



Av. Rivadavia 2206, Piso 4, A
1034 ACO Buenos Aires, Argentina
www.amnesty.org.ar
(011) 49 54 55 59



350 Fifth Avenue, 34th Floor,
New York, NY 10118-3299, EE.UU.
www.hrw.org
(1.212) 290 4700

MEMORIAL
PRESENTADO POR AMNISTIA INTERNACIONAL Y HUMAN RIGHTS
WATCH A LA COMISION INTERMINISTERIAL ARGENTINA DE
IMPLEMENTACION DEL ESTATUTO DE ROMA

1. INTRODUCCIÓN.

2. Amnistía Internacional y Human Rights Watch tienen el honor de someter a consideración de la Comisión Interministerial el siguiente memorial relativo a los proyectos de Ley sobre Crímenes Internacionales, sobre Jerarquía Constitucional del Estatuto de Roma y la Reforma del Artículo 1 del Código Penal, que dicha Comisión elaborara y que tuviera la gentileza de hacernos llegar para comentarios y sugerencias.
3. Amnistía Internacional (AI) es una organización no gubernamental de protección a los derechos humanos fundada en 1961 que basa su accionar en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos aprobados tanto en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como en organizaciones regionales tales como la Organización de los Estados Americanos (OEA). Amnistía Internacional es independiente e imparcial, en lo político y económico. Su trabajo en favor de víctimas de violaciones a los derechos humanos en modo alguno significa adhesión ni rechazo de las ideas o consideraciones políticas de aquellos por quienes lleva adelante su tarea. La organización no puede, por su mandato, recibir dinero de ningún partido político o de gobiernos. Sus objetivos y mandato están establecidos en su Estatuto. La organización cuenta en la actualidad con más de 1.100.000 miembros repartidos en más de 150 países y territorios y goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Consejo de Europa. Asimismo, Amnistía Internacional mantiene relaciones de trabajo con la Organización de los Estados Americanos, la Organización de la Unidad Africana y la Unión Interparlamentaria.

4. Human Rights Watch (HRW) es una organización no gubernamental dedicada, desde 1978, a proteger los derechos humanos en cualquier parte del mundo. HRW defiende la libertad de opinión y de expresión, el debido proceso legal, la aplicación sin discriminación de la ley y el fortalecimiento de la sociedad civil. Human Rights Watch es independiente e imparcial, en lo político y en lo económico y está impedida de recibir, directa o indirectamente, dinero de ningún gobierno. La organización tiene su sede central en Nueva York y goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa y mantiene relaciones de trabajo con la Organización de los Estados Americanos y la Organización de la Unidad Africana.
5. Amnistía Internacional y Human Rights Watch trabajan para la plena vigencia de los Derechos Humanos, la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la erradicación de la impunidad de las violaciones de los derechos fundamentales. De ahí, el interés de las dos organizaciones en los Proyectos que la Comisión ha elaborado.
6. Amnistía Internacional y Human Rights Watch quieren, con la presentación de este memorial, sugerir a los miembros de la Comisión una serie de enmiendas que, desde su perspectiva, haría más compatible la legislación nacional argentina con las exigencias del Estatuto de Roma, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los Derechos Humanos.
7. No huelga recordar entonces, antes de entrar en materia, que la República Argentina ratificó en 1956 los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949¹ y en 1986 sus dos Protocolos Adicionales de 1977; en igual año hizo lo propio con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y, en 1984, la Convención Americana sobre Derechos Humanos³. Igualmente, la República Argentina ratificó la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes⁴; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁵, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁶ y la Convención sobre los Derechos del Niño⁷. Es relevante señalar asimismo que la República Argentina es un Estado parte a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸.
8. Igualmente que, de acuerdo con el artículo 75 (22) de la Constitución de la Nación Argentina, *"los tratados [...] tienen jerarquía superior a las leyes"*. Asimismo, la

¹ Ley 14.442, de 9/08/1956.

² Ley 23.313, de 17/04/1986.

³ Ley 23.054, de 1/03/1984.

⁴ Ley 23.338, de 30/07/1986.

⁵ Ley 23.652, de 29/09/1988.

⁶ Ley 24.556, de 18/10/1995.

⁷ Ley 23.849, de 27/09/1990.

⁸ Ley 19.865 de 11/01/1973.

Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes *"tienen jerarquía constitucional"* a tenor del mismo artículo.

9. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ARGENTINO.

