

## Argentina

### A. Introducción

La aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI)<sup>1</sup> en 1998 ha revitalizado la discusión acerca de la necesidad de implementar ya a escala nacional una legislación eficaz a fin de prevenir, perseguir y sancionar crímenes internacionales. Especialmente, a los Estados se les plantean dos cuestiones básicas: por un lado, cómo adecuar sus ordenamientos jurídicos internos a los mandatos del ECPI y qué reformas son necesarias para ello;<sup>2</sup> por el otro lado, cómo regular la cooperación con la nueva Corte Penal Internacional (CPI).<sup>3</sup> El surgimiento de estas cuestiones presupone, desde luego, que el Estado esté dispuesto a comprometerse con la persecución de crímenes internacionales, sea de modo autónomo en el ámbito nacional, sea mediante la cooperación con otro Estado nacional, sea finalmente con la cooperación con la propia CPI. La República Argentina había mostrado, ya antes de la aprobación del ECPI en julio de 1998, una disposición estatal en la persecución de crímenes internacionales. En efecto, más allá de la posible identificación de este compromiso jurídico en el mismo texto constitucional originario (antiguo artículo 102, actual artículo 118),<sup>4</sup> este podía fundarse, sin dudas, a partir de la incorporación al derecho interno de numerosos convenios internacionales por medio de los cuales el Estado argentino se ha obligado a tomar las medidas legislativas necesarias a fin de penalizar diferentes crímenes de derecho internacional.<sup>5</sup> Este compromiso fue reforzado cuan-

---

<sup>1</sup> Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

<sup>2</sup> La necesidad de que los Estados nacionales adopten medidas en el plano nacional surge ya del 4º párrafo del preámbulo del ECPI. Sobre esto, cf. Ambos I, pássim.

<sup>3</sup> La necesidad de intensificar la cooperación internacional para asegurar la persecución de estos crímenes es resaltada en el 4º párrafo del preámbulo del ECPI. Sobre la obligación de cooperación y las disposiciones a ella atinentes, cf. artículos 86, 87 y 88 del ECPI.

<sup>4</sup> Cf. Ferrante, p. 433.

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, conforme a los artículos 1 y 5 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, respecto del crimen de genocidio; los artículos 2 y 3 de la Convención

do la reforma constitucional de 1994 elevó a rango constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional argentina [CN]) a numerosos convenios internacionales que lo prescribían.

Sin embargo, la disposición estatal para perseguir crímenes internacionales asume hoy, con la aprobación del ECPI, una trascendencia diferente. Ciertamente, un Estado al ratificar el ECPI no solo revela (o confirma) su voluntad de comprometerse en la persecución y sanción de crímenes internacionales, sino que específicamente admite que, en el caso de incumplimiento del deber de perseguir y sancionar los crímenes internacionales cometidos en su jurisdicción —bien porque el Estado no esté dispuesto o bien porque no esté en condiciones de hacerlo—,<sup>6</sup> sea la CPI la autorizada a llevar adelante el proceso (principio de aceptación de la competencia de la Corte, artículo 12 del ECPI; principio de complementariedad, artículos 1 y 17 del ECPI, y principio de responsabilidad penal individual, artículo 25 del ECPI).<sup>7</sup> Desde esta perspectiva, la ratificación del ECPI por un Estado evidencia un grado de compromiso mayor que el de la ratificación de otros instrumentos de derechos humanos (especialmente por las consecuencias derivadas del no cumplimiento del compromiso jurídico de persecución al admitir la jurisdicción *penal* de la CPI). De este modo, la firma y ratificación del ECPI es una señal importante que evidencia el grado de voluntad de un Estado en llevar a la práctica el compromiso de perseguir un cierto núcleo de hechos que por su gravedad afectan a la comunidad internacional entera. Argentina ha dado este paso. En efecto, el 8 de enero de 1999 firmó el ECPI y apenas poco más de un año más tarde, el 8 de febrero de 2001, lo ratificó.

No obstante la (temprana) ratificación del ECPI por Argentina, no se encuentran todavía modificaciones en el ordenamiento jurídico penal nacional destinadas a implementar los compromisos asumidos con este acto. En términos generales, puede afirmarse en realidad que la ratificación de numerosos convenios internacionales de derechos humanos no ha empujado históricamente al país en el plano interno a refor-

---

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, respecto del crimen de *apartheid*; los artículos 2 y 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, respecto del crimen de tortura. Otra cuestión diferente es la de si estas convenciones requieren *necesariamente* la intervención del derecho penal y, específicamente, cuál es el contenido concreto de este deber (en el plano legislativo, en el de la persecución concreta) y cuáles son las consecuencias en caso de incumplimiento.

<sup>6</sup> Cf. artículo 17.1, letra *a* del ECPI: “[...] no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. También, artículo 17.1, letra *b*. La amplitud del término “no pueda realmente hacerlo” permite incorporar en él tanto la ausencia de condiciones fácticas como jurídicas.

<sup>7</sup> Sobre la autonomía de la jurisdicción de la CPI, que actúa incluso en contra de la voluntad de los Estados que han concurrido a crearla, cf. Picotti, p. 11.

mas en su legislación.<sup>8</sup> No obstante esta divergencia histórica entre el compromiso internacional asumido y la legislación interna concreta, a partir de la ratificación del ECPI han comenzado a surgir diversos proyectos de reforma a fin de adecuar el derecho interno argentino a las prescripciones de este instrumento internacional.<sup>9</sup>

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

Pese a la existencia de un deber de perseguir los crímenes internacionales fundado en el derecho internacional, y pese también al compromiso reforzado de persecución en razón de la ratificación del ECPI, el ordenamiento jurídico argentino no contiene normas penales que tipifiquen crímenes internacionales. En efecto, el derecho argentino no conoce en su legislación interna, ni en la parte general del Código Penal (CP), ni en el derecho penal complementario —salvo las contadas excepciones previstas por el Código de Justicia Militar (CJM) respecto de algunos crímenes de guerra—, ni finalmente en la forma de una codificación especial, como el Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*), figuras penales tales como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra o el crimen de agresión. En ausencia de tipos penales especiales, la persecución de estas conductas solo puede lograrse a través de los tipos del derecho penal clásico.<sup>10</sup> Esta afirmación presupone haber resuelto previamente, de modo negativo, la cuestión acerca de la posibilidad de recurrir *directamente* en el ámbito interno a las figuras penales del derecho penal internacional. Ello porque, en caso contrario, no habría necesidad de recurrir al derecho penal clásico, cuyas figuras fueron pensadas para juzgar hechos muy diversos de los que conforman el sustrato fáctico de los crímenes internacionales. En este sentido, si a pesar de la ausencia de tipos específicos de derecho penal internacional en la legislación interna de un Estado se pudiera echar mano directamente a los crímenes internacionales tal como se prevén en las convenciones internacionales o en la costumbre internacional,<sup>11</sup> se evitaría el problema del diverso contenido de ilicitud que expresan las figuras de crímenes internacionales respecto de las del derecho penal común.

---

<sup>8</sup> La carencia de normas específicas en el ámbito interno para la persecución de crímenes internacionales contesta ya anticipadamente de modo negativo la cuestión acerca de la existencia de especialidades en la persecución de crímenes internacionales en Argentina. Sobre el rendimiento del artículo 118 de la Constitución nacional (CN) para la introducción de normas de derecho penal internacional en el ámbito interno, véase punto B II del presente.

<sup>9</sup> Sobre los proyectos de reforma, cf. sección G I.

<sup>10</sup> En los puntos siguientes (B I, II, III y IV) se tratará, diferenciadamente para cada uno de los crímenes internacionales aquí analizados, la cuestión relativa a si, cómo y en qué medida los tipos penales del derecho penal común pueden servir para reprimir las conductas tipificadas en el ECPI como crímenes internacionales. En el caso de los crímenes de guerra también serán analizadas las figuras especiales previstas en el CJM.

<sup>11</sup> Acerca de la costumbre internacional, cf. Roberts, p. 757; Cassese, pp. 119-126.

En este sentido —aunque, por ejemplo, para juzgar los hechos ocurridos durante la última dictadura militar argentina se recurra a los tipos penales de homicidio, privación ilegítima de la libertad, etcétera— es claro que el contenido de injusto que ellas expresan no puede asimilarse al del crimen de genocidio o los crímenes de lesa humanidad. El juzgar estos hechos con los tipos del derecho penal clásico se debe, por un lado, a la carencia en la legislación argentina de tipos penales específicos y, por el otro, a la imposibilidad de aplicación directa de los crímenes internacionales previstos en las convenciones internacionales o por la costumbre internacional. Sin embargo, en el ámbito interno esta última cuestión no ha sido, en general, discutida.<sup>12</sup> La utilización del derecho penal clásico para juzgar este tipo de hechos, pese a sus imperfecciones, no ha sido el producto de una exhaustiva discusión cuyo resultado haya arrojado como conclusión la imposibilidad de recurrir directamente en el orden jurídico interno a las figuras de crímenes internacionales contempladas en las convenciones internacionales o por la costumbre internacional.

En lo que sigue se presentarán los motivos que juegan en favor de una aplicación directa de estas normas y aquellos que, por el contrario, se pronuncian en contra de esta posibilidad. En primer lugar, se expondrá cómo se recibe el derecho internacional en el derecho interno argentino. En segundo lugar, se analizará la cuestión de si es posible recurrir directamente a los tipos penales internacionales tal como están formulados en diferentes convenciones internacionales o como surgen de la costumbre internacional. Debido a que estas cuestiones son comunes a todos los crímenes internacionales, se tratarán conjuntamente. La conclusión de este análisis ya ha sido adelantada: en Argentina no es posible el juzgamiento de una persona con base exclusiva en tipos penales recabados de la costumbre internacional o de convenciones internacionales.

Luego de exponer estos motivos quedará sí el camino libre para analizar de qué modo es posible que las conductas que conforman el sustrato fáctico de los crímenes internacionales sean castigadas con las normas del derecho penal clásico, contenidas en el CP. El recurso a esta vía, que ha sido, por otra parte, la transitada por los tribunales argentinos a la hora de juzgar los severos crímenes cometidos por quienes detentaron el poder entre los años 1976 y 1983, implica reconocer que el mayor contenido de injusto de estos hechos solo podrá expresarse en el campo de la determinación de la pena.

---

<sup>12</sup> La posibilidad de recurrir directamente a normas de derecho penal internacional fue analizada por Ferrante, pp. 432 y ss., especialmente pp. 448 y ss. En la jurisprudencia, véase el fallo *Simon* del 6/3/2001, conocido como el caso *Poblete*, del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 7, en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, pp. 527 y ss. y el voto del juez Petracchi en *Priebke* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del 2/11/1995, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-I, pp. 331 y ss.

### ***I. La aplicabilidad del derecho internacional en el ámbito interno***

Es ya una opinión común la postura tradicional según la cual queda reservada a cada Estado la decisión acerca de la forma de integración del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno.<sup>13</sup> En efecto, cada Estado es autónomo para decidir si el derecho internacional ingresa automáticamente (modelo monista) o si, por el contrario, en el ámbito interno se requiere de una ley de implementación que recepte el contenido de la norma de derecho internacional (modelo dualista). Del mismo modo, corresponde a cada Estado la decisión de cómo (conformación concreta)<sup>14</sup> y con qué rango ingresa el derecho internacional en el ámbito interno y, asimismo, la de cuáles serán los mecanismos internos de protección.<sup>15</sup>

Antes de la reforma constitucional de 1994, la doctrina y jurisprudencia argentinas solucionaban las cuestiones referidas a la aplicación del derecho internacional (contractual) y a la de su posición dentro del ordenamiento interno principalmente basándose en el artículo 31 de la CN, que en su primera parte dispone:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación.<sup>16</sup>

Con base en el texto de este artículo se entendía que el constituyente de 1853 había adoptado un modelo de *incorporación automática* del derecho internacional (contractual) en el ámbito interno y que los tratados internacionales ratificados se ubicaban en una relación de paridad jerárquica con las leyes nacionales, quedando ambos subordinados a la CN. Pese a la existencia de este consenso, la doctrina y la jurisprudencia discutieron largamente sobre los alcances concretos de su contenido. La discusión —que perduró hasta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso *Ekmekdjian*, en 1992— giraba especialmente en torno a dos cuestiones. En primer lugar, se discutía sobre la *exigibilidad* de las disposiciones de los tratados incorporados *automáticamente* al derecho interno. Parte de la doctrina (y también alguna jurisprudencia) sostenía que la exigibilidad ante los tribunales nacionales de un derecho reconocido en un tratado internacional dependía, de todos modos, de la existencia de una norma interna que lo tutelase. De este modo, se argumentaba que el compromiso jurídico internacional asumido con la ratificación de un tratado era solo de naturaleza *programática*.<sup>17</sup> Este punto de vista se oponía al de

---

<sup>13</sup> Cf. Pinto, p. 63; Abregú, p. 7.

<sup>14</sup> De todos modos, esta afirmación debe ser mitigada, ya que de ciertas normas de derecho internacional pueden surgir obligaciones para los Estados de conformar la legislación interna de determinada forma.

<sup>15</sup> Cf. Abregú, p. 7; Ayala Corao, p. 789.

<sup>16</sup> Se recurría, además, al artículo 27 de la CN, que establece: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

<sup>17</sup> Este fue el criterio de la CSJN en el caso *E. F. E.*, Fallos 310: 1081.

quienes afirmaban la *directa operatividad* de los tratados internacionales en el derecho interno, obviando la necesidad de recurrir a una ley que receptara en su cuerpo el contenido del tratado. En segundo lugar, la afirmada *paridad de jerarquía* entre una ley nacional y un tratado internacional provocaba problemas de interpretación en los casos en que una ley nacional posterior entraba en contradicción con un tratado ya ratificado. La cuestión residía en si la ley nacional posterior divergente autorizaba el incumplimiento del tratado y, en su caso, si los tribunales locales estaban autorizados a revisar la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de normas de derecho internacional. En 1963, en el caso *Martín*,<sup>18</sup> la CSJN se abocó al problema, sentando la doctrina que iba a perdurar hasta 1992: la CN no atribuye prelación a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos integran el ordenamiento jurídico interno en igualdad de jerarquía. En caso de un conflicto entre estas normas, la respuesta debe guiarse por el principio según el cual las leyes posteriores derogan a las anteriores (*leges posteriores priores contrarias abrogant*).

Estas cuestiones tuvieron un cierre definitivo en 1992, a raíz de la doctrina sentada por la CSJN en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*.<sup>19</sup> El fallo, que acertadamente ha sido calificado como un verdadero *leading case* en la materia,<sup>20</sup> tiene el mérito de haber establecido nuevas pautas para la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno. En cuanto aquí interesa, la CSJN, por un lado, sentó el principio de la jerarquía superior de los tratados internacionales respecto de las leyes nacionales y, por el otro, consagró su *directa operatividad*, esto es, su exigibilidad automática ante los tribunales locales. Dos años más tarde, la reforma constitucional de 1994 confirmaría y profundizaría la línea adoptada en este precedente, proclamando expresamente la jerarquía superior de los tratados respecto de las leyes y dotando a algunos de ellos con rango constitucional.<sup>21</sup> El nuevo artículo 75, inciso 22, de la CN, que regula la materia, dispone:

Corresponde al Congreso: [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto

<sup>18</sup> CSJN, Fallos 257: 99.

<sup>19</sup> CSJN, Fallos 315: 1492. Más detalles sobre el fallo en Abregú, pp. 12-13; Ferrante, pp. 409-411.

<sup>20</sup> Abregú, p. 13.

<sup>21</sup> Estas reformas se produjeron sin alterar el texto de los artículos 27 y 31 de la CN, por medio de los cuales se regulaba la materia hasta 1994, posibilidad esta directamente vedada por la ley 24.309 en la cual se declaraba la "necesidad de la reforma".

