó la reacción de los jueces disidentes, doctores Augusto César Belluscio, Ricardo Levene(h) y Enrique Petracchi, que se aferraron a la formulación del aludido

principio en el sentido exclusivo del derecho interno⁸ (la inteligencia del principio de reserva en materia penal en orden al

8 Luis Jiménez de Asúa se pronunció contra la consideración como “verdadero derecho” del derecho penal internacional y examiné su posición en los puntos 37, 38, 46 y 47 de mi voto in re *Schwammberger*. Mientras el asunto nombrado se tramitaba en la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en aquel ya lejano 1989, Alberto L. Zuppi planteó el tema del *nullum crimen nulla poena sine previa lege* en relación con el *jus gentium* en su artículo “La prohibición ‘ex post facto’ y los crímenes de lesa humanidad”, en *El Derecho*, tomo 131, página 765 y siguientes, y en mi voto convergí con sus ideas, sin conocerlas previamente.

La publicación de la sentencia de la Cámara que estoy citando, fue acompañada de una nota sustancial de Germán Bidart Campos (“La extradición de un criminal de guerra nazi por delitos contra la humanidad”) en la cual adhiere a la idea más abierta del *nullum crimen* en materia de derecho de gentes que propicia mi propio voto aunque limitando la aplicación de esta idea al orden público extemo (esta limitación la he rechazado en el trabajo citado en la nota 3 –igualmente no la admiten Rúa y el fallo del juez Cavallo).

Después apareció el fundamental estudio de Martín Abregú y Ariel Dulitzky, “Las leyes *ex post facto* y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno. Con especial referencia al caso *Schwammberger*”, publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 60/61, Universidad de Buenos Aires, 1994, VI, página 139 y siguientes.

En cambio, mi respetado y querido amigo, el Profesor Esteban Righi, tratándome, por cierto, de la manera más halagüeña, ha discrepado con la orientación auspiciada en *Schwammberger* en un valioso artículo publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 3, Ad Hoc, Buenos Aires, página 191 y siguientes. Por cierto, la consecuencia con las propias ideas es de alabar tanto en Righi, como en los jueces Petracchi, Belluscio y el ya fallecido Ricardo Levene (h), aunque no se hacen cargo de explicar cuál es su concepción de fondo acerca de la relación entre derecho interno y *jus gentium*, ni cuáles serían los fundamentos para establecer algún criterio explícito al respecto. Al omitir ese recorrido, los juristas de talla como los que he nombrado, se encuentran en la poco edificante compañía de Carl Schmitt, de una inteligencia soberana, pero muy comprometido con el régimen nazi, cuyos peores crímenes iniciales justificara con repugnante obsecuencia (v. Ingo Müller *Furchtbare Juristen*, ed. Knauer, Munich, 1989, página 50 y siguientes). Pese a ello se permitió una elíptica, pero muy ácida crítica a los procesos de Núremberg como un abandono de la tradición racional y humanística del *jus publicum* europeo (v. el Prólogo escrito en 1962 para la reimpresión de su obra de 1932, *Der Begriff des Politischen*, Duncker y Humblot, Berlín, 1963, páginas 11 y 12). No comprendo cómo Oscar Julián Guerrero expresa citando un reconocido simpatizante del nazismo como Ernst Jünger, que: “La obra de Carl Schmitt merece especial atención. De él dijo Ernst Jünger, al final de sus días, que la experiencia de la posguerra le había vuelto cauteloso: ‘para darse cuenta de ello basta de leer *El nomos de la tierra*, una obra de amplio aliento en la que desnuda toda la precariedad teórica e histórica de los principios que inspiraron el proceso de Núremberg, con el que se destruyó definitivamente la antigua tradición del *jus publicum europaeum*’. Esta acertada valoración de Jünger se puede reafirmar como un apurado recorrido por las preocupaciones intelectuales de Schmitt con posterioridad a 1945. Solo a tres meses de culminar las hostilidades se produjo el estudio jurídico donde se examinaba el problema de considerar la agresión bélica como un delito, a partir del derecho internacional, reconocido por Alemania, sin que ello implicase una violación flagrante del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Las conclusiones del estudio que publicó Helmut Quaritsch, con un anexo importante sobre el mismo tema, condujeron a Schmitt a preguntarse por el destino de los derechos ciudadanos en el Estado burgués de derecho, en una clara alusión a la fractura que había sufrido la tradición jurídica occidental con el juzgamiento *ex post facto* de los militares alemanes por los crímenes de guerra” (*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos - Oscar Julián Guerrero, Universidad Externado de Colombia, 1999, páginas 60 y 61).