10. Amnistía Internacional y Human Rights Watch se permiten recomendar a la Comisión Interministerial el estudio de la enmienda del artículo 1 del Proyecto de Ley sobre Crímenes Internacionales mediante una adición, en el siguiente sentido: *"Los principios y reglas generales del derecho penal argentino con las modificaciones que resultan de esta ley y los principios y normas de derecho internacional serán aplicables a los crímenes enumerados en los artículos 10 a 16"*.
11. Con tal adición al texto del Proyecto propuesto se podría dar formal recepción en el derecho penal argentino a los principios y normas del derecho internacional, regional o universal, convencional o consuetudinario, que el mismo ha consagrado y suplir, hipotéticamente, cualquier laguna que pudiera existir en la interpretación de las conductas descritas en los artículos 10 a 16 del Proyecto.
12. Piénsese, por ejemplo, en la jurisprudencia establecida en los fallos de la Corte Internacional de Justicia y la de los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc de las Naciones Unidas para la Antigua Yugoslavia y Ruanda. Estos últimos, por ejemplo, interpretando sus Estatutos han definido el alcance de los crímenes que caen bajo su competencia⁹ –la mayoría de los cuales son coincidentes con el Estatuto de Roma-, determinando de ese modo la interpretación que debe atribuirse a las órdenes del superior o a la responsabilidad de comando¹⁰, o en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que interpreta el alcance concedido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos de la región, como la Convención Interamericana sobre Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
13. Estos principios y normas de derecho internacional, receptados ya implícitamente mediante el artículo 118 de la Constitución Nacional (antiguo art.102), pueden ser de gran utilidad y ayuda para los tribunales locales a la hora de dictar sentencias.

14. LOS CRÍMENES INTERNACIONALES ENUMERADOS EN EL PROYECTO.

15. Aunque nuestras organizaciones comprenden –y alientan- la aproximación adoptada por la Comisión de incorporar en el Proyecto las definiciones de los crímenes tal cual las consagra el Estatuto, por obvias razones de simplicidad, respetuosamente quisiéramos manifestar que es esta una oportunidad irrepetible para las autoridades argentinas para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que asumiera en

⁹ Prosecutor v. Kvočka, Prcać, Kos, Radic and Zigić, ICTY, Case No.: IT-98-30/1-T, 2/11/2001, para.206-11.

¹⁰ Delalić case, ICTY, Case No.: IT-96-21-T, 16/11/1998.

la materia, satisfaciendo a la vez no sólo las previsiones del Estatuto de Roma sino también otras convenciones de las que es parte y que, en algunos casos, como explicaremos, establecen compromisos más rigurosos o exigentes que los que contempla el Estatuto.

16. Amnistía Internacional y Human Rights Watch consideran que es importante que los estados incorporen en sus leyes nacionales los crímenes de competencia complementaria de la Corte Penal que no estén aún tipificados en su legislación. Esto les permitirá sin duda procesar adecuadamente por sí mismos a los responsables de crímenes internacionales, fortaleciendo sus sistemas judiciales penales nacionales y contribuyendo al establecimiento de un régimen penal internacional efectivo. Por eso hemos visto con satisfacción que el Proyecto incorpora los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma. Sin embargo quisiéramos proponer algunas adiciones y reformas al texto del Proyecto.
17. Amnistía Internacional¹¹ y Human Rights Watch¹² han sostenido anteriormente que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra que enumera el Estatuto de Roma en sus artículos 7 y 8, y que reproduce el Proyecto en sus artículos 11 a 16, sin bien son comprensivos de las más importantes conductas que el derecho internacional considera como tales no alcanzan a agotar todos los comportamientos calificados como pertenecientes a esas categorías de crímenes. Efectivamente, el derecho internacional humanitario consagra como crímenes de guerra algunas conductas no especificadas en el Estatuto, como ciertas infracciones y otras violaciones graves del I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 (Protocolo I) y determinadas violaciones del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales, descritas en el II Protocolo.
18. El Proyecto de Ley de la Comisión acertadamente incorpora algunas conductas no incriminadas por el Estatuto de Roma, como las que se consignan en el artículo 14, (1), letras i) y k).
19. Sin embargo, nos gustaría sugerir que el Proyecto fuese más allá de los crímenes contenidos en el Estatuto, de modo tal que satisfaga más adecuadamente los estándares que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos consagran.
20. En efecto, al reproducir el Proyecto el Estatuto de Roma se incrimina de manera insuficiente conductas reprimidas por el derecho internacional humanitario. Así, al incluir la prohibición de enrolar a un niño menor de 15 años en las fuerzas armadas, si bien el Proyecto cumplimenta las disposiciones del Estatuto de Roma (artículo 8, 2, b), XXVI) y e), VII), contraviene un estándar más elevado establecido hoy día por el derecho internacional. El Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del

¹¹ Amnistía Internacional, "Corte Penal Internacional: Lista de Requisitos para la Aplicación Efectiva del Estatuto de Roma", AI Index: IOR 40/11/00s (disponible en www.edai.org)

¹² Human Rights Watch, "Asegurando el Funcionamiento de la Corte Penal Internacional: Guía para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI en la Legislación Interna de los Estados Partes", Vol.13, No.4 (G) Setiembre 2001; (disponible en www.hrw.org)

Niño sobre el Enrolamiento de Menores en un Conflicto Armado¹³, establece en 18 años la edad mínima para la participación en un conflicto de tal naturaleza¹⁴. El Protocolo también prohíbe cualquier forma de enrolamiento de menores de dieciocho años en grupos armados¹⁵.