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.* Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. [Cursivas añadidas.]

De esta forma, la pirámide normativa en el derecho argentino ha sido transformada. En su cúspide, conformando lo que se ha dado en llamar el *bloque de constitucionalidad*,<sup>22</sup> se encuentran ahora la CN, los tratados sobre derechos humanos taxativamente mencionados por el constituyente y los que sean constitucionalizados por el procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 75, inciso 22.<sup>23</sup> En el plano infraconstitucional se ubican, en primer lugar, los tratados internacionales ratificados por la República y, por debajo de ellos, las leyes de la Nación. La concesión de jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales tiene el importante efecto de permitir a los tribunales locales la directa aplicación de un tratado constitucionalizado a fin de declarar inconstitucional una ley que se le oponga.<sup>24</sup> Cualquier juez argentino está autorizado, por tanto, a declarar la incompatibilidad constitucional de una ley y, debido a ello, su no aplicación en el caso concreto, cuando ésta colida con un tratado internacional de jerarquía constitucional.

Sin embargo, y pese a la aplaudida reestructuración de la pirámide normativa, el texto del inciso 22 del artículo 75 no ha estado exento de críticas. Más allá de las referidas a su errónea ubicación sistemática (en la parte en que la CN regula las atribuciones del Congreso Federal), la doctrina se ha ocupado de recalcar su defectuosa y confusa técnica legislativa.<sup>25</sup> Estas insuficiencias en la redacción de la norma constitucional condujeron a la doctrina a una ardua disputa sobre los alcances mismos de la

<sup>22</sup> Bidart Campos, I, p. 78.

<sup>23</sup> Hasta la fecha se ha elevado a rango constitucional con posterioridad a la reforma la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (ley 24.820, BO, 29/05/97).

<sup>24</sup> Parte de la doctrina entiende que la constitucionalización de los tratados de derechos humanos tiene también la consecuencia de incorporar en el ámbito interno los principios de interpretación del derecho internacional; por ejemplo, los principios *pro homine*, interpretación de buena fe, el *pacta sunt servanda* y aquellos referidos a la finalidad y el objeto de los tratados. Cf. en este sentido, Abregú, pp. 18 y ss.

<sup>25</sup> Cf. Abregú, p. 14, quien habla de una “cuestionable ingeniería constitucional”. También Moncayo, p. 98.



reforma. La discusión se centró básicamente en la relación de jerarquía entre la CN y los tratados constitucionalizados. El problema surge por cuanto el artículo 75, inciso 22, luego de afirmar la jerarquía constitucional de los tratados allí mencionados, establece que ellos *no derogan* artículo alguno de la primera parte de la CN sino que deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías que esta prevé.

Para una parte de la doctrina, en caso de conflicto entre la CN y los tratados constitucionalizados, debe prevalecer la primera. El problema habría sido resuelto de antemano por el propio constituyente al afirmar el carácter complementario de estos tratados y la imposibilidad de que pudieran derogar artículo alguno de la primera parte de la CN, es decir, la que establece los derechos y garantías de los individuos (artículos 1 a 43). Según este punto de vista, los tratados con jerarquía constitucional, aunque conforman el bloque de constitucionalidad, se ubicarían en un plano levemente inferior al de la CN.<sup>26</sup> Se admite de este modo la posibilidad de la existencia de relaciones intrajerárquicas dentro de un sistema de normas que revisten *todas* jerarquía constitucional.

Este punto de vista ha sido criticado por parte de la doctrina con el argumento de que no sería admisible la existencia de diferentes niveles de jerarquía dentro del mismo plano constitucional. La CN y los tratados constitucionalizados compondrían un *plexo indisociable* de derechos y garantías.<sup>27</sup> La posibilidad de contradicción entre la CN y los tratados con jerarquía constitucional estaría excluida de antemano por la aplicación de la conocida regla de hermenéutica constitucional que exige una *interpretación armónica*. En palabras de Bidart Campos:

[...] en un conjunto normativo [...] que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, *todas las normas y todos los artículos* de aquel conjunto *tienen un sentido y un efecto*, que es el de *articularse en el sistema* sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> En este sentido, entre otros, Dalla Via, comentario al inciso 22 del artículo 75, p. 49. El autor también acude a los artículos 27 y 31 de la CN para reforzar la supremacía de esta respecto de los tratados internacionales. Específicamente, argumenta que permanece en vigor el artículo 27 de la CN, el cual establece que los tratados (sin distinción entre constitucionalizados y simples) deben estar “en conformidad con los principios de derecho público establecidos por la Constitución”. Quien sostenga esta posición tendrá que concluir —si quiere obrar consecuentemente— en que la reforma de 1994 ha tenido por resultado no ya la elevación, sino incluso la disminución del rango del derecho penal internacional, es decir, que tuvo en los hechos un efecto diverso del propuesto. En efecto, si se coincide en que todo el derecho penal internacional tenía rango constitucional ya con la CN de 1853, a través del actual artículo 118 de la CN (antiguo artículo 99 y posteriormente 102) (cf. punto B II 3 del presente), entonces la interpretación según la cual los tratados mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la CN, aunque constitucionalizados, se encuentran en un nivel inferior al de la CN sugeriría que, en relación con las normas de estos tratados que son *de derecho penal internacional*, la reforma expresamente habría querido disminuir su rango, en lugar de aumentarlo.

<sup>27</sup> Bidart Campos, I, pp. 86 y ss.

<sup>28</sup> Cf. Bidart Campos, I, p. 86 (cursivas añadidas).



De esta forma, se interpreta que la alusión a la *no derogación* efectuada por el artículo 75, inciso 22, de la CN no tiene otro efecto que reafirmar la regla de hermenéutica constitucional según la cual las disposiciones de un mismo cuerpo normativo deben interpretarse congruente, coherente y armónicamente. De ahí que la mención de que los tratados constitucionalizados deben entenderse *complementarios* no pueda significar que ellos sean de aplicación subsidiaria de los derechos y garantías previstos en la parte dogmática de la CN, sino que con ello se alude al *carácter integrativo* de las normas de los tratados constitucionalizados con las de la CN.<sup>29</sup>

## II. *La incorporación del derecho penal internacional al ámbito interno por medio del artículo 118 de la CN*

Otro camino para fundar la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno puede encontrarse en la referencia al *derecho de gentes* contenida en el artículo 118 de la CN. La norma, que proviene de la redacción originaria de la CN de 1853-60, había pasado desapercibida por largo tiempo a la doctrina y la jurisprudencia, que solo en los últimos años han comenzado a recurrir a ella como fuente de incorporación del *ius gentium*.<sup>30</sup> Este artículo establece:

Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa *fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes*, el congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. [Cursivas añadidas.]

---

<sup>29</sup> En este sentido, Moncayo, pp. 98 y ss; Ekmekdjian, comentario al artículo 31, p. 268; Baeza, en comentario al artículo 75, inciso 22, p. 207, expresa: “los derechos que consagran los tratados y las declaraciones que de esta manera adquieren rango constitucional no atentan contra las declaraciones, derechos y garantías de la Primera Parte de la Constitución Nacional, sino que las complementan, explicitan o perfeccionan, de suerte que aquellos alcanzan una integridad y plenitud, acorde con el desarrollo progresivo de los derechos humanos [...]”. La exigencia de la utilización de una interpretación armónica es también un criterio constante en la jurisprudencia de la CSJN: “La hermenéutica de la constitución no debe efectuarse jamás de modo tal que queden frente a frente los derechos y deberes enumerados para que se destruyan recíprocamente, sino que debe procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida [...]”, cf. CSJN, Fallos 246: 345; 251: 86; 258: 267; 301: 771. La tesis de la imposibilidad de contradicción entre una norma de la CN y un tratado con jerarquía constitucional es avalada, finalmente, con otro hilo de argumentación. La alusión a la *no derogación* expresaría solamente la verificación por el constituyente de un juicio sobre la compatibilidad de las normas constitucionales referidas a los derechos y garantías vigentes antes de la reforma (y que iban a subsistir inalteradas) y las normas de los tratados que se iban a elevar a jerarquía constitucional. El constituyente ya habría realizado un juicio afirmando la compatibilidad entre tales cuerpos normativos, cerrando así la posibilidad de que ese juicio sea revisado por algún órgano del poder constituido. Cf. en este sentido Moncayo, p. 99.

<sup>30</sup> Acentúan la falta de atención prestada por la doctrina a esta norma, entre otros, Bidart Campos, II, p. 325; Abregú, p. 15. No obstante este *despertar* de la doctrina y jurisprudencia, la fundamentación

A pesar, una vez más, de su deficitaria ubicación sistemática (en la parte donde la CN regula las atribuciones del Poder Judicial), esta norma contiene dos principios trascendentales en la materia. Por un lado, recoge el principio de jurisdicción universal para los crímenes contra el derecho de gentes. Por el otro, incorpora el derecho de gentes *en materia penal* al derecho interno. Esta limitación al derecho penal internacional surge claramente del texto del artículo 118 de la CN, en cuanto se refiere a *delitos contra el derecho de gentes*. De esta forma, el derecho penal internacional encontraría una fuente de incorporación adicional al derecho interno: no solo mediante la ratificación de tratados internacionales (derecho penal internacional contractual), sino *en general* por la remisión del artículo 118. Por ello, ya en el comienzo puede afirmarse que la fórmula abierta del artículo 118 de la CN otorga una puerta de ingreso a *todo* el derecho penal internacional. En lo que sigue se analizará el verdadero alcance de esta afirmación y, en general, se indagará sobre el concreto rendimiento de la norma en la incorporación de las normas penales del derecho internacional al ámbito interno. Antes se debe señalar, solamente, que con seguridad ella evidencia una voluntad estatal bien definida en favor de la obligación de perseguir crímenes internacionales.<sup>31</sup>

La obtención del verdadero significado de la norma en la incorporación al ordenamiento jurídico interno del derecho penal internacional requiere la solución de algunas cuestiones que se plantean, principalmente, debido al heterodoxo modo de su recepción mediante la fugaz (e imprecisa) mención en el artículo 118 de la CN. La solución de estos interrogantes, que serán tratados seguidamente, permitirá descubrir en qué medida es posible en Argentina una persecución penal con base directa en el derecho penal internacional y, en particular, si es posible aplicar directamente, en ausencia de una legislación nacional específica, los tipos penales del derecho internacional en el ámbito interno.

#### 1. *La extensión de la incorporación del derecho penal internacional en el ámbito interno por el artículo 118 de la CN*

La afirmación inicial efectuada, en el sentido de que mediante la fórmula abierta del artículo 118 de la CN ingresa en el ámbito interno *todo* el derecho penal internacional, requiere algunas precisiones, pues puede referirse a diversos aspectos. En prin-

---

de la incorporación del derecho de gentes con base en el artículo 118 de la CN ya había sido la interpretación del juez Casares, ex presidente de la CSJN, en el fallo *Merk* (CSJN, Fallos 211: 161). En este fallo, Casares argumentaba que, más allá de la incorporación del derecho internacional a través de los tratados internacionales, el derecho de gentes se incorporaba también a través del artículo 102 de la CN (actual 118).

<sup>31</sup> Cf. Ferrante, p. 433. Esta idea ya había sido expresada por el juez Schiffrin en su voto en el caso *Schwamberger* (*El Derecho*, t. 135, p. 323 y ss.): “comprometiéndose por lo tanto la República a perseguir los delitos contra el derecho de gentes (artículo 102 *in fine*)”, cf. considerando 20, p. 333.

cipio, con ello se alude a las fuentes del derecho penal internacional. En este sentido, la amplitud de la fórmula empleada no admite ninguna hesitación en cuanto a que por medio del artículo 118 ingresa todo el derecho de gentes en materia penal, sin distinguir que su base sea contractual o no lo sea.

Una cuestión diferente y más problemática es aquella relativa a la extensión con que estas fuentes introducen el derecho penal internacional. De otro modo: la alusión exclusiva en el artículo 118 de la CN a los *delitos* contra el derecho de gentes ¿implica que la incorporación al derecho interno se limita a las figuras penales internacionales (crímenes de genocidio, lesa humanidad, etcétera) o, por el contrario, pese a su formulación literal, ella incorpora, junto a estas, también todas las reglas y principios del derecho penal internacional? En favor de la tesis restringida parecería hablar, en una primera impresión, la propia literalidad de la norma. Por el contrario, la escasa doctrina que se ha ocupado del tema ha dado por descontado, sin discutir o advertir la posibilidad de una interpretación alternativa, que la norma incorporaba, además de los crímenes internacionales, también todos los principios y reglas del derecho penal internacional.<sup>32</sup> En lo que sigue se intentará demostrar por qué asiste razón a la doctrina en su interpretación amplia, y en tal propósito se torna necesario explicar, primero, por qué la mera literalidad de la norma no brinda información alguna en favor de la tesis restringida. Con ello quedará despejada la objeción más fuerte que se le podría oponer a la tesis amplia.

El argumento en favor de una interpretación restringida desaparecerá si se puede probar que la inclusión de la palabra *delito* en el artículo 118 de la CN encuentra, en realidad, una explicación diversa de aquella de limitar la incorporación únicamente a los crímenes internacionales. Una interpretación diversa del porqué de la inclusión de la palabra *delito* puede encontrarse si se atiende al contexto mismo en el que tal palabra es empleada dentro de la norma, es decir, a la norma en su integridad. En este sentido, es la defectuosa ubicación sistemática de la incorporación del derecho de gentes en materia penal, a través del artículo 118 de la CN (y no, por ejemplo, su inclusión más prolija en un catálogo de fuentes), la que ha conducido a la utilización de una técnica legislativa que resulta inadecuada para regular la incorporación de esta fuente normativa, aunque pueda sí resultar correcta para legislar otros aspectos que la propia norma tiene en miras.

En efecto, el artículo 118 regula principalmente dos cuestiones: por un lado, los principios con base en los cuales se determina el lugar de juzgamiento de los casos penales; por el otro, el juicio por jurados como forma constitucionalmente exigida de realización de estos juicios. Solo de modo fugaz y, fundamentalmente, solo en la medida en que establece una limitación al principio del *forum delicti comissi*, normado en su primera parte, el artículo se refiere a los delitos contra el derecho de gentes.

---

<sup>32</sup> Entre otros, Schiffrin, I, p. 415; Abregú, pp. 15-16.

La inclusión de la palabra *delito* se explica, justamente, porque la norma, al regular el lugar en que habrá de realizarse el juicio, da una respuesta diferenciada según el lugar de comisión del *delito*. Así, el artículo 118 regula de modo general como principio para todos los delitos el del *forum delicti commissi*: cuando el hecho sea cometido dentro del territorio nacional el juicio “se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el *delito*”. Pero inmediatamente agrega la excepción a este principio: “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” (cursivas agregadas). En este sentido, la utilización del adjetivo demostrativo *éste* (que reemplaza al sustantivo *delito*) no tiene el fin de excluir la parte del derecho penal internacional que no son delitos, sino que, más bien, su utilización viene impuesta por una necesidad propia de la materia que está regulando: el artículo 118, en su tarea de normar el lugar donde haya de seguirse el juicio, no puede más que hablar del lugar de la comisión de un *delito*.