jus gentium que supone el fallo de la Corte Suprema argentina al que nos referimos, la sostuve de manera explícita y ampliamente al votar en el mencionado caso *Schwammler* en el año 1988).

Una observación más sobre *Priebke*. El criterio que vengo dando como propio de la mayoría de la Corte Suprema en ese precedente es la sostenida por tres de sus jueces (Nazareno, Moliné O'Connor y Bossert), mientras que otros tres (los doctores Fayt, Boggiano y López) afirman sumariamente la existencia en el caso del delito de genocidio y su imprescriptibilidad, así como la superioridad del *jus cogens* sobre el derecho estatal.

Obsérvese, empero, que la línea de razonamiento es similar a la de los votos extensos (que además no niegan el posible encuadramiento en el genocidio, considerandos 27 del voto del doctor Bossert o directamente lo aceptan considerandos 27 del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor). Aquí también se está diciendo que la infracción a normas prohibitivas del *jus gentium* recogidas en instrumentos vigentes para la Argentina y que a la vez involucran hechos incriminados por el derecho interno, acarrearán la aplicación de la regla de imprescriptibilidad. Cabría de todos modos la objeción de que los hechos fueron anteriores a la sanción de la Convención sobre genocidio, pero el voto breve indica que la calificación de los delitos de lesa humanidad no depende de la voluntad de los Estados sino de los principios del *jus cogens* del Derecho Internacional. Así, el voto escueto llega a reconocer la total incorporación del *jus gentium* en materia penal, sin alusión, empero, al artículo 118 de la C.N.

En todo caso, para lograr una mayoría sobre el tema, no puede prescindirse de los matices de los votos extensos, de

De todos modos, tanto Guerrero Peralta (*op cit.*, 59) como Kai Ambos (*Impunidad y derecho internacional*, Ad Hoc, 2ª edición, 1997, página 119), expresan que cultivadores de la dogmática penal corriente, o sea la que se ocupa del derecho estatal, como Jescheck y Triffterer, admiten posiciones más amplias en la relación entre el "nullum crimen, etc." y el *jus gentium*. Jescheck a través de la excepción respecto de necesidades forzosas de justicia en el ámbito de graves violaciones a la humanidad, mientras Triffterer –en un enfoque que formalmente es, a mi juicio, más certero– expresa que el fundamento de la norma previa exigida por la prohibición de la retroactividad puede pertenecer al derecho tanto escrito como no escrito.

manera que corresponde confrontarlos con los problemas que ahora nos preocupan, o sea, los referidos a los crímenes de lesa humanidad perpetrados en suelo argentino.

Como decíamos, el criterio de los votos extensos en el caso *Priebke* consiste en considerar imprescriptibles los hechos tipificados penalmente en las leyes argentinas que a la vez importan infracción a normas del *jus gentium* incluidas en tratados vigentes para la República.

Si quisiéramos aplicar los puntos de vista mencionados a las situaciones de desaparición forzada de personas, tormentos y asesinatos sistemáticos y masivos hasta llegar a decenas de miles de víctimas que caracterizan al terrorismo de Estado en la Argentina antes de los años 1976 y 1983, no encontraremos ningún instrumento escrito vigente para el país anterior a su comisión que contemple tales hechos, excepto que se entendieran comprendidos en la definición de genocidio contenida en el artículo 2 de la Convención respectiva, vigente en la Argentina desde el 12 de enero de 1951, punto que me parece muy dudoso, toda vez que se le define por la “intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”.