De este modo, de los términos de la expresión *delitos contra el derecho de gentes* no se puede fundamentar una exclusión de la aplicación de los principios y las reglas del derecho penal internacional al ámbito interno. Despejada esta objeción, la única función que le puede caber a la palabra *delito* es aquella de dar información sobre la naturaleza penal del derecho de gentes al cual alude el artículo 118, del mismo modo que lo hace ya todo el artículo en cuanto se refiere a casos criminales. La consecuencia, por un lado, de la negación de una función excluyente de la palabra *delito* —en el sentido de impedir la incorporación al derecho interno de todos los elementos del derecho de gentes en materia penal que sean diferentes a las figuras penales internacionales y, por el otro, de la asignación a esta de una función limitada a reafirmar, como surge ya de todo el artículo 118 de la CN, que se está frente a casos penales— no es otra que la de realzar el significado de la expresión *derecho de gentes en materia penal* como única base para interrogar acerca de la extensión de la incorporación del derecho penal internacional al ámbito interno. Y esto significa, al mismo tiempo, afirmar que todo el derecho penal internacional, incluidos no solo sus figuras penales (genocidio, crímenes, contra la humanidad, etcétera) sino también sus principios y sus reglas (imprescriptibilidad, inexcusabilidad de la orden del superior, etcétera), se incorporan a través del artículo 118 de la CN al ordenamiento jurídico argentino.<sup>33</sup> De esta forma, ya no existe ningún argumento para negar la interpretación amplia arriba aludida.

El último interrogante relativo a la extensión se refiere a cómo se incorpora el derecho penal internacional en el derecho interno. Este se plantea debido a que, sin dudas, el entendimiento actual del conjunto de conductas y principios incluidos en el

---

<sup>33</sup> Un problema que en este trabajo no se puede afrontar es el relativo a establecer cuáles son las reglas del derecho penal internacional y, especialmente, qué principios conforman la costumbre internacional y el llamado *ius cogens*. Este problema no es, por lo demás, uno propio del derecho argentino.

concepto *derecho de gentes en materia penal* es diferente de aquel que seguramente tuvieron los constituyentes de 1853 al sancionar la norma. No solo hubo notables variaciones en el entendimiento de algunos principios del derecho penal internacional, sino que incluso el concepto mismo de crímenes internacionales ha sido objeto de un amplio desarrollo, principalmente una vez finalizada la segunda guerra mundial con la realización de los juicios de Nuremberg y Tokio.<sup>34</sup> Sin embargo, el problema pierde dimensión a poco que se advierta que en materia de interpretación constitucional la doctrina es conteste en afirmar que las normas que contengan *cláusulas abiertas* (tal la referencia al derecho de gentes por el artículo 118 de la CN, es decir, sin ninguna otra especificación) deben ser interpretadas de un modo *dinámico*.<sup>35</sup> En otras palabras: el recurso a una interpretación subjetiva, fundada en la intención del constituyente, cede frente a una interpretación objetiva de la norma, pues de este modo se permite una interpretación adecuada a la evolución social. Ello significa que al interpretar el término *derecho de gentes en materia penal* se deben tener en consideración las valoraciones progresivas que a través del tiempo han ido modificando el contenido del concepto, para arribar así a su sentido actual. Se recurre, en suma, a datos extraconstitucionales para cumplir genuinamente con la CN.<sup>36</sup> De este modo, se evita la llamada *esclerosis interpretativa*.<sup>37</sup>

## 2. *Extensión territorial de la incorporación del derecho penal internacional al ámbito interno con base en el artículo 118 de la CN*

En este punto, el interrogante se refiere al sentido que cabe asignarle a la frase “fuera de los límites de la Nación” contenida en el artículo 118 de la CN. Una mera lectura podría sugerir que ella excluye de la aplicación de las reglas del derecho de gentes a los crímenes internacionales cometidos dentro del territorio nacional. Sin embargo, una interpretación de este modo descuida el contexto en el cual la norma se ubica. La especificación de los delitos contra el derecho de gentes cometidos *fuera del territorio nacional* tiene el único propósito de exceptuar estos crímenes, cometidos en este ámbito espacial determinado, de la regla de principio del *forum delicti comissi* establecida en la primera parte del artículo. De este modo, los crímenes (comunes o contra el derecho de gentes) que se cometan dentro del territorio nacional serán juzgados en el lugar (provincia) en que fueron cometidos. En cambio, si se trata de crímenes internacionales cometidos fuera del territorio nacional, al no poder aplicarse fácticamente la regla del *forum delicti comissi* (por la obvia razón de que una

---

<sup>34</sup> Sobre la evolución del derecho penal internacional, cf., por todos, Ambos, II, pp. 78 y ss. y 383 y ss.

<sup>35</sup> Cf. Sagües, pp. 36-37; Bidart Campos, III, p. 1; Colautti, I, p. 1101; Colautti, II, p. 996.

<sup>36</sup> Sagües, pp. 36-37.

<sup>37</sup> El término es de Bidart Campos, III, p. 1.

norma argentina no podría asignar la competencia de tribunales nacionales fuera de la República), la CN impone al Congreso que, mediante una ley especial, determine el lugar dentro de la República donde el juicio deba llevarse a cabo, afirmando de este modo, a su vez, respecto de estos delitos el principio de jurisdicción universal (extra-territorial). Por ello, la mención exclusiva a los crímenes internacionales cometidos fuera del territorio nacional no tiene el fin de limitar la aplicación del derecho de gentes únicamente a este tipo de crímenes cuando se cometan fuera de las fronteras argentinas. De una visión integral de la disposición se comprende que ella permite también la aplicación de las normas del derecho de gentes en materia penal a los crímenes internacionales cometidos en el territorio argentino. La confusión se debe, una vez más, a la deficiente incorporación normativa, en una parte de la CN no adecuada para ello sino, más bien, dedicada a otros fines.

### 3. *La jerarquía de la incorporación del derecho penal internacional por medio del artículo 118 de la CN*

En doctrina, hoy existe consenso en afirmar que el derecho penal internacional integra por la vía del artículo 118 el derecho interno argentino.<sup>38</sup> Esta afirmación no dice nada, sin embargo, respecto del lugar que ocupa el derecho penal internacional en el derecho interno, es decir, con qué nivel jerárquico ha sido incorporado. Esta respuesta debe buscarse, fundamentalmente, en las normas constitucionales que regulan el orden jerárquico entre las diferentes normas del sistema, esto es, en los artículos 27, 31 y 75, inciso 22, CN. Con base en estas normas, como ya fue expresado, la pirámide normativa queda conformada de la siguiente manera: en su cúspide, conformando el bloque de constitucionalidad, la CN y los tratados sobre derechos humanos taxativamente mencionados por el constituyente; en el plano infraconstitucional se ubican, en primer lugar, los tratados internacionales y, por debajo de ellos, las leyes de la Nación. Como se advierte, la CN no menciona específicamente el derecho penal internacional al regular el rango normativo, sino únicamente en modo general los tratados internacionales. La referencia exclusiva a los tratados internacionales es en un sentido más amplia y en otro más estrecha que el término *derecho penal internacional*. Es más amplia, ya que alude a todos los tratados internacionales (de naturaleza penal y no penal). Es más restringida porque se refiere solamente al derecho internacional con base contractual. Por tal razón, estas normas podrían servir tan solo para dar información respecto del rango normativo del derecho penal internacional contractual. La amplitud de la expresión *delitos contra el derecho de gentes* contenida en el artículo 118 de la CN, permite, sin embargo, el ingreso, no solo del derecho penal internacional con base contractual, sino también del derecho penal internacional no

---

<sup>38</sup> Cf. Schiffrin, I, pp. 414-415; Schiffrin, II, pp. 117-118; Abregú, p. 15; Colautti, I, p. 1100; Bidart Campos, II, p. 325.

contractual. Entonces, ¿con qué rango normativo ingresa el derecho penal internacional según el artículo 118 de la CN?

Una primera respuesta podría buscarse en la ley 48, sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, cuyo artículo 21 establece:

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 las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y *los principios del derecho de gentes*, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, *en el orden de prelación que va establecido*. [Cursivas añadidas.]

De acuerdo con esta norma, los principios del derecho de gentes de base no contractual<sup>39</sup> tendrían una jerarquía inferior no solo a la CN y a los tratados constitucionalizados, sino también a los demás tratados internacionales y a las leyes nacionales y provinciales. Sin embargo, una opinión así no parece que sea la correcta. En lo que sigue se intentará demostrar que *todo* el derecho penal internacional tiene rango constitucional y, por ello, que con la alusión al derecho de gentes en el artículo 21 de la ley 48 no se incluye el derecho *penal* de gentes.

La tesis de la asignación de la jerarquía normativa del derecho penal internacional con base en el artículo 21 de la ley 48 descuida el hecho incontrastable de que es la propia CN, a través de su artículo 118, la que admite al derecho penal internacional y que al normar esa incorporación no ha establecido ninguna pauta que delimite su rango jerárquico. En efecto, cuando la CN ha querido establecer una diferenciación en los niveles jerárquicos de las normas (o una subordinación a ella), lo ha hecho expresamente. Así, por ejemplo, aun cuando la incorporación del derecho internacional contractual puede fundarse en la propia CN, es decir, la incorporación tiene *base* constitucional, en el sentido de que está prevista por normas constitucionales (artículos 27; 31; 75, inciso 22; 99, inciso 11; 116, CN), no todos los tratados internacionales gozan de *rango* constitucional (e incluso antes de la reforma de 1994 ninguno de ellos gozaba de él). De este modo, la ausencia de mención en el artículo 31, CN, no tendría el efecto de permitir al legislador inferior fijar el rango con el cual se incorpora el derecho penal internacional, sino que, al contrario, estaría indicando que éste forma parte de la misma CN y goza por tanto de su mismo rango. Carecería de sentido admitir que el legislador ordinario pueda establecer que una fuente normativa, valorada tan altamente por la CN al punto de incluirla entre sus normas, tenga no solo rango infraconstitucional, sino incluso infralegal, conclusión esta a la que se arribaría con base en el artículo 21 de la ley 48. El establecimiento de jerarquías entre las normas incorporadas constitucionalmente es tarea que le compete, única y exclusiva-

---

<sup>39</sup> Los tratados internacionales tienen, según esta norma, una jerarquía superior al resto del derecho de gentes. De todos modos, el rango de los tratados internacionales debe adecuarse a las nuevas previsiones dadas por la reforma constitucional de 1994 (artículo 75, inciso 22, CN).



mente, al constituyente. Si este no prevé una disciplina especial, se entiende que en nada difiere del nivel de las *demás* normas constitucionales. En este marco, el artículo 21 de la ley 48 no se referiría al derecho penal internacional, cuyo rango ya es constitucional, sino al resto del derecho de gentes, es decir, al derecho internacional no penal (y dentro de él al no contractual, ya que respecto del contractual la misma CN ha tomado previsiones específicas).

De esta forma, el derecho internacional se introduciría en el derecho argentino con diferentes valores: a) con rango constitucional, el derecho penal internacional (por vía del artículo 118 de la CN) y a partir de 1994 los tratados elevados a jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, CN); b) con rango infraconstitucional, los demás tratados internacionales (artículo 75, incs. 22, 27 y 31, CN) y, en un escalón inferior, el derecho de gentes no penal y no contractual (artículo 21, ley 48).

Esta distinción se explicaría por el hecho de que la CN habría decidido otorgarle mayor jerarquía al derecho *penal* internacional por sobre el derecho internacional. Esta elección de primacía es aún más notoria en el texto originario de la CN de 1853-60, donde el derecho penal internacional gozaba ya de rango constitucional por su recepción en el artículo 118 de la CN (aunque inadvertido por la doctrina y la jurisprudencia), mientras que el derecho internacional contractual estaba todo subordinado a ella. Pero esta distinción subsiste aún luego de la reforma de 1994, solo que ahora el constituyente consideró también que parte del derecho internacional contractual es digna de asumir jerarquía constitucional.

En este punto es oportuno remarcar (una vez más) que el artículo 118 de la CN incorpora con nivel constitucional el derecho penal internacional sin establecer distinción en cuanto a que su base sea contractual o no contractual. Esto evidencia que *todo* el derecho penal internacional ha tenido siempre rango constitucional, dado que la norma en cuestión es de aquellas que corresponden a la redacción originaria de la CN de 1853-60. Desde esta perspectiva, la reforma constitucional de 1994, mediante la constitucionalización de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, agregó poco en lo que respecta a la incorporación de normas penales de derecho internacional.<sup>40</sup> Las normas de naturaleza penal internacional de aquellos tratados que el constituyente de 1994 declaró formal y expresamente parte de la CN ya lo eran, en virtud del nombrado artículo 118 de la CN.<sup>41</sup> De este modo, las disposiciones penales de tales convenios ya formaban parte del ordenamiento constitucional argentino, pues

---

<sup>40</sup> En cuanto se refiere a las normas de derecho penal internacional contenidas en estos tratados puede afirmarse que la real importancia de su constitucionalización se limitó a la especificación de que rigen “en las condiciones de su vigencia”.

<sup>41</sup> El hecho de que todos los tratados constitucionalizados hayan sido concebidos, firmados y ratificados en una fecha muy posterior al dictado de la CN de 1853-60 no es un escollo para esta interpretación, puesto que, como fue mencionado, en las llamadas cláusulas abiertas se debe recurrir como principio de hermenéutica constitucional a la interpretación dinámica. Véase punto B.II.1. del presente informe.

tales normas pertenecían al derecho penal de gentes. Desde esta perspectiva, y aunque haya pasado inadvertido, la *elevación* a rango constitucional de numerosos tratados internacionales (como, por ejemplo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio) tuvo una importancia *real* menor de la que corrientemente se le asigna. De este modo, desde el punto de vista exclusivamente jurídico el rango constitucional del derecho penal internacional se podía obtener ya desde antes de la reforma constitucional de 1994 a través del artículo 118 de la CN. Ello no quita, claro está, que desde un punto de vista *simbólico* esta afirmación constitucional haya jugado un papel importante.<sup>42</sup>

4. *Las relaciones entre el derecho penal internacional incorporado por el artículo 118 de la CN y los principios y garantías de la CN. La cuestión del nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*

La afirmación del nivel constitucional del derecho penal internacional por medio del artículo 118 de la CN, no dice nada, sin embargo, acerca de la cuestión de si con base en esta norma se podría afirmar, también, que en el juzgamiento en el país de *delicta iuris gentium* se deban aplicar *con exclusividad* las reglas y principios del derecho penal internacional. Con una pregunta: Las normas y principios del derecho penal internacional que ingresan por vía del artículo 118 de la CN, ¿deben compatibilizarse con los principios, derechos y garantías que ya existen en la CN o, por el contrario, los hechos que se encuadrarían como crímenes internacionales deberían ser resueltos exclusivamente por las normas penales del derecho internacional o, por lo menos, por ellas en cuanto existan? El problema se plantea principalmente en relación con la vigencia del principio de legalidad en el juzgamiento en Argentina de crímenes internacionales. La doctrina y jurisprudencia argentinas que se han ocupado del tema lo han hecho, especialmente, en relación con la posible violación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (artículo 18, CN) a causa de la sanción de una ley que *ex post facto* declaraba imprescriptibles crímenes internacionales que antes no lo eran.<sup>43</sup> De todos modos, el problema no puede circunscribirse solamente a este aspecto, sino que, en general, se refiere al más amplio de cómo interactúan las normas del derecho interno de un Estado con las que provienen del nivel internacional. En lo que sigue se analizará este problema únicamente en relación con el posible conflicto entre el artículo 18 de la CN en cuanto prevé un principio de legalidad en sentido estricto (fundado en la necesidad de una *lex scripta, stricta, certa et praevia*) y los principios del derecho penal internacional introducidos, también constitucionalmen-

<sup>42</sup> Tampoco se puede desconocer la ventaja en términos de certeza de la incorporación en el nivel constitucional de textos escritos, en lugar de una vaga remisión constitucional a una amplio conglomerado de fuentes de derecho internacional escritas y no escritas.

<sup>43</sup> El problema tuvo gran repercusión en Argentina luego del caso *Schwammberger* (citado en nota 31). En la doctrina véase, entre otros, Abregú-Dulitzky, pp. 139 y ss.

te, por medio del artículo 118 de la CN. Ello con el fin de establecer si la ausencia en el derecho interno argentino de figuras específicas de crímenes internacionales puede ser suplida mediante la aplicación directa de los tipos de derecho penal internacional incorporados mediante el artículo 118 de la CN.

Para la doctrina mayoritaria, el principio del *nullum crimen* no debe regir al juzgar crímenes internacionales o, por lo menos, no debe regir de modo estricto. La argumentación a que se suele acudir para fundar esta aserción se apoya básicamente en la afirmación de que el artículo 118, al introducir el derecho penal de gentes en el orden interno, *remite a sus reglas propias*. De este modo, se concluye, sería legítima en estos casos la punibilidad de un acto retroactivamente o ampliar los plazos de la prescripción *ex post facto*. “El tribunal local que actúe como tribunal internacional frente a, por ejemplo, un crimen de lesa humanidad, podrá observar tales reglas sin que, por ello, padezca el principio de legalidad”.<sup>44</sup> La remisión *a sus reglas propias* se fundamentaría, incluso para algunos, no ya en el artículo 118 de la CN, sino en “la primacía lógica y axiológica del derecho de gentes”<sup>45</sup> por sobre el derecho interno.

Más allá de este argumento, fundado en la aplicación exclusiva y la primacía del derecho penal internacional, la exclusión de la aplicabilidad de este principio al juzgar crímenes internacionales ha sido fundamentada con base en una de las finalidades del principio de legalidad. Según este punto de vista, el principio de legalidad al estar orientado únicamente a asegurar la división de poderes y a excluir las arbitrariedades a que conduciría la confusión de estos, solo podría regir en un orden en el que existieran tales poderes. Este hilo de argumentación, vertido en el voto del juez Schiffrin al resolver positivamente el pedido de extradición en el caso *Schwammburger*, ha sido aceptado y aplaudido por gran parte de la doctrina nacional.<sup>46</sup> En los tramos más destacables de su voto en *Schwammburger*, Schiffrin afirmaba:

La máxima “no hay delito ni pena sin ley” es una máxima de derecho nacional, hecha para estados que han terminado de enumerar un arsenal de penas minuciosamente previsto en códigos escritos el catálogo exhaustivo de los delitos y penas y que por lo tanto no es aplicable en un plano no fijado y en plena formación como es el del derecho internacional. [Considerando 30.]

[...] el origen del *nullum crimen, nulla poena sine lege* se halla en la lucha contra la omnipotencia estatal y la arbitrariedad judicial [...] El principio de la legalidad de los delitos y las penas tuvo pues por finalidad garantizar la libertad cívica contra la omnipotencia y el despotismo del estado y del juez que dependía de él [...] [Considerando 32].

El *nullum crimen, nulla poena sine lege* [...] no está destinado a establecer la previa calculabilidad a los crímenes [...], sino que se vincula con una acentuación muy marcada en el campo penal del principio de división de poderes [...] [Considerando 33.]

<sup>44</sup> Cf. a este respecto Ferrante, pp. 434 y ss.

<sup>45</sup> Cf. Schiffrin, I, p. 415; Schiffrin, II, pp. 115 y ss.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, Ferrante, p. 451, quien incluso concluye citando textualmente partes del voto de Schiffrin en *Schwammburger*.

[...] en el plano donde no hay estado ni órganos soberanos comunes, ni legislación propiamente dicha y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, integridad, libertad, patrimonio, contra los desbordes de los estados particulares, se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el *nullum crimen, nulla poena sine lege* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella. [Considerando 33.]

Sin embargo, quienes, con los argumentos aludidos, sostienen la no aplicación del principio de legalidad en el ámbito interno al juzgar crímenes internacionales, no se refieren, por lo general, a la posibilidad de prescindir directamente de una ley penal interna que tipifique el acto como punible, para recurrir directamente a los tipos penales del derecho internacional tal como están descritos en las convenciones internacionales o como están concebidos en otras fuentes del derecho internacional. Una excepción a ello la proporciona el reciente fallo del juez Cavallo en el llamado caso *Poblete*,<sup>47</sup> el cual analiza y afirma esta posibilidad:

[...] uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes [...] es el que establece que la criminalidad de ciertas conductas, que se consideran de enorme gravedad y lesividad para la humanidad en su conjunto, está fijada por la ley de las naciones y no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron.

Ciertamente ésta está concebida para evitar la impunidad de esos hechos de extrema gravedad, generalmente llevados a cabo desde el poder estatal o con su aquiescencia, teniendo en cuenta que ese poder estatal podría precisamente modificar el orden legal local de modo que tales conductas aparecerían<sup>48</sup> amparadas por la ley y no fueran punibles.

La regla mencionada aparece entonces como una medida para asegurar que las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes serán perseguidas penalmente y sus autores y partícipes, juzgados y sancionados con una pena, *aun cuando el orden legal del estado en el que esas conductas tuvieron lugar no las declare punibles*. [Punto IV.B del fallo; cursivas añadidas.]

Sin embargo, el fallo no resuelve el caso aplicando directamente los tipos penales del derecho internacional como sugerirían los párrafos antes transcritos y, por ello, no analiza cómo podría llevarse a cabo una semejante aplicación directa. En este sentido el fallo expresa:

La punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes *no es una exigencia* del derecho penal internacional, sino una regla que cobra sentido, más bien, en casos donde la ley penal de un estado no considera punibles a esas conductas. Cuando ese no es el caso y los tipos penales vigentes en la ley local captan las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, *lo natural es* que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. [Punto IV.B del fallo; cursivas añadidas.]

Pese a aceptar que los tipos penales vigentes en las leyes internas “no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos”, el fallo concluye que el *núcleo* de esas

<sup>47</sup> Cf. nota 12.

<sup>48</sup> La utilización de la forma condicional, “aparecerían”, es incorrecta. Lo correcto en este caso es la forma subjuntiva “aparecieran”.

conductas sí está abarcado por los tipos penales de la legislación interna y, en consecuencia, estos son aptos “para juzgar los hechos y determinar la pena aplicable”.<sup>49</sup>

Existen varias razones, sin embargo, que llevan a dudar de la corrección o al menos a relativizar la fuerza de las argumentaciones de la doctrina que ha sido expuesta hasta aquí. En lo que sigue se analizará si del orden jurídico argentino se puede extraer una limitación o una exclusión de la aplicación del principio de legalidad al juzgar crímenes internacionales. El problema se vincula, desde luego, a la cuestión de cómo concebir las relaciones entre las normas penales del derecho internacional y las del derecho interno. El análisis que aquí se desarrollará parte de la siguiente premisa: cuando los hechos que conformarían crímenes internacionales son juzgados por las jurisdicciones estatales, la conformación concreta del derecho aplicable depende en gran medida de las particularidades jurídicas propias de ese Estado. De lo que se trata es de establecer una conciliación o armonización entre las normas provenientes del orden nacional y las del orden internacional. Con esta premisa se contesta ya, de antemano, el argumento de la primacía “lógica y axiológica” del derecho penal internacional sobre el interno. Al analizar este punto, en relación con el principio de legalidad, Ferrante ha afirmado:

[...] es seguro que la respuesta acerca de si rige en el ámbito del derecho penal internacional un principio como el *nullum crimen, nulla poena, sine lege* no puede darla el derecho interno, aun constitucional de un Estado.<sup>50</sup> [Cursivas del original.]

Esta frase expresa un modo bien determinado de concebir las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Es decir, aquel que afirma una “tajante distinción entre los dos órdenes”.<sup>51</sup> Esta forma de concebir las relaciones entre el derecho internacional y el interno ha sido, sin embargo, puesta en duda en los últimos años por una parte de la doctrina, específicamente en el campo del derecho penal internacional.<sup>52</sup> Desde esta perspectiva, el derecho penal internacional no sería un cuerpo estático e independiente, compuesto exclusivamente por normas de derecho internacional y sin relación con las normas del derecho interno, sino que, por el contrario, el sistema de las fuentes del derecho penal internacional, tanto desde el punto de vista normativo como del derecho aplicado, recurriría a los derechos nacionales. Justamente, de la interacción entre los diferentes órdenes normativos (derecho internacional y derechos estatales)<sup>53</sup> surgiría un nuevo orden, único, complejo, pero con diferentes niveles normativos. El derecho penal internacional se conformaría, por tanto, con la interacción de las diversas fuentes correspondientes a diferentes niveles

<sup>49</sup> Para mayores detalles sobre el fallo *Poblete*, cf. sección F del presente.

<sup>50</sup> Ferrante, p. 449.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Delmas-Marty, I, pp. 1915-1931; Delmas-Marty, III, pp. 112 ss.; Fronza-Guillou, I; Fronza-Guillou, II, pp. 279- 286.

<sup>53</sup> A estos órdenes se deben sumar, desde luego, las normativas regionales. Para ello, cf. Fronza-Guillou, II, p. 275.

normativos (nacional, supranacional). La complejidad del sistema de las fuentes, como así también su naturaleza dinámica e interactiva, han llevado a denominar al derecho penal internacional como un modelo de representación en forma de red.<sup>54</sup>

La interpretación según la cual a este grupo de crímenes le deben ser aplicadas *exclusivamente* las normas (penales) del derecho internacional descuida esta naturaleza compleja del derecho penal internacional, caracterizada tanto por “movimientos de penalización descendentes” (del derecho internacional a los derechos estatales) como “ascendentes” (de los derechos estatales al derecho internacional), los cuales se influyen y actúan recíprocamente.<sup>55</sup> Por ello, se ha afirmado que incluso el principio de complementariedad en el que se asienta la actuación de la CPI “no significa ni una autonomía absoluta de cada una de las esferas de la justicia penal, nacionales e internacionales, ni una subordinación estrecha de las unas con las otras”.<sup>56</sup> De este modo, se pone en crisis no solo el mismo concepto de *jerarquía*, sino también, el empleo de las tradicionales categorías *monista* y *dualista* de entender las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Estas “no considerarían los datos actuales en el ámbito de la justicia penal internacional”.<sup>57</sup> Por ello, se propone una tercera concepción, denominada *pluralista*, que “escapa a la alternativa monismo/dualismo y sustituye a la jerarquía de las normas por su interacción”.<sup>58</sup>

Dentro de esta concepción compleja de entender el derecho penal internacional el problema que surge de inmediato es el siguiente: ¿Cómo se puede realizar esta interacción entre las normas penales del derecho internacional y las de los estados nacionales? El problema no es en absoluto sencillo, especialmente si se parte de la premisa de que es seguro que existen normas de derecho penal internacional que limitan la soberanía estatal al afirmar estándares mínimos para la tutela de un núcleo

---

<sup>54</sup> Fronza-Guillou, III, p. 195; Fronza-Guillou, II, p. 282; Fronza, II, p. 316. Sobre este paradigma para leer la complejidad del sistema de las fuentes en el ámbito de la teoría general del derecho, cf. Van de Kerchove-Ost, I; Van de Kerchove-Ost, II. Sobre la discusión en el ámbito de la doctrina filosófica alemana del modelo de red (*Netzwerk von Netzwerken*) desarrollado especialmente por Karl Heinz Ladeur, véase Günther, especialmente p. 564 y ss.

<sup>55</sup> Fronza-Guillou, II, pp. 282-284; Delmas-Marty, I, p. 1921. Para un ejemplo de estos movimientos de penalización cf., especialmente, Delmas-Marty, V.

<sup>56</sup> Delmas-Marty, I, pp. 1915-1916.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Delmas-Marty, I, p. 1916. En el derecho argentino tampoco sería de utilidad recurrir a la jerarquía. Del derecho interno argentino no puede fundarse una primacía del derecho internacional (penal) sobre el interno. La mención a los delitos contra el derecho de gentes efectuada en el artículo 118 de la CN, si bien puede servir para fundamentar la incorporación del derecho penal internacional con rango constitucional, no puede justificar una primacía de este bloque de normas “constitucionales” sobre otro también “constitucional” (en el caso, el artículo 18, CN, que establece el principio del *nullum crimen*). Esta primacía tampoco puede ser extraída del artículo 27 de la Convención de Ginebra, que prevé la preeminencia del derecho internacional, pues esta norma, en el ordenamiento jurídico argentino, goza tan solo de rango legal. Sería un sinsentido admitir que una norma de rango legal pueda establecer una relación de jerarquía entre diferentes normas “constitucionales”, cuando la propia CN no las establece.

de derechos fundamentales. Entonces, ¿cómo compatibilizar estos órdenes? ¿Cuál es el derecho aplicable en el caso concreto de que exista un conflicto entre las normas provenientes del derecho internacional y las del derecho interno? ¿Cómo garantizar a los Estados un cierto margen de autonomía contemplando, a su vez, la protección de un núcleo de derechos fundamentales impuestos directamente por el derecho internacional? ¿De qué modo se puede lograr una cierta armonización, en el sentido de un respeto uniforme por los Estados de ciertos principios rectores dados por el derecho internacional (penal), que respete, a su vez, ciertas especialidades estatales y, por ende, pueda concebirse como un modelo pluralista?<sup>59</sup>

Con el fin de tender a una aproximación (en el sentido de un acercamiento a un *ius commune*) de las prácticas nacionales se ha propuesto recurrir, como esquema epistemológico, al reconocimiento de un “margen nacional de apreciación”. Este esquema, nacido originariamente en el seno de la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) y adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos (CorteEDH),<sup>60</sup> tiende a garantizar una cierta autonomía estatal y, a su vez, organizar un “control que evite las desviaciones excesivas en relación con este margen”.<sup>61</sup> En otras palabras, y aplicado el modelo al campo del derecho penal internacional, a cada Estado se le reconocería un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional. La cuestión más delicada no es, sin embargo, el reconocimiento de este margen y la organización de un control, sino, más bien, la de establecer cuáles son los criterios para delimitar qué reglas o principios entran en el margen de apreciación autónomo de cada Estado y qué principios o reglas del derecho (penal) internacional deben ser obligatoriamente respetados por los Estados para proteger un núcleo básico de derechos fundamentales. Es decir, en qué medida este margen no es excesivo.

La amplitud del margen de apreciación o, a la inversa, el real alcance de la incorporación de las normas penales del derecho internacional en el ámbito interno, si bien no puede tener una solución uniforme en todos los Estados, pues dependerá de las particularidades propias de cada orden normativo, sí podrá basarse en ciertos criterios generales comunes. Aquí se propone recurrir como criterio de delimitación a los propios derechos fundamentales garantizados en los órdenes estatales. En este sentido, la introducción de las reglas y principios en materia penal del derecho internacional encontrará un límite en cuanto estos afecten derechos fundamentales reconocidos a los individuos por las constituciones o cartas políticas estatales. Y justamente, a la

---

<sup>59</sup> Cf. Delmas-Marty, I, pp. 1915 y ss., y especialmente Delmas-Marty, VI, *pássim*.

<sup>60</sup> Cf. Delmas-Marty, II, pp. 79 y ss. A nivel regional latinoamericano la doctrina del margen nacional de apreciación ha sido solamente considerada en la opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), cf. especialmente los puntos 58 a 62.

<sup>61</sup> Delmas-Marty, I, p. 1928.



inversa, el reconocimiento de estos derechos fundamentales constituirá el “margen nacional de apreciación”, es decir, el espacio de autonomía en el que la soberanía estatal no cede frente a las normas provenientes del plano internacional. De esta forma se revela un orden dinámico, en el cual el derecho aplicable concreto es modelado por cada Estado, pero respetando las líneas base del derecho (penal) internacional. Por lo menos, hasta que no exista una carta de derechos fundamentales universal, al modo de una Constitución consensuada mundial, esta es la mejor forma de adaptar las exigencias penales del derecho internacional, con el espacio de autonomía que se reservan los Estados individuales, sin restringir las garantías básicas de las personas sometidas a enjuiciamiento.