En cuanto a la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, su vigencia data del año 1994 (ley 24.556) y su incorporación con rango para-constitucional del año 1997 (ley 24.820) y, además, su artículo 7 reza:

“La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”.

A esta limitación ha de sumarse lo siguiente:

I.

1. la recepción constitucional de los tratados sobre derechos humanos que se incluyen se hace “en las condiciones de su vigencia”, (estimo que es la vigencia en el momento de sancionarse la nueva cláusula constitucional);

2. “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”;

II. entre los derechos y garantías inalterados de la primera parte del texto constitucional se encuentra el artículo 18, que consagra el principio nullum crimen, nulla poena sine previa lege, entendido desde siempre por la jurisprudencia constitucional en el sentido de que se refiere a todas las condiciones de punibilidad, incluso lo referente a la prescripción;

III. por ende, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, introducida en el derecho interno, será aplicable a los hechos cometidos después de la vigencia de dichos instrumentos en el ordenamiento argentino;

IV. Esta conclusión se refuerza porque el artículo 4 de la ley 23.313 que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos formuló la siguiente reserva a la segunda parte del artículo 15 de dicho Pacto: “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeto al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”.

Desde este hontanar, toda la argumentación que se mueve en el plano de reglas receptadas en la Constitución con diferencia de grado –inclusive para su derogación– no es útil para establecer la supremacía del *jus gentium* en materia penal, como en cambio lo hace el artículo 118 de la C.N., que es una norma completamente suprema de la Constitución originaria y para nada entra en la categoría intermedia (diría constitucional-condicionada) que introdujo la reforma de 1994.

La incorporación practicada por la Constitución original de 1853 (en la que el actual artículo 118 llevaba el número 99, cambiando a 102 en la reforma de 1860) del derecho de gentes en materia penal con nivel supremo, disipa igualmente las objeciones sobre la contraposición del tratamiento de la obediencia jerárquica y la amnistía en el *jus gentium* y en el derecho interno, pues el conflicto se resuelve a favor de las normas superiores.

De la misma manera, la aceptación en los tratados de derechos humanos incorporados con categoría constitucional condicionada del *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, sin calificaciones, y el de retroactividad más benigna de las normas penales más favorables no da lugar a tropiezo, porque el concepto *jure gentium* del primer principio prevalecerá sobre el de los tratados incorporados, mientras que el principio de retroactividad benigna no se afecta si las supuestas normas internas más benignas son nulas *ex-radice*.

En fin, advertimos que la intención de los tratados para y sub-constitucionales de derechos humanos tal como el legislador argentino ha querido ponerlos en vigencia, consiste en mantener el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege previa* en el sentido de la *lex* por completo escrita y emanada de la voluntad de los órganos estatales.

Frente a ello se levanta el concepto más amplio del principio de reserva en el derecho de gentes, a cuyo respecto hemos de tener en cuenta, como expresé en el caso *Schwammberger* que: “Estamos ante un derecho penal *in fieri*, al que faltan elementos del moderno derecho penal sistematizado, cuyos presupuestos están dados por la existencia de una organización estatal unificada, y una autoridad legislativa indiscutible, elementos ambos de los que aún carece la comunidad mundial. Por eso, en tal comunidad tienden a prevalecer los principios generales y los usos, mientras que las mismas convenciones internacionales con finalidades represivas, antes que definir por completo un catálogo cerrado de figuras, efectúan una enunciación indicativa de criterios de antijuridicidad, y poseen más bien el valor de recopilaciones de los principios aceptados por la conciencia jurídica común (...) en el plano internacional

donde no hay Estado, ni órganos soberanos, ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, integridad, libertad, patrimonio contra los desbordes de los Estados particulares, se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el *nullum crimen, nulla poena sine lege* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella”⁹.

“Así lo ha entendido la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, suscriptas en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuyo artículo 7º, después de establecer el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en un párrafo segundo expresa: ‘El presente artículo no invalidará una sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de ser cometido, constituía un crimen según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas’ (*Textos Básicos sobre Derechos Humanos*, Ed. Gregorio Peces Barba y Liberio Hierro Sánchez Pescador, Madrid, 1973, página 303).