Aplicadas al derecho argentino y específicamente al problema planteado acerca de la aplicabilidad del principio de legalidad al juzgar en Argentina crímenes internacionales, estas consideraciones conducen a una única conclusión: el *nullum crimen*, como garantía fundamental consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, debe ser aplicado estrictamente incluso tratándose de crímenes internacionales. Ello, a su vez, se condice con la posición que el gobierno argentino asumió al efectuar la reserva al segundo párrafo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), lo que revela “la explícita actitud del Estado argentino contraria a privar al derecho penal internacional de la garantía del principio de legalidad”.<sup>62</sup>

Esta conclusión se refuerza en el caso de Argentina, donde, a diferencia de otros países, las normas penales del derecho internacional no prevalecen por sobre las normas de derechos y garantías previstas en la CN. Como se ha visto, el ordenamiento jurídico argentino sitúa las normas del derecho penal internacional en el nivel constitucional, al igual que lo están, lógicamente, los derechos y garantías previstos en la CN. Y ello evidencia que estas normas deben compatibilizarse entre sí, como todas las normas dentro de un mismo sistema, y, por lo tanto, que entre ellas se debe buscar una interpretación integradora. En este sentido, la Argentina ha considerado que a

---

<sup>62</sup> Ferrante, p. 442.

El artículo 15 de del PIDCP dispone:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

”2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional”.

La reserva efectuada por el Estado argentino al momento de la ratificación del PIDCP el 8/8/1986 reza del modo siguiente: “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto [...] deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”.

todas las personas que sean juzgadas por los tribunales nacionales, se trate o no de crímenes internacionales y aunque ejerzan dichos tribunales funciones de tribunales internacionales, se les deben garantizar ciertos derechos y garantías básicos, entre los cuales se encuentra el principio de legalidad. Afirmar esta integración y los criterios enunciados más arriba para efectuarla no significa negar la importancia del reconocimiento del nivel constitucional del cual goza, de acuerdo con el artículo 118 de la CN, el derecho penal internacional. Aunque sea cierto que en cuanto al principio de legalidad un ciudadano sometido a proceso podrá hacer valerlo, tal como está previsto en el artículo 18, CN, que es superior en cuanto norma de garantía a un principio de legalidad como el concebido en el orden internacional (por ejemplo, sin reserva de ley), la afirmación constitucional del derecho penal internacional mantiene su importancia respecto de otros principios. Así, por ejemplo, el principio de la *imprescriptibilidad* de los crímenes internacionales gozará en Argentina de rango constitucional y en estos casos ninguna ley inferior podrá oponérsele, pues no existe un conflicto de normas constitucionales que deba resolverse por la preferencia del que otorga mayores garantías a quien se encuentra sometido a proceso, ya que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir.<sup>63</sup>

La solución del conflicto de normas constitucionales en favor de aquella que prevea mayores garantías es una solución acorde con los postulados de un Estado de derecho, donde la gravedad de los delitos no debe llevar a la disminución de las garantías básicas. Precisamente, en la existencia de estas garantías y de un derecho penal limitado se fundamenta y asienta la idea de un Estado de derecho. Estas reflexiones llevan a analizar con detalle quizás el párrafo más emotivo, citado y renombrado del conocido voto del juez Schifffrin en el caso *Schwammberger*. El párrafo al que se hace referencia, citado en extenso *ut supra*, culmina de la siguiente manera:

[...] 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. [Considerando 33.]

Esta argumentación, que concibe al *nullum crimen* en el plano internacional como un principio que desempeñaría un papel contrario al de su finalidad porque ayudaría al “opresor”, encierra en sí una falacia: en el momento en que “el opresor” es juzgado, deja de ser justamente “el opresor”. En ese momento, en un moderno Estado de derecho, esta persona no es más que un imputado al cual se le deben todas las garantías que el orden constitucional de un Estado le otorga.

---

<sup>63</sup> Una cuestión diferente es la de admitir que esta regla de la imprescriptibilidad de crímenes internacionales sea, en sí, correcta. Una propuesta interesante que propugna no ya la imprescriptibilidad de estos crímenes, sino la interrupción del plazo de la prescripción hasta el restablecimiento de la vida democrática o de una nación libre (inicio real de la posibilidad de ejercer la acción penal) puede verse en Sancinetti, pp. 252 y ss.

Pero la argumentación que se da en *Schwammberger* puede relativizarse, también, desde otro punto de vista. Ella se asienta en una visión puramente objetiva del principio de legalidad, es decir, negando otra función que la de proteger el principio de la división de poderes. Aunque tenga el gran mérito de llevar la discusión al campo del contenido del principio, sin admitir de antemano una respuesta axiológicamente unívoca,<sup>64</sup> esta argumentación solo podrá prosperar si se admite que la salvaguarda del principio de división de poderes es la única función que cabe asignarle al principio de legalidad. Y aun en ese caso será necesario indagar si, aunque con otras expresiones, similares relaciones de poder y similares riesgos de desigualdades y arbitrariedades como las que se dan en el plano estatal no se dan, también, aunque sin división de poderes, en el plano internacional, donde el rol del juez es extremadamente extenso y donde la política tiene una presencia más fuerte que en el plano nacional e influye precisamente en el propio campo jurisdiccional. Por lo tanto, aceptar la viabilidad de esta argumentación implica, al mismo tiempo, reconocer que el *nullum crimen* se agota en la sola protección de la separación de los poderes estatales, que en el campo del derecho penal internacional este principio no protege al individuo frente a arbitrariedades de ningún tipo y que no tendría tampoco la función de brindar las condiciones para que el autor se pueda motivar en la norma.

En principio, se puede coincidir con Ferrante<sup>65</sup> cuando pone en duda que un autor de crímenes internacionales realmente pueda esperar hoy que sus hechos no sean declarados punibles. Es cierto que en la actualidad difícilmente un autor de crímenes internacionales necesite de una norma expresa que sancione, por ejemplo, el delito de genocidio, para que pueda motivarse conforme a la norma, percibir el contenido de lo injusto y actuar, en consecuencia, conforme a derecho. Cualquier persona podría percibir directamente el contenido de injusto del hecho de, por ejemplo, asesinar a miles de personas mediante un plan sistemático de eliminación. Pero si bien es cierto que un autor no necesitaría de un tipo penal para concebir al genocidio como un hecho punible, sí lo necesitaría para apreciar el hecho en toda su magnitud, es decir, para conocer concretamente de qué modalidad de genocidio se trata, de entre las diferentes que ofrece el derecho (penal) internacional.<sup>66</sup> Quienes admiten que la ausencia de tipos penales específicos para reprimir los crímenes internacionales en el derecho interno argentino pueda ser suplida recurriendo a las figuras de crímenes internacionales tal como están previstas en las convenciones internacionales o concebidas por la costumbre internacional (negándole vigencia al *nullum crimen* en la persecución de crímenes internacionales), olvidan que en el mismo ámbito internacional no existe uniformidad acerca no solo de los elementos típicos que configuran las

---

<sup>64</sup> Esta posición fue adoptada posteriormente por este autor, cf., en este sentido, Schiffrin, I, p. 415.

<sup>65</sup> Ferrante, p. 451.

<sup>66</sup> Cf., en este sentido, Ambos II, pp. 405 y ss; Fronza I, pp. 115 y ss; Gil Gil, pp. 200-231.

diferentes figuras de crímenes internacionales, sino también, más en general, de las diferentes modalidades de cada figura. Pero no se trata solamente de la motivación en la norma del autor del hecho (aspecto subjetivo del principio de legalidad) sino, también, de un problema de certeza. La sujeción a la ley (aspecto objetivo del principio de legalidad) serviría, justamente, para que el juez pudiera recurrir a una norma cierta y, por ello, actuaría de garantía para quien es juzgado, el cual solo podrá ser penado en tanto y en cuanto haya cometido *esa* modalidad específica del crimen, basada en *esos* específicos elementos típicos.

Existe aún otra objeción más a la aplicación directa de las figuras de crímenes internacionales del derecho internacional en ausencia de tipos penales específicos en el orden interno. Esta objeción radica en que los crímenes internacionales previstos, por ejemplo, en las convenciones internacionales no contienen la previsión de una sanción (con la excepción ahora del ECPI). El camino que se ha propuesto para solucionar esta cuestión es el de recurrir a la pena prevista en los tipos del derecho penal clásico (es decir, aquellos que se habrían de aplicar en caso de no poder echar mano de los tipos específicos del derecho internacional). Según este punto de vista, entonces, se podría combinar, por ejemplo, el tipo de crímenes de lesa humanidad con base directa en el derecho penal internacional y la pena del homicidio de acuerdo con los artículos 79 y 80 del CP. Si esta posibilidad se incluye entre las facultades que tiene un juez argentino es algo altamente dudoso.<sup>67</sup> En este punto la doctrina ya afianzada de la CSJN afirma que el principio de legalidad “exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar”.<sup>68</sup>

De todos modos, estos problemas específicos se podrían hoy minimizar si se coincide en recurrir, únicamente, a los tipos y sanciones previstos en el ECPI, como expresión última de la evolución del derecho penal internacional. Pero quien quisiera transitar este camino<sup>69</sup> tendría que admitir, en consecuencia, que el resto del derecho penal internacional, incluida la costumbre internacional, desempeña hoy un papel más limitado del que comúnmente se le asigna. Este punto de vista debería, asimismo,

---

<sup>67</sup> Niega rotundamente esta posibilidad el juez Petrachi, en su voto en disidencia en *Priebke*, citado en la nota 12.

<sup>68</sup> CSJN, Fallos 311: 2453. Si bien Ferrante parte de una “tajante distinción” entre el orden internacional y el orden estatal (p. 449), en este punto, aunque sin dar una respuesta definitiva, parece inclinarse por la posibilidad de integración de ambos órdenes, lo que autorizaría a combinar las normas del derecho (penal) internacional con las del derecho interno para suplir falencias. Este autor se pregunta, anticipando la solución a la que adhiere: “¿Debe el juez nacional limitarse a dar la respuesta inadecuada del derecho penal interno o bien debe formular una regla *ad hoc* que supla, para el caso, la omisión legislativa que viola deberes jurídico-internacionales?” (p. 450). Lo que no se puede dejar de señalar es que esta auspiciada integración se realiza únicamente para suplir una laguna punitiva y no se admite, por el contrario, para posibilitar que el principio de legalidad del artículo 18 de la CN pueda aplicarse en el juzgamiento de crímenes internacionales.

<sup>69</sup> Que, de todos modos, solo serviría para eliminar estas objeciones, pero no las objeciones básicas que han sido expuestas a lo largo del presente punto.

enfrentar la objeción de que el ECPI, cristalizando los últimos desarrollos del derecho penal internacional, afirma la vigencia en este ámbito del principio de legalidad. Este hecho brindaría, por cierto, un último argumento en favor de la vigencia del *nullum crimen* al juzgar crímenes internacionales.

Por las razones expuestas a lo largo de esta sección se puede llegar a una conclusión cierta y responder, ahora, el cuestionamiento inicial: la ausencia de tipos penales específicos para reprimir los crímenes internacionales en el derecho interno argentino no puede ser suplida recurriendo a las figuras de crímenes internacionales tal como están previstos en las convenciones internacionales o concebidos por la costumbre internacional. Ello, justamente, pues en el ámbito interno argentino opera la garantía que reza *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. El primitivismo del derecho penal internacional no puede conducir a justificar un orden imperfecto en materia de garantías. Por ello, en Argentina, los hechos que encuadrarían en las figuras de crímenes internacionales solo podrán ser juzgados con base en los tipos del derecho penal clásico.<sup>70</sup> En lo que sigue se expondrá brevemente a qué tipos penales habría que recurrir.

#### a. Genocidio

A pesar de la ausencia de un tipo específico de genocidio, los hechos que conformarían el sustrato fáctico de este crimen podrían encontrar una respuesta punitiva en la legislación interna a través de tipos del derecho penal clásico. Debe señalarse, sin embargo, que estas figuras carecen del elemento subjetivo especial típico de este delito, esto es, la “intención de destruir [...] a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” que contiene el artículo 6 del ECPI. De todos modos, el legislador argentino ha intentado acercar el derecho penal común a las exigencias del derecho internacional por medio del artículo 2 de la Ley sobre Represión de Actos u Omisiones Discriminatorios (ley 23.592). Dicho artículo 2 prevé la elevación de las escalas penales de todos los delitos previstos en el CP y leyes complementarias cuando el delito es “cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Aunque no pueda cubrirse en todos los casos el contenido de injusto del delito de genocidio, los siguientes tipos penales podrían posibilitar el juzgamiento en Argentina de los hechos que para el derecho internacional se encuadrarían como genocidio. Estos delitos son: homicidio y homicidio agravado (artículos 79 y 80, incs. 2, 4 y 6); lesiones leves, graves y gravísimas y lesiones agravadas (artículos 89, 90, 91 y 92); aborto (artículos 85, inciso 1, y artículo 86, primer párrafo).

---

<sup>70</sup> Por razones de espacio no se podrán transcribir todos los tipos penales que entrarían en consideración. El CP argentino puede consultarse en Internet: <www.legislaw.com.ar>. En el CP existen únicamente las sanciones de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (artículo 5), siendo la pena más grave la de privación de la libertad perpetua, seguida de la pena del homicidio simple, cuyo máximo alcanza a los 25 años.

*b. Crímenes contra la humanidad*

Las figuras del derecho penal clásico que permitirían en Argentina, a falta de un tipo específico de crimen de lesa humanidad, juzgar estos hechos son los siguientes: homicidio y homicidio agravado (artículos 79 y 80); reducción a servidumbre (artículo 140); privación de la libertad, privación de la libertad agravada, apremios ilegales y tortura (artículos 141, 142, 142 *bis*, 144 *bis* y 144 *ter*); violación (artículos 119 y 122); abuso deshonesto (artículo 127). Estas figuras no contienen, claro está, el requisito típico de que el acto se cometa “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, como sí prevé el artículo 7 del ECPI.<sup>71</sup>

*c. Crímenes de guerra*

Únicamente en el derecho penal militar se han receptado en Argentina, si bien con escasa amplitud, algunos crímenes tipificados recientemente en el ECPI. El CJM prevé, en efecto, en dos de sus artículos, algunos tipos penales que integran el catálogo de los denominados en el derecho internacional como crímenes de guerra:

El artículo 746, CJM, penaliza, en este sentido, las siguientes conductas:

- inciso 1, primera parte, al que “obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas” (coincidente con el artículo 8, 2, *a*, V y, específicamente, con el artículo 8, 2, *b*, XV del ECPI);
- inciso 1, segunda parte, al que “maltratare de obra” a los prisioneros de guerra o los “injuriare groseramente o privare del alimento necesario” (coincidente, en parte, con el artículo 8, 2, *b*, XXI del ECPI; si el maltrato de obra asume cierta gravedad podrían sancionarse por medio de esta disposición conductas que el ECPI ha tipificado específicamente, por ejemplo, en el artículo 8, 2, *a*, 3);
- inciso 2, al que “atacare sin necesidad hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, colegios, cárceles o casas de agentes diplomáticos o cónsules extranjeros, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos” (coincidente con el artículo 8, 2, *b*, IX y, en parte, con el artículo 8, 2, *b*, V del ECPI);
- inciso 3, al que “destruyere templos, conventos, bibliotecas, museos, archivos, u obras notables de arte, sin exigirlo las operaciones de la guerra” (como el inciso anterior, esta disposición es similar a la del artículo 8, 2, *b*, IX del ECPI; requiere, sin embargo, para su consumación que el ataque produzca la destrucción de los bienes descritos).