“De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –del que forma parte la República Federal Alemana y al que nuestro país ha adherido por la ley 23.313– expresa en su artículo 15: ‘1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone imposición de una pena más leve el delincuente se beneficiará de ello.

9 Marcelo A. Sancinetti y Marcelo Ferrante en su obra *El Derecho Penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi -De Palma editor, Buenos Aires, 1996, me han hecho el honor de citar y analizar este párrafo, *op cit.* 434 y 451. En el capítulo donde se hallan esas páginas se considera –de manera más minuciosa y casuística– la misma problemática que estoy examinando.

Por otra parte, el considerando 33 del voto del doctor Bossert en el *Caso Priebke* contiene fuertes reminiscencias del párrafo de *Schwammbegeral* que nos estamos refiriendo.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (ADLA, 1986-XLVI-B-1116) ” (punto 33 *in fine*, 34 y 35 del fallo citado).

Concluyo esta parte del trabajo reproduciendo la posición de Gustavo Radbruch que invoqué en el punto 48 del citado voto *in re Schwamberger*: “...hemos de contar con el peso de la mentalidad a la que Gustavo Radbruch se refería, aludiendo al problema del carácter criminal del Estado y de la normativa del nazismo, diciendo: ‘El positivismo jurídico heredado del pasado remitiríase, para contestar a todas estas preguntas o a cualquiera de ellas, a lo contenido en la ley. Y es cierto que una parte de los problemas planteados por las dichas preguntas ha sido resuelta por las leyes de la zona norteamericana de ocupación sobre la reparación de desafueros de los nazis y el castigo de los actos punibles cometidos por ellos, mientras que otra parte ha encontrado su respuesta en el Estatuto de Nüremberg y en la ley sobre el Consejo de Control. Pero a esto opone la misma mentalidad positivista otra objeción, y es que las tales leyes se atribuyen fuerza retroactiva. Para contestar a esta objeción basta con decir que, sino las leyes mismas, por lo menos su contenido se hallaba ya en vigor al producirse aquellas situaciones, al cometerse aquellos desafueros: dicho en otros términos, que estas leyes responden, por su contenido, a un derecho superior a la ley, supra legal. Cualquiera que sea la concepción que de este derecho tengamos en lo particular, ya lo concibamos como un derecho divino, como un derecho a la naturaleza o como un derecho de la razón (Introducción a la Filosofía del Derecho, Bs. As. 1ª edición española, Fondo de Cultura Económica, 1951, reimpresa en 1955, ps.179/180)”.

La jurisdicción universal para reprimir delitos *jure gentium* es otra de las grandes cuestiones que hoy se agitan en la problemática de tratamiento de tales delitos.

La idea de la jurisdicción universal la vincula Grocio directamente con la existencia de un *jus puniendi* difuso en la sociedad universal con el que se tutelan las condiciones mínimas de

su existencia. El derecho penal estatal deriva de aquel primitivo derecho penal universal, cuyos ejecutores son todos los hombres y cuya potestad se ve limitada por razones de orden y seguridad a través del monopolio estatal, que cede escasas veces (por ejemplo en hipótesis de legítima defensa). Mas los Estados, al arrebatar a la generalidad de los hombres lo que le resulta ante todo propio –el resguardo de sus condiciones mínimas de subsistencia ante la agresión– se ven comprometidos a utilizar su *jus puniendi* más allá de sus propias fronteras en servicio de la comunidad universal. Grocio era consciente de las posibilidades de abuso que encerraban estas convicciones, sobre todo frente a las tendencias imperialistas de las grandes potencias, pero es más peligroso¹⁰ todavía cerrar las vías de punición de las mayores atrocidades.