---

<sup>71</sup> Aunque Argentina ha ratificado y posteriormente elevado a rango constitucional, a través del mecanismo previsto en el artículo 75, inciso 22 de la CN, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (ratificada por ley 24.556 y elevada a jerarquía constitucional por ley 24.820) no ha incorporado aún un tipo penal de desaparición forzada.

El artículo 741, CJM, por su parte, sanciona al “militar con mando, que prolongare las actividades después de haber recibido la noticia oficial de haberse hecho la paz, tregua o armisticio”. Si bien esta norma no tiene un correlato estricto en el ECPI, la conducta tipificada podría, según las circunstancias, coincidir con el artículo 8, 2, b, IV del ECPI.

Fuera de estas normas y en subsidio se podrían aplicar también los siguientes tipos penales del derecho penal clásico: homicidio y homicidio agravado (artículos 79 y 80, incs. 2, 4 y 6); lesiones leves, graves y gravísimas y lesiones agravadas (artículos 89, 90, 91 y 92); tortura (artículo 144 tercero); daño (artículo 183), hurto (artículos 162 y 163 inciso 2), robo (artículos 164, 165 y 166); violación (artículos 119 y 122).

*d. Crímenes de agresión*

No existe un tipo específico ni normas del derecho penal clásico por las cuales este hecho pueda ser punible.

*e. Otros tipos penales del derecho penal internacional dentro del derecho nacional*

El CP prevé en sus artículos 198 y 199 el delito de piratería de buques y aeronaves.

*f. Déficit*

Como se ha visto, los déficit del ordenamiento jurídico argentino en la tipificación de crímenes de derecho internacional son enormes: el CP no regula crímenes de derecho internacional, ni es posible acudir directamente al derecho internacional para suplir esta falencia. Fuera de ello, la recepción en el derecho penal militar de crímenes internacionales es sumamente escasa. De este modo, las conductas que responden a la calificación de crímenes internacionales según el derecho internacional solo pueden resolverse en el derecho argentino vigente por medio de las figuras tradicionales del derecho penal común.

**C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional**

**I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional**

En Argentina el principio de aplicación espacial de la ley penal predominante es el de *territorialidad*. El artículo 1 del CP dispone:

Este código se aplicará: 1) por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2) por los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.



La doctrina discute si con la alusión a los *efectos* del delito (artículo 1, inciso 1, CP) la ley penal incorpora el principio *real o de defensa*<sup>72</sup> o si se trata únicamente de la recepción de la *teoría de la ubicuidad*<sup>73</sup> para determinar el lugar de comisión del delito en el marco del principio de territorialidad. También se discute si la aplicación del derecho penal argentino a los delitos cometidos en el extranjero por agentes o autoridades argentinos en desempeño de su cargo (artículo 1, inciso 2, CP) se funda en el principio de nacionalidad o personalidad activa, en el principio real<sup>74</sup> o en la lesión de un deber especial del cargo por parte del funcionario.<sup>75</sup> Estos principios de aplicación espacial de la ley penal del CP son aplicables al derecho penal militar por la remisión que hace el artículo 510 del CJM. Por su parte, el artículo 511, CJM, recurre al principio de la personalidad activa haciendo aplicables las disposiciones del derecho penal militar argentino a los delitos militares cometidos en territorio extranjero por individuos de las fuerzas armadas de la Nación.<sup>76</sup>

El *principio universal* se incorpora en el ordenamiento jurídico argentino directamente por vía constitucional para regir únicamente a los delitos del derecho penal internacional. El ya citado artículo 118 de la CN, establece la jurisdicción argentina por los delitos contra el derecho de gentes cometidos, también, “fuera de los límites de la Nación”.<sup>77</sup> En este caso, dispone el artículo citado que el Congreso determinará por una ley especial el lugar dentro del territorio nacional donde haya de realizarse el juicio, que será por jurados. Sin embargo, el Congreso de la Nación nunca ha sancionado una ley con ese alcance, ni ha instituido siquiera el juicio por jurados en la República. De todos modos, no es esta omisión la carencia principal de legislación en la materia, sino la falta de determinación de los delitos a los que se aplicaría el principio.<sup>78</sup> Como ya se ha señalado, en Argentina no existen tipos penales específicos de crímenes internacionales. De todos modos, queda abierta la cuestión de si es posible juzgar en Argentina los hechos que conformarían el sustrato fáctico de crímenes inter-

---

<sup>72</sup> De la Rúa, p. 22.

<sup>73</sup> Bacigalupo, p. 119.

<sup>74</sup> Soler, p. 162; De la Rúa, p. 29; Terán Lomas, p. 180.

<sup>75</sup> Bacigalupo, p. 123.

<sup>76</sup> El Código Aeronáutico (ley 17.285) recepta, asimismo, los principios de personalidad pasiva y de defensa. El artículo 199, segundo párrafo, de este Código dispone la aplicación de las leyes de la Nación en caso de delitos cometidos a bordo de una aeronave privada argentina sobre territorio extranjero, si se hubiese lesionado un interés legítimo del Estado argentino (principio real o de defensa) o de personas domiciliadas en Argentina (principio de personalidad pasiva). Esta normativa, sin embargo, solo en casos extremadamente excepcionales podrá tener interés en el juzgamiento de crímenes internacionales.

<sup>77</sup> Sobre los alcances de esta frase, véase el punto B.b.2. Para la transcripción íntegra del artículo 118 de la CN véase el punto B.b. Asimismo, se debe señalar que *no* existen, como en otros órdenes jurídicos, restricciones a la vigencia del principio de jurisdicción universal, tal como, por ejemplo, la residencia del inculcado en el territorio nacional.

<sup>78</sup> Creus, p. 113.

nacionales cometidos en el extranjero, por medio de las disposiciones del derecho penal clásico interno.<sup>79</sup>

## **II. Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución**

En el orden jurídico-penal argentino rige el principio de legalidad (*Legalitätsprinzip*), en el sentido de obligación de persecución. En efecto, el artículo 71 del CP establece: “*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales*”, con excepción de los delitos dependientes de instancia privada y los delitos de acción privada (cursivas añadidas). Esta obligación de persecución se encuentra incluso reforzada mediante la previsión de una sanción penal al “funcionario público que, faltando a la obligación a su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes” (artículo 274, CP). Por ello, en la Argentina puede afirmarse que la regla es la persecución obligatoria de todos los delitos.

De tipificarse en Argentina crímenes internacionales, estos serían, en cuanto delitos de acción pública, de persecución obligatoria. De los delitos del derecho penal clásico que permiten, de algún modo, la persecución en Argentina de los hechos que conforman el sustrato fáctico de crímenes internacionales, los delitos de violación, abuso deshonesto y lesiones leves, si bien de acción pública, dependen de la instancia privada del ofendido para iniciar la persecución. Todos los demás antes mencionados son de acción pública y, por tanto, de persecución obligatoria.<sup>80</sup>

## **D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena**

### **I. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma**

Como se señaló en el apartado B, el derecho argentino contiene tipificaciones de crímenes de derecho internacional únicamente y de modo extremadamente reducido en el ámbito del derecho penal militar. Fuera de estos casos, los hechos que se calificarían en el plano del derecho internacional como crímenes internacionales solo podrán ser juzgados en Argentina a través de los tipos penales del derecho penal clásico.

---

<sup>79</sup> El principio de jurisdicción universal tendría aplicación para quienes afirman la posibilidad de recurrir a los tipos penales del derecho internacional, en ausencia de tipos específicos en la legislación interna. La misma CSJN en el caso *Peyrú* (fallo del 23/2/1995, citado por Ferrante, p. 433) ha rechazado el juzgamiento en Argentina de delitos cometidos en Chile, no con el argumento de que en el país no existen tipificaciones específicas de crímenes internacionales, sino porque los hechos concretos del caso no se trataban de “delitos contra el derecho de gentes”. En el caso de que sí se hubiesen tratado de delitos contra el derecho de gentes, la CSJN habría debido plantearse bajo qué tipos penales juzgaría los hechos.

<sup>80</sup> Por ello, la selección de casos para la acusación en el conocido “proceso a las juntas militares” (causa n° 13 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires), no puede estar cubierta por la legislación penal nacional.

La falta de figuras de crímenes internacionales en el derecho interno se compadece, lógicamente, con la ausencia de normas de parte general específicas para juzgar crímenes internacionales. En lo que sigue se indicarán los presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena previstos en el CP. Ello no solo porque prácticamente en la totalidad de los casos el juzgamiento en el país de este tipo de crímenes solamente podrá efectuarse a través de los delitos existentes en el CP, sino también porque el CJM establece como regla general, en su artículo 510, que serán de aplicación las disposiciones de la parte general del CP a los delitos militares “en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del presente Código”.<sup>81</sup>

Los tipos penales del derecho interno que, en ausencia de figuras específicas, permitirían juzgar crímenes internacionales, como así también los del CJM, requieren *dolo*. La posibilidad del *dolo eventual*, por principio admitida en el derecho argentino junto con el dolo directo e indirecto, dependerá de si el delito concreto requiere la presencia de una intención especial como elemento subjetivo de lo injusto o de la propia forma de comisión del delito (por ejemplo, excluido en el delito de violación). Una definición de las diferentes formas de dolo no existe en el CP.

En cuanto a la *imprudencia*, el CP argentino se alista entre los que afirman el sistema del *numerus clausus*. Solamente en un número reducido de delitos se prevé la forma culposa (homicidio, lesiones, etc.). De todos modos, los hechos a los que se refiere el proyecto difícilmente podrían encuadrarse bajo la forma culposa.

En materia de *error*, el primer párrafo del artículo 34 del CP establece la no punibilidad de quien “no haya podido en el momento del hecho [...] por [...] error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. La doctrina tradicional y la mayor parte de la jurisprudencia consideran que esta norma solo regula el caso del *error de hecho*, negándole, por tanto, relevancia excusante al *error de derecho*. La doctrina más moderna, remplazando las categorías de error de hecho y de derecho por las de *error de tipo* y *de prohibición*, ha comenzado a entender que esta norma sirve también para fundamentar la eficacia del error de prohibición inevitable.

En cuanto a la *tentativa*, el artículo 42 del CP establece que esta se configura cuando el autor que actúa “con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad”. El autor de una tentativa sufrirá una pena disminuida y en caso de que se tratase de un delito imposible (tentativa absolutamente inidónea) se lo podrá incluso eximir de pena (artículo 44, CP). El *desistimiento voluntario* del autor lo exime de pena (artículo 43, CP).

---

<sup>81</sup> Asimismo, quienes admiten una persecución con base directa en el derecho penal internacional, deberán recurrir con frecuencia a las normas de parte general del CP, debido al escaso desarrollo de estas en el plano internacional. Sobre la búsqueda de principios para conformar una parte general del derecho penal internacional, cf. la extensa obra de Ambos (cf. Ambos, II, pássim).

En relación con las formas de *participación criminal*, el CP distingue entre autores y partícipes (artículos 45 y ss., CP). El CP no da una definición del autor o de la autoría. Se limita a afirmar, en su artículo 45, que “los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito”, refiriéndose con ello a la categoría que en doctrina se conoce como partícipes o cómplices necesarios.<sup>82</sup> Del mismo modo, el último párrafo del citado artículo 45 equipara con el autor, en cuanto a las consecuencias, también al instigador. Solamente los que presten una colaboración no necesaria para la ejecución del hecho y los que presten una colaboración posterior cumpliendo promesas anteriores al hecho (partícipes no necesarios) serán sancionados con una pena disminuida (artículo 46, CP).<sup>83</sup>

El CP argentino no regula expresamente en una norma de parte general a la *omisión*. En su parte especial se encuentran, sin embargo, algunos delitos propios de omisión. De todos modos, en los hechos de los que aquí se trata, mucha mayor importancia asume la llamada *omisión impropia*. Esta posibilidad de comisión por omisión está en general admitida por la doctrina argentina.<sup>84</sup>

En el CP no existen normas que prevean una *responsabilidad especial del superior jerárquico*.

En cuanto a la *obediencia debida*, el artículo 34, inciso 5, del CP dispone la no punibilidad del que haya obrado en virtud de obediencia debida. El CJM contiene también, en su artículo 514, normas sobre la obediencia debida, que no difieren en general de la regla del CP.

La *legítima defensa* está prevista en el CP como causa de exoneración de pena. El artículo 34, inciso 6, dispone que no es punible “el que obrare en defensa propia o de sus derechos”. Para que la defensa sea “legítima” y, por ende, tenga efecto exonerante deben darse tres condiciones: a) una agresión ilegítima, b) la necesidad racional del medio empleado y c) la falta de provocación suficiente del que se defiende. El CP argentino también admite la legítima defensa de un tercero (artículo 34, inciso 7).

Asimismo, según el CP argentino, el *estado de necesidad* exonera de pena al autor, si éste actúa para evitar un mal mayor e inminente al que ha sido extraño (artículo 34, inciso 3, CP).

En el derecho argentino no existe una norma que determine una *edad mínima de imputabilidad* específica en relación con los crímenes internacionales. La imputabilidad penal en el derecho argentino comienza, en principio, con el cumplimiento de los

---

<sup>82</sup> El *encubrimiento* en el CP está regulado como un delito autónomo (artículo 277) y no como una forma de complicidad como en el artículo 25.3, letra c del ECPI.

<sup>83</sup> Por esta razón, en Argentina el problema no pasa tanto por la distinción entre la autoría y la participación, sino más bien entre la participación necesaria y no necesaria.

<sup>84</sup> Cf. Núñez, pp. 236 y ss.

18 años de edad. Existe, sin embargo, un régimen de menores que permite la punibilidad de los delitos graves de quienes se encuentran entre los 16 y los 18 años (ley 22.278, artículo 1).

En cuanto a la *determinación de la pena*, solamente en el derecho penal militar existen reglas específicas. Ellas están referidas, básicamente, a la admisión de algunos elementos atenuantes y agravantes específicos (véanse especialmente los artículos 515, 519 y 521 del CJM). El artículo 521 impone, por ejemplo, al tribunal militar como pauta de agravación la atención a la jerarquía militar del imputado. Especialmente vinculado a los crímenes de guerra, el inciso 8 del artículo 519 del CJM considera como causa de agravación “cometer el delito en la persona del prisionero de guerra”. Fuera de ello, la determinación de la pena deberá tener en consideración las reglas comunes del CP (artículos 40 y 41). Por otra parte, no existe en Argentina una discusión específica de los fines de la pena en relación con los crímenes internacionales.

No existe en Argentina una *responsabilidad penal de las personas jurídicas* por crímenes internacionales.

En el derecho interno argentino no existen *inmunidades* que puedan impedir el juzgamiento de crímenes internacionales. No obstante ello, existen ciertos privilegios para determinados funcionarios públicos de alta jerarquía. Así, por ejemplo, para el juzgamiento de un legislador es necesario el previo desafuero de la Cámara a la que corresponda. Por otra parte, el juzgamiento del presidente, vicepresidente, jefe de gabinete, o de los ministros o los jueces de la CSJN exige el previo juicio político realizado por el Congreso de la Nación (artículo 53, CN). En cuanto a las inmunidades de carácter internacional “es un principio reconocido [...] que los jefes de Estado y de Gobierno, algún personal oficial de jerarquía inferior y el personal diplomático no pueden ser enjuiciados ni punidos por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones”.<sup>85</sup> En este sentido, el artículo 221, CP, sanciona al “que violare las inmunidades del jefe de Estado o del representante de una potencia extranjera”. Sin embargo, se discute si esta inmunidad subsiste en casos de crímenes internacionales, llegándose, en general, a una opinión negativa.<sup>86</sup> Ello porque en el ámbito del derecho internacional se ha ido restringiendo o eliminando cada vez más este concepto de inmunidad absoluta; así, por ejemplo, en las Convenciones de Ginebra de 1949 y en la Convención sobre el Genocidio (artículo IV), que, por otra parte, integran el derecho interno argentino e incluso la última con rango constitucional.