Por lo demás, el día de hoy, la punición extraterritorial de los delitos de lesa humanidad ocurre por el esfuerzo de sectores sociales y de la magistratura imbuidos de empeño moral y encuentra su habitual obstáculo en la *Realpolitik*. Podemos decir con tranquilidad que no son los poderes estatales los que están en la vanguardia de la lucha por el *jus gentium*, sino representantes de la vasta sociedad del género humano que frente a los Estados claman contra la impunidad que éstos garantizan abierta u ocultamente.

Conviene observar que respecto del principio de la jurisdicción universal ocurre lo mismo que sucede con la primacía de

10 Me he ocupado del tratamiento que da Grocio al tema de la jurisdicción universal en mi propio trabajo *Pro iure mundi* citado en nota 1. Cabe destacar que este sumo maestro del derecho fue citado por la Corte de Jerusalén que juzgó a Eichmann sobre la base del principio de la jurisdicción universal (v. punto 14 de la sentencia del 11 de diciembre de 1961, que consulto en la traducción inglesa del fallo). Del mismo tema se ha ocupado Alberto Luis Zuppi en su trabajo “La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional”, publicado en *Cuadernos de la Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Año V, volumen 9, página 389 y siguientes. Allí recuerda Zuppi que en el caso *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d. (6th. Cir. 1985) una Corte de circuito de los Estados Unidos sostuvo “...que se podía extraditar al carcelero de un campo de concentración nazi hacia Israel, basándose en el derecho del Estado judío de ejercer jurisdicción universal sobre el acusado”.

Estas decisiones, que abrieron nuevas sendas, están en la base de las dos decisiones de las dos Cámaras de los Lores del Reino Unido en el caso Pinochet, a las cuales han seguido varias otras similares que indican claramente la irrupción de nuestro principio en la gran corriente de la jurisprudencia práctica universal.

las reglas de fondo del derecho penal de gentes sobre los derechos nacionales: las soluciones que aparecen en los tratados internacionales son ambiguas, confusas.

El genocidio, por ejemplo, es un prototipo de delito que debe juzgarse por los tribunales de todo Estado. Sin embargo, el artículo 6 de la Convención sobre genocidio expresa: “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Este tema fue considerado de manera relevante por la Corte Criminal de Jerusalén que juzgó y condenó a Adolf Eichmann y debió enfrentar la objeción de la defensa, consistente en que el artículo 6 transcrito da lugar al argumento a contrario, o sea que el genocidio –en defecto de un tribunal internacional– no puede ser sino reprimido por los tribunales del país donde se lo cometió.

La Corte de Jerusalén contestó la objeción poniendo de relieve la superioridad del “derecho internacional consuetudinario” frente al derecho internacional convencional y recordó que la Corte Internacional de Justicia, al interpretar la Convención sobre genocidio en su opinión consultiva acerca de las reservas formuladas por distintos países al ratificarlo, expresó que el sentido de la misma es el reconocimiento de los principios básicos aceptados por las naciones civilizadas que se refuerzan con dicho instrumento. En cambio, no participan de esa naturaleza las disposiciones de carácter particular que significan simples arreglos prácticos entre las partes contratantes.

Aparte de este argumento, la Corte de Jerusalén hizo notar que las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto 1949 contienen la cláusula de jurisdicción universal.

En efecto, los artículos 49 de la Convención número 1, el 50 de la Convención número 2, el 129 de la número 3 y el 146 de la

número 4 disponen lo siguiente: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente”.

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas, a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes”.

Ahora bien, moviéndonos en el campo del derecho argentino, resulta que la Convención contra el genocidio es una de las admitidas con rango constitucional condicionado por el artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental, mientras que las Convenciones de Ginebra gozan de rango sub-constitucional, pero supra legal. Entonces, si quisiéramos solucionar el tema de la jurisdicción universal por una combinación formalística de estas normas, deberíamos llegar a la conclusión negativa. En cambio, el artículo 118 de la Constitución, con su carácter constitucional primordial y primigenio nos imparte la solución positiva. Y, recordémoslo una vez más, la lectura del artículo mencionado depende de la concepción del derecho que se albergue, al igual que ocurre con la afirmación de la superioridad de los principios del *jus gentium* sobre el derecho internacional convencional.