En cuanto a la *prescripción* de penas privativas de la libertad, esta operará, según el inciso 2 del artículo 62, CP, después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito. El término de la prescripción no puede en ningún caso exceder de 12 años ni bajar de 2. Si la pena privativa de la libertad es perpetua, la

---

<sup>85</sup> Zuppi, p. 395.

<sup>86</sup> Cf. Zuppi, pp. 394 y ss.

prescripción operará a los 15 años (artículo 62, inciso 1, CP). Sin embargo, en caso de crímenes internacionales la doctrina y también la jurisprudencia reciente de la CSJN admiten recurrir a las normas del derecho penal internacional, por intermedio de la recepción que de ello hace el artículo 118 de la CN.<sup>87</sup>

El ordenamiento constitucional argentino reconoce al Congreso de la Nación la facultad de dictar *amnistías generales* (artículo 75, inciso 20) y al Presidente de la Nación la de conceder *indultos* (artículo 99, inciso 5). Sin embargo, en los últimos años se ha puesto en discusión si las facultades de amnistiar e indultar pueden operar también en caso de crímenes internacionales. En contra de esa posibilidad se han aducido dos argumentos, uno proveniente del derecho internacional y el otro del derecho interno, que significan límites jurídico-materiales a la concesión de amnistías e indultos en este tipo de crímenes. Desde el punto de vista del derecho internacional, la incorporación al derecho interno argentino de numerosos tratados internacionales de derechos humanos —por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que a partir de 1994 tienen rango constitucional— ha dado base contractual al *deber de persecución penal* que hasta ese momento solo podía recabarse del derecho internacional no contractual.<sup>88</sup> Los alcances de este deber de persecución han sido precisados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), justamente al informar en el caso referido a Argentina debido a la sanción de las leyes de Punto Final (ley 23.494) y Obediencia debida (23.521) y a la concesión de los indultos presidenciales que impidieron el juzgamiento de los responsables de los crímenes cometidos durante la dictadura militar de 1976-1983. En su informe final la CIDH, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) *in re Velázquez Rodríguez*, expresó:

El Estado está en el *deber jurídico* de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos, de *investigar seriamente* con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de *identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes* y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.<sup>89</sup>

De esta obligación de persecución se desprende no solo que el Estado argentino debe tipificar los crímenes internacionales, sino, asimismo, que debe abstenerse de dictar normas de amnistía o conceder indultos que favorezcan a quienes hayan cometido estos crímenes. De dictarse leyes de amnistía o indultos por estos crímenes (como ha sucedido de hecho en Argentina con las leyes de Punto Final y Obediencia debida y los indultos del entonces presidente Menem), se sostiene que los jueces de la Nación

---

<sup>87</sup> Así, la CSJN en *Priebke* (citado en nota 12). En la jurisprudencia inferior, cf. el voto del juez Schiffrin en *Schawammberger* (citado en nota 31).

<sup>88</sup> En este sentido *Ferrante*, p. 414.

<sup>89</sup> CIDH, Informe n° 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, OEA/Ser.L/V/II.82, Doc 24, 2/10/92.

deberán declararlas inválidas.<sup>90</sup> Esta conclusión se refuerza con un argumento propio del orden constitucional argentino; específicamente, con la interpretación que la CSJN y parte de la doctrina han hecho del artículo 29 de CN. En efecto, al interpretar este precepto constitucional la CSJN ha negado la posibilidad de que una amnistía pueda comprender al delito de traición a la patria, ya que ello contradiría la voluntad de la propia CN, que por intermedio de este artículo 29 lo tipifica.<sup>91</sup> De este fallo, la doctrina ha extraído que la facultad del Congreso de la Nación de dictar amnistías se ve limitada en los casos en que exista un deber de persecución penal de jerarquía constitucional.<sup>92</sup> Este deber de persecución penal con jerarquía constitucional existe no solo en relación con el delito de traición a la patria, por su expresa previsión en el artículo 29, CN, sino también, respecto de los crímenes internacionales. En efecto, la obligación de persecución de crímenes internacionales tiene una doble base constitucional: por un lado, a través de la asignación de jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales que contemplan esta obligación; por el otro, a través de la amplia recepción del derecho penal internacional por medio del artículo 118 de la CN. Por ello, si el Congreso de la Nación dictase una ley de amnistía que integre hechos comprendidos en un deber de persecución penal con base constitucional, como es el caso del deber de perseguir y sancionar los crímenes internacionales, esta ley ha de ser declarada inválida, pues se opone a la voluntad misma de la CN. Esta interpretación se extiende a la facultad del Presidente de la Nación de conceder indultos.<sup>93</sup>

En relación con la *prohibición de retroactividad*, esta, en cuanto corolario del principio de legalidad, se opone al castigo de crímenes internacionales fundado en leyes posteriores a los hechos.

La posibilidad de un *bis in idem* está vedada en el derecho argentino por medio del artículo 8.4, CADH, pacto internacional con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, CN).

## **II. Otros presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales**

La única peculiaridad en el ordenamiento jurídico argentino que podría afectar la punibilidad en un sentido amplio está dada por el tercer párrafo del artículo 50, CP, en cuanto establece que “no dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos [...] previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar”. De este modo, la reiteración de delitos de aquellos previstos en el CJM que tipifican algunas conductas de crímenes

---

<sup>90</sup> Ferrante, p. 418, Sancinetti, p. 256. En la jurisprudencia, cf. el fallo *Poblete*, citado en nota 12.

<sup>91</sup> CSJN, Fallos 234: 16 (considerando 3).

<sup>92</sup> Cf. Ferrante, p. 421.

<sup>93</sup> Cf. Ferrante, p. 422; Sancinetti, p. 351.

<sup>94</sup> Véase el punto B.III del presente.



internacionales<sup>94</sup> no daría lugar a la declaración de reincidencia y por ello el autor no estaría sometido a las consecuencias jurídicas que esta declaración implica.<sup>95</sup>

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

No existen diferencias procesales con respecto al procedimiento normal. En ambos casos, los juicios deben tramitarse por jurados por mandato constitucional (artículo 118), aunque esta institución jamás fue instaurada en el país.

### **F. La práctica efectiva de persecución**

En Argentina, la persecución penal de los hechos que podrían calificarse como crímenes internacionales ha tenido lugar mediante la utilización de las normas del derecho penal común. Así, por ejemplo, el juicio a los comandantes de las juntas militares se basó exclusivamente en tipos y normas penales del CP. Sin embargo, en los últimos años la jurisprudencia comenzó paulatinamente a recurrir a normas del derecho internacional en este tipo de casos, abriendo de este modo la discusión sobre la incorporación y aplicación en el ámbito interno de las normas penales del derecho internacional. En lo que sigue se expondrán tres casos testigo que marcan claramente el estado en que se encuentra en Argentina la persecución penal con base directa en el derecho penal internacional. Estos casos son los pedidos de extradición de *Schwammberger* y *Priebke* y el caso *Poblete*.<sup>96</sup>

En el caso *Schwammberger* se trataba de resolver el pedido de extradición solicitado por el gobierno alemán del ex miembro de las SS Josef Schwammberger, acusado de ser autor de varios centenares de asesinatos durante la ocupación nazi en Polonia. El problema del caso consistía en saber si, para el derecho argentino, las normas alemanas que habían declarado la imprescriptibilidad de estos crímenes *con posterioridad a los hechos* eran conformes al principio de legalidad (artículo 18, CN).<sup>97</sup> Este fallo resulta de interés no tanto por la solución a la que se arribó —esto es,

---

<sup>95</sup> Las consecuencias son básicamente las siguientes: la no concesión de la libertad condicional (artículo 13, CP); su consideración para la determinación de la pena (artículo 41, inciso 2, CP); en caso de reincidencia múltiple la posibilidad, si se dan ciertas condiciones, de imponer la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (artículo 52, CP).

<sup>96</sup> Estos casos ya fueron expuestos, en mayor o menor medida, a lo largo del presente informe. Por tal razón, aquí solo se señalarán los rasgos fundamentales, remitiendo a la parte respectiva de este informe en la cual se tratan con mayor profundidad. El fallo *Schwammberger* está citado en la nota 31. Los fallos *Priebke* y *Poblete* en la nota 12.

<sup>97</sup> En Argentina, la pertenencia del instituto de la prescripción al derecho penal material, comprendido, por ende, en el concepto de “ley penal”, es una opinión común no solo en doctrina, sino también en la jurisprudencia de la CSJN. Cf., en este sentido, CSJN, Fallos 237: 76.

la concesión de la extradición—, sino especialmente por los problemas discutidos y los argumentos expuestos en uno de los votos de los jueces. Se trata del voto del juez Schiffrin, el cual tiene el gran mérito de haber dado un enorme impulso a la discusión sobre la aplicación del derecho penal internacional en el ámbito interno. En su voto, Schiffrin consideró que, si bien en general una norma que agrava las condiciones de prescripción de un delito *ex post facto* contradiría el principio de legalidad, en el caso esto no sucedía por tratarse de un crimen internacional. En efecto, los hechos que se le imputaban a Schwammberger fueron tipificados por el juez como crímenes contra la humanidad y, por tal razón, imprescriptibles de conformidad con el derecho internacional. Pero Schiffrin fue más allá de afirmar la aplicación directa en el ámbito interno de la regla del derecho internacional de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; expuso, también, por qué un agravamiento *ex post facto* no violaba el principio de legalidad. Argumentando con base en las finalidades del principio, el juez concluyó en que el *nullum crimen* no tiene una vigencia estricta en caso de crímenes internacionales.<sup>98</sup>

El caso *Priebke* se trató asimismo de un pedido de extradición. Esta vez, de la extradición solicitada por la República de Italia de Erich Priebke, integrante de las fuerzas armadas de ocupación alemanas en Italia, acusado de haber participado en la masacre de las Fosas Adreatinas, donde fueron asesinadas más de 350 personas. El caso asume una importancia particular porque, esta vez, fue la CSJN, tribunal de máxima jerarquía en el derecho argentino, la que lo resolvió aplicando normas del derecho penal internacional. En efecto, los votos de la mayoría de la CSJN calificaron a los hechos como crímenes de guerra y delito de genocidio y afirmaron su imprescriptibilidad. La tipificación de los hechos como crímenes internacionales y no en las normas del CP o del CJM se fundamentó en que “las descripciones típicas contenidas en los preceptos legales que sancionan atentados contra la vida —homicidio— no abarcan la ‘sustancia de la infracción’ que se atribuye a Erich Priebke, como sucede —en cambio— con las previsiones de los instrumentos internacionales antes mencionados”.<sup>99</sup> Sin embargo, el significado del fallo en cuanto a la amplitud de la aplicación del derecho penal internacional en el ámbito interno es menor de lo que parece. En uno de sus pasajes el fallo parece sugerir que esta aplicación del derecho penal internacional solo operaría para resolver pedidos de extradición, pero no en procesos que tengan por objeto la atribución de responsabilidad penal. En efecto, al discutir (y rechazar en el caso) la objeción de que en el derecho argentino no se prevé una *sanción* para los crímenes internacionales (solo su estructura típica puede recabarse de los instrumentos internacionales), se afirmó:

---

<sup>98</sup> Véanse con más detalle los fundamentos de este fallo y sus críticas en el punto B.b.4. del presente.

<sup>99</sup> Votos de los jueces Nazareno y Moline O’Connor (considerandos 28 y 29).

Que el hecho de que el legislador nacional no haya implementado “sanciones penales adecuadas” para este tipo de delitos, no empece a la vigencia de los restantes compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición toda vez que este tipo de trámites no tiene por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido sino solo de establecer [...] si su derecho de permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada.<sup>100</sup>

De este modo, todo parece indicar que en un caso donde se juzgase en Argentina hechos de este tipo, la ausencia de una sanción expresa para penar crímenes internacionales podría constituir un obstáculo para la aplicación de las figuras penales del derecho internacional.<sup>101</sup>

En el llamado caso *Poblete*, la aplicación del derecho (penal) internacional en el ámbito interno no tuvo por objeto ya resolver un pedido de extradición, sino que se produjo en un proceso de atribución de responsabilidad. Los dos puntos relevantes del fallo en cuanto a la aplicación de normas del derecho penal internacional son los siguientes.

En primer lugar, la posibilidad de recurrir a normas del derecho penal internacional, en lugar de las del CP, para tipificar los hechos. En cuanto a esto, si bien el fallo afirmó esa posibilidad y consideró los hechos como crímenes internacionales, la tipificación concreta fue efectuada con base en las normas del derecho penal común. Como fundamento se alegó que “la punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes no es una exigencia del derecho penal internacional” y que, a pesar de que las normas del derecho penal común “no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos” pues “no valoran especialmente aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes”, el núcleo de estas conductas sí está abarcado por los tipos penales del CP.<sup>102</sup> De esta forma, el fallo eludió el problema de cómo habría de efectuarse tal aplicación directa y especialmente de cómo podría suplirse la ausencia de sanción. De todos modos, y pese a la tipificación de las conductas en normas del derecho penal clásico, el fallo afirma que “esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis [...] ni impide aplicarles

---

<sup>100</sup> Votos de los jueces Nazareno y Moline O’Connor (considerando 44) y voto del juez Bossert (considerando 56).

<sup>101</sup> Véase, asimismo, el punto B.b.4. del presente informe.

<sup>102</sup> Esta argumentación no resulta convincente por lo siguiente: si las normas del derecho penal común “no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos” al no valorar circunstancias esenciales para considerar a un crimen como crimen internacional, entonces no se explica por qué se insiste en una tipificación con base en este derecho penal común insuficiente, cuando (según el propio fallo) la aplicación directa de las figuras de derecho penal internacional, que sí consideran estas circunstancias esenciales, sería perfectamente factible. Esta falencia de argumentación, que escapa a cualquier razonamiento lógico (¿por qué utilizar una figura inadecuada pudiendo utilizar la que afirmo que es adecuada?), lleva a preguntarse si el recurso a las normas del derecho penal común no está, en realidad, dirigido a evitar enfrentarse con el problema de la ausencia de sanción, sin querer decirlo abiertamente.

las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes”.<sup>103</sup>

En segundo lugar, el fallo afirma la exclusión de la posibilidad de amnistiar crímenes internacionales, utilizando como uno de sus argumentos la existencia en Argentina de un deber de persecución proveniente del derecho internacional.<sup>104</sup> En efecto, el fallo ha declarado inválidas las leyes de Punto Final y Obediencia debida, conocidas como las *leyes de amnistía*, porque ambas tendrían como efecto el impedir la persecución penal de crímenes que el Estado argentino se ha comprometido internacionalmente a perseguir y sancionar, elevando incluso este compromiso a rango constitucional.

## G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político

### I. *Proyectos de reforma*

El reclamo por la incorporación legislativa de crímenes de derecho internacional ha cobrado en los últimos años gran vigor. En la actualidad existen tres proyectos de ley en este sentido. Ellos son: proyecto presentado por el diputado Cafiero, el presentado por los diputados Rivas, González y Bravo y el elaborado por la Comisión Interministerial para la implementación del ECPI. Los dos primeros tienen estado parlamentario. De especial interés resultan los dos últimos proyectos mencionados, y especialmente el de la Comisión Interministerial, ya que aquí se propone una completa adecuación del derecho interno con motivo de la ratificación del ECPI, a través de la implementación de una suerte de CP internacional.

El proyecto de los diputados Rivas, González y Bravo, presentado el 27 de abril de 2001 al Congreso de la Nación, propone la modificación del CP mediante la incorporación de un nuevo título a su parte especial, el título XIII, que se denominaría “Delitos contra la Comunidad Internacional”. Como integrantes de este título se proyecta la incorporación de las figuras de *genocidio* (como artículo 303, CP), *apartheid* (como artículo 304, CP), *desaparición forzada de personas* (como artículo 305, CP), *delito de agresión* (como artículo 306, CP) y, dentro de los crímenes de guerra, las figuras de *empleo de medios bárbaros* (como artículo 307, CP), *empleo de medios pérfidos* (como artículo 308, CP) y *tratos inhumanos* (como artículo 309, CP). El proyecto prevé, asimismo, una serie de modificaciones a la parte general del CP, cuya aplicación se establece en relación con los delitos contra la comunidad internacional. Las modificaciones proyectadas son las siguientes: la imposibilidad de extinción de la acción penal por amnistía o prescripción (artículo 3 del proyecto); la imprescripti-

<sup>103</sup> Todas las citas corresponden a la parte IV, B del fallo *Poblete*, citado en nota 12. Véase, con más detalle en cuanto a los fundamentos del fallo sobre este aspecto (y sus críticas), el punto B.b.4.

<sup>104</sup> El otro argumento se basa en la interpretación del artículo 29, CN. Cf. al respecto el punto D.I.

bilidad de sus penas (artículo 4 del proyecto); la imposibilidad de indultar tales crímenes (artículo 5 del proyecto) y la reducción del alcance de la obediencia debida, la que no operaría si el autor ha tenido efectivamente la posibilidad de no acatar la orden (artículo 2 del proyecto).

El proyecto de la Comisión Interministerial no propone modificaciones al CP, sino que está concebido como una ley especial. Este proyecto es prácticamente idéntico, incluso en parte textualmente, al ECPI. En cuanto a los crímenes internacionales, tipifica el *delito genocidio* (en coincidencia con el artículo 6 del ECPI), los *crímenes de lesa humanidad* (en coincidencia con el artículo 7 del ECPI) y los *crímenes de guerra* (en coincidencia con el artículo 8 del ECPI). En cuanto a los presupuestos (positivos o negativos) de la punibilidad, el proyecto también coincide casi literalmente con el ECPI. Así, por ejemplo, el dolo (artículo 6 del proyecto) está regulado de modo casi idéntico al artículo 30, ECPI; la responsabilidad de los superiores jerárquicos (artículo 4 del proyecto) coincide casi plenamente con el artículo 28, ECPI; la participación criminal (artículo 2 del proyecto) está regulada de forma similar al artículo 25, ECPI; la obediencia debida (artículo 9 del proyecto) es coincidente con la regulación del artículo 33, ECPI; la regulación de la legítima defensa y el estado de necesidad (artículo 7 del proyecto) se condice con la del artículo 31, ECPI; la exclusión del error de prohibición (artículo 8, segunda parte del proyecto) está contemplada casi con las mismas palabras del artículo 32, 2, ECPI. Asimismo, el proyecto prevé explícitamente la jurisdicción de los tribunales argentinos también “por crímenes cometidos fuera del territorio argentino por nacionales argentinos o por personas domiciliadas en la República” (artículo 1) y la obligación de juzgar a toda persona detenida en el país acusada de estos crímenes, en caso de que se negase su extradición a un Estado requirente (artículo 2).

## **II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia**

Los déficit constatados en la persecución penal de crímenes internacionales significan, absolutamente, según la opinión de la doctrina, un rezago con respecto a las obligaciones internacionales de persecución y sanción de crímenes internacionales asumidas por el Estado argentino a través de la firma de numerosos instrumentos internacionales, los cuales fueron, incluso, dotados de jerarquía constitucional con la reforma constitucional de 1994. Este déficit radica, especialmente, en la ausencia de tipificaciones de crímenes internacionales en el derecho interno argentino. Por ello, en los pocos casos en que tribunales argentinos debieron juzgar los crímenes cometidos por quienes ocuparon el poder durante la dictadura militar de 1976-1983 (por ejemplo, el juicio a los comandantes), hubo de recurrirse a los tipos del derecho penal común.

Sin embargo, en los últimos tiempos la doctrina y la jurisprudencia, redescubriendo el valor normativo del artículo 118 de la CN, han comenzado a afirmar la

aplicación de las normas del derecho penal internacional en el ámbito interno (imprescriptibilidad, exclusión de la posibilidad de dictar amnistías) y a encuadrar los hechos directamente como crímenes internacionales al resolver pedidos de extradición (voto de la mayoría en *Priebke*, voto del juez Schiffrin en *Schwammberger*), afirmándose incluso esta posibilidad (aunque de hecho este camino no ha sido transitado) en procesos de atribución de responsabilidad penal (en *Poblete*).<sup>105</sup> De esta forma, muchos de los déficit de legislación interna que impedían una persecución con base directa en el derecho penal internacional han comenzado a ser soslayados.<sup>106</sup> Por ello, puede coincidirse plenamente con la afirmación de Parenti, en el sentido de que en los últimos años ha existido “un cambio de actitud frente a la capacidad normativa del derecho penal internacional”, es decir, “una variación sustancial en el valor normativo que se le reconoce a tal derecho”.<sup>107</sup>

### **III. Debate jurídico-político**

El debate jurídico-político en Argentina respecto de crímenes internacionales se encuentra plasmado enteramente en los proyectos de ley a los que se ha hecho referencia.

#### **H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional**

No existen.

#### **I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Argentina**

“El Estado argentino tiene, aún, una posición indefinida frente al derecho penal internacional”.<sup>108</sup> Esta afirmación de Ferrante puede servir para resumir en términos generales el estado de la situación en relación con la persecución de crímenes internacionales en Argentina. En efecto, a pesar de que Argentina ha suscrito numerosos instrumentos internacionales por los cuales se ha comprometido a perseguir y sancionar a los autores de crímenes internacionales (y de haber incorporado la obligación de persecución en lo más alto de su pirámide normativa), puede afirmarse que históricamente no ha cumplido con tal deber. Este deber no ha sido quebrantado únicamente por la omisión legislativa de tipificar crímenes internacionales en el orden interno, sino también por la sanción de las llamadas leyes de amnistía y los indultos del entonces presidente Menem.

<sup>105</sup> Cf. sección F del presente informe.

<sup>106</sup> Respecto del problema de un juzgamiento con base directa en el derecho penal internacional en relación con el principio de legalidad, cf. punto B.b.4. del presente.

<sup>107</sup> Parenti, p. 3.

<sup>108</sup> Cf. Ferrante, p. 443.

Sin embargo, en los últimos tiempos y principalmente por el empuje de numerosos organismos no gubernamentales y gran parte de la doctrina (con el apoyo de un vasto sector de la sociedad), la jurisprudencia ha realizado avances en la persecución penal de crímenes internacionales. En efecto, aun sin modificaciones en la legislación interna, la doctrina y la jurisprudencia han comenzado a recurrir, cada vez en mayor medida, a normas del derecho penal internacional, principalmente por medio de la amplia recepción que de este hace el artículo 118 de la CN. Como se ha afirmado, en los últimos tiempos se asiste a una variación sustancial del valor normativo del derecho penal internacional en el ámbito interno.<sup>109</sup>

No obstante ello, la búsqueda de *justicia* no debería llevar a admitir la reducción de garantías básicas en las que se asienta la República. Tal es el caso de quienes afirman la posibilidad de una persecución con base directa en los tipos del derecho internacional. En Argentina esa posibilidad está excluida por la plena vigencia del principio de legalidad. Una condena, incluso pronunciada contra autores de graves violaciones a los derechos humanos, que se fundara en severas violaciones de garantías básicas en las que se asienta un Estado democrático no tendría el efecto de reforzar los derechos humanos, sino más bien, el contrario.<sup>110</sup> Una condena de este modo solo podría, a lo sumo, tener efectos en el plano moral, pero no en el plano jurídico. No se trata de brindar mensajes *moralmente positivos* (lo que de todos modos reconduciría al problema de qué moral), sino *normativamente correctos*, en el sentido de respeto del derecho; respeto del derecho que se expresa con más fuerza y principalmente en el respeto de la Constitución de un Estado y de los principios que la modelan. Estos *principios jurídico constitucionales* son la expresión normativa de los valores fundamentales (culturales, sociales, políticos) sobre los que se asienta la misma conformación social, el mismo vivir en sociedad, principios éstos que comenzaron a consolidarse desde el iluminismo penal y que deben seguir consolidándose aun con más razón durante las democracias.

La carencia más importante del ordenamiento jurídico argentino es la inexistencia de tipos penales específicos de crímenes internacionales.

En conclusión, la cuestión referente a si el Estado argentino quiere hacer realidad la idea del ECPI de que la persecución penal de crímenes internacionales sea en primera línea una tarea estatal no es fácil de contestar. Argentina tuvo un papel importante en el proceso de gestación del ECPI, lo ha firmado y ratificado, existe un proyecto para elevarlo a jerarquía constitucional y cuenta ya con un proyecto exhaustivo para adecuar la legislación interna a este nuevo compromiso internacional. Objetivamente todo parece indicar que Argentina quiere hacer realidad esta idea. Sin embargo, la experiencia aconseja ser prudentes y no anticipar una respuesta muy optimista, pues, como se ha dicho, la República Argentina históricamente no ha cumplido con los compromisos internacionales en materia de persecución de crímenes internacionales que había asumido y a los cuales se había obligado.

<sup>109</sup> Parenti, p. 3.

<sup>110</sup> En cuanto a esto, cf. Malarino, *pássim*.



## Bibliografía

- ABREGÚ, Martín, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”, en M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 3-31.
- ABREGÚ, Martín, 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”, en *Lecciones y Ensayos*, n<sup>os</sup> 60-61, VI, Buenos Aires, 1994.
- AMBOS, Kai, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en esta obra, p. 25 (citado: Ambos, I).
- AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrecht. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002 (citado: Ambos, II).
- AYALA CORAO, “El derecho de los derechos humanos (La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)”, en *El Derecho*, t. 160, Buenos Aires, pp. 779 y ss.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- BAEZA, Carlos, *Exégesis de la Constitución argentina*, t. 2, artículos 44 a 129, Ábaco, Buenos Aires, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán, “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos”, en M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 77-88 (citado: Bidart Campos, I).
- BIDART CAMPOS, Germán, “La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad”, en *El Derecho*, t. 135, p. 323 (citado: Bidart Campos, II).
- BIDART CAMPOS, Germán, “La persecución penal universal de los delitos de lesa humanidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, año LXIV, n<sup>o</sup> 161, 23 de agosto de 2000, p. 1 (citado: Bidart Campos, III).
- CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.
- COLAUTTI, Carlos, “El artículo 118 de la Constitución Nacional y la jurisdicción extraterritorial”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 1998-F, p. 1101 (citado: Colautti, I).
- COLAUTTI, Carlos, “La jurisdicción extraterritorial y los delitos contra el derecho de gentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 1999-E, p. 996 (citado: Colautti, II).
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 4<sup>a</sup> ed., Astrea, Buenos Aires, 1996.
- DALLA VIA, Alberto, *Constitución de la Nación Argentina*, Librería Editora Platense, La Plata, 1994.
- DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal comentado. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., Depalma, Buenos Aires, 1997.

- DELMAS-MARTY, Mireille, “The ICC and the interactions of international and national legal systems”, en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (dirs.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pp. 1915-1931 (citado: Delmas-Marty, I).
- DELMAS-MARTY, Mireille, “Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun en gestation”, en Varios autores, *Variations autour d’un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001, pp. 73-99. (citado: Delmas-Marty, II).
- DELMAS-MARTY, Mireille, “Droit international et droit comparé: interactions et internormativité”, en M. Chiavario (dir.), *Justice pénale entre passé et futur*, 2003 (en prensa) (citado: Delmas-Marty, III).
- DELMAS-MARTY, Mireille, “L’influence du droit comparé sur l’activité des Tribunaux pénaux internationaux”, en A. Cassese y M. Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions nationales*, PUF, París, pp. 112 ss. (citado: Delmas-Marty, IV).
- DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne* (VII: “Le processus d’internationalisation”) (citado: Delmas-Marty, V).
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Le flou de droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, PUF, París, 1986 (citado: Delmas-Marty, VI).
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, t. II (artículos 28 a 41), Depalma, Buenos Aires, 1995.
- FERRANTE, Marcelo, en M. Sancinetti y M. Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- FRONZA, Emanuela, “Artículo 6. Genocide”, en Lattanzi-Schabas, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Il Sirente, Teramo, 2000 (citado: Fronza, I).
- FRONZA, Emanuela, en Fronza-Caianello, “Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale”, en *Indice Penale*, año V, n° 1, enero-abril 2002, pp. 307-334 (citado: Fronza, II).
- FRONZA, Emanuela, y Nicolas GUILLOU, “Les dynamiques d’élaboration des normes pénales internationales devant les Tribunaux pénaux internationaux: une analyse à partir de la jurisprudence sur le viol et la participation criminelle”, en M. Chiavario (dir.), *Justice pénale entre passé et futur*, 2003 (en prensa) (citado: Fronza-Guillou, I).
- FRONZA, Emanuela, y Nicolas GUILLOU, “Étude critique des fragments existants de droit pénal commun. Le crime de génocide”, en Delmas-Marty, Muir Watt y Ruiz Fabri (dirs.), *Variations autour d’un droit commun*, París, 2002, pp. 273 ss. (citado: Fronza-Guillou, II).
- FRONZA, Emanuela, y Nicolas GUILLOU, “Le génocide: un laboratoire idéal pour la constitution d’un droit pénal commun”, en M. Delmas-Marty (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne* (VII: “Le processus d’internationalisation”), pp. 189-209 (citado: Fronza-Guillou, III).

- GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999.
- GÜNTHER, Klaus, “Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem“, en Lutz von Wingter y Klaus Günther (eds.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Festschrift für Jürgen Habermas*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001, p. 539-567.
- MALARINO, Ezequiel, “Funzione simbolice nel processo penale e significato simbolico del proceso penale. Alcune riflessioni a partire del caso Eichmann”, ponencia presentada en la Universidad de Macerata el 24 de mayo de 2002 (inérita).
- MONCAYO, Guillermo, “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 89-104.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte general*, t. I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
- PARENTI, Pablo, “La persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en Argentina entre 1976 y 1983”, inédito.
- PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- PICOTTI, Lorenzo, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale* (en prensa).
- ROBERTS, A. E., “Traditional and modern approaches to Customary International Law: A reconciliation”, en *American Journal of International Law*, 2001, p. 757.
- SAGÜES, Néstor, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- SANCINETTI, Marcelo, en M. Sancinetti y M. Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- SCHIFFRIN, Leopoldo, “*Ius gentium* y concepción estatalista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y jurisprudencia argentina”, en J. Méndez, M. Abregú y J. Mariezcurrena, *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 411-431 (citado: Schiffrin, I).
- SCHIFFRIN, Leopoldo, “La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino”, en M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 115-125 (citado: Schiffrin, II).
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1978.
- TERÁN LOMAS, Roberto, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- VAN DE KERCHOVE, Michel, y François OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, París, 1992 (citado: Van de Kerchove-Ost, I).

VAN DE KERCHOVE, Michel, y François OST, *De la pyramide au réseau*, Bruylant, Bruselas, 2002 (citado: Van de Kerchove-Ost, II).

ZUPPI, Alberto Luis, “La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, n° 9, pp. 389-414.

### ***Jurisprudencia argentina analizada***

*Priebke*, del 2/11/1995, CSJN. Texto reproducido en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-I, pp. 331 y ss.

*Schwamberger*, del 30/8/89, Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Texto reproducido en *El Derecho*, t. 135, pp. 323 y ss.

*Simon* (conocido también como *Poblete*), del 6/3/2001, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 7. Texto reproducido en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, pp. 527 y ss.