21. Téngase presente que el Estado argentino ha suscrito dicho Protocolo con fecha 15 de Junio de 2000 y, por ende, aunque no lo ha ratificado, se ha comprometido por ello a no contravenir esas disposiciones¹⁶, aún cuando no sea parte todavía de dicho Protocolo.
22. En consecuencia preferiríamos que la Comisión enmendara los artículos 14, 3, e) y 16, 3, b) de manera tal de que la prohibición en ellos establecida lo fuera para menores de 18 años y no de 15.
23. También, atento el carácter complementario de la Corte Penal Internacional, es importante que la legislación argentina incrimine y sancione la perpetración no generalizada o sistemática de los crímenes enumerados en el artículo 11 del Proyecto que comentamos. De otro modo conductas prohibidas por el derecho internacional como la tortura¹⁷, la desaparición forzada de personas¹⁸ y los homicidios extrajudiciales, cometidos de manera aislada o esporádica quedarán exentos de la competencia de los tribunales argentinos, pues tales comportamientos no se encuentran incriminados por la legislación nacional.
24. La comisión aislada o esporádica de uno de estos crímenes mencionados, sin reunir el carácter señalado, constituye *per se* un crimen de derecho internacional¹⁹, conforme lo disponen declaraciones y convenciones de regional o universal vigencia de las que la Argentina ya es parte. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas obligan a los Estados Parte a incriminar y perseguir localmente tales conductas²⁰, aún cuando se cometan de manera aislada o esporádica

¹³ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflicts, G.A. res. 54/263 (no ha entrado aún en vigor).

¹⁴ Artículo 1, Prot. cit.

¹⁵ Artículo 2, Prot. cit.

¹⁶ Artículo 18, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena, el 23 de Mayo de 1969 (Ley 19.865).

¹⁷ La tipificación del delito de tortura en el Código Penal Argentino (artículo 144, tercero) difiere sustancialmente de la consagrada en el artículo 7 (2) (e) del Estatuto de Corte Penal Internacional.

¹⁸ La conducta prohibida por el artículo 7 (1) (i) y (2) (i) no se encuentra en la legislación argentina.

¹⁹ Nigel S. Rodley, The Treatment of Prisoners under International Law, Oxford University Press, second edition, 1999, pág.62.

²⁰ Tarciso Dal Maso Jardim, Crime do Desaparecimento Forçado de Pessoas, Brasília Jurídica, 1999, pág.73.

es decir, sin requerir su comisión de modo generalizado o sistemático²¹. La Constitución de la Nación Argentina (1853), reformada en 1994, ha consagrado con la más alta jerarquía normativa a dichos tratados²², sea mediante su incorporación directa en su texto (artículo 75, 22), sea mediante una ley especial del Congreso²³, respectivamente.

25. En conclusión, pensamos que el Proyecto de ley, denominado “Ley sobre Crímenes Internacionales”, debería incluir precisamente todas y cada una de las conductas que el derecho internacional considera como tales. Ello comprende, naturalmente, la comisión no generalizada o sistemática de la tortura²⁴, la desaparición forzada de personas²⁵ y los homicidios extrajudiciales, entre otros comportamientos.
26. En igual sentido la definición de los crímenes de lesa humanidad que establece el artículo 11 del Proyecto, si bien reproduce la del Estatuto, posee un elemento adicional que no es requerido por otros instrumentos internacionales. La expresión “y con conocimiento de dicho ataque” no se encuentra contemplada, por ejemplo, en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia (relativo a los crímenes de lesa humanidad) y es más acorde a la definición que la doctrina ha admitido para tales crímenes²⁶. En igual sentido el artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborado en 1996 por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU omite tal mención.
27. Consideramos que la Comisión podría enmendar la definición consagrada en el artículo 11 del Proyecto suprimiendo la expresión “y con conocimiento de dicho ataque”, por ser más acorde al derecho internacional de los Derechos Humanos²⁷.
28. También deseamos manifestar que la definición que da el Proyecto –siguiendo al Estatuto- del crimen de desaparición forzada no parece ser del todo afortunada. Es sabido que esa definición fue producto de incansables debates y negociaciones entre los Estados y existe cierto acuerdo en admitir que la expresión “por un período

²¹ Comisión Internacional de Juristas, Crimen contra la Humanidad. Pinochet ante la Justicia; Ginebra, Suiza, Julio de 1999, pág.107.

²² Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse, Derecho Internacional Público, Tomo I, Ed. Zavallia, Buenos Aires, Julio 1999, pág.59 y ss.

²³ Ley 24.820 (en B.O. el 29.05.97).

²⁴ Ver artículo 2 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, A.G. ONU, res.3.452/30 del 9.12.1975.

²⁵ Artículo 1 (2) de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, A.G. ONU, res.47/133 del 18.12.1992.

²⁶ Margaret McAuliffe deGuzman, The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity, en Human Rights Quarterly, Volume 22 Number 2, May 2000, The Johns Hopkins University Press, p.335-403.

²⁷ Amnistía Internacional, “La Corte Penal Internacional: Elección de las Opciones Correctas I”, AI Index: IOR 40/01/97s, págs.25-44, Enero de 1997.

prolongado de tiempo” con que concluye la definición es desacertado²⁸. Dicha expresión es ambigua y no se encuentra en ninguna de sus dos fuentes normativas principales, esto es, la Declaración de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana ni la doctrina la ha acogido nunca²⁹. Somos de la idea que dicha expresión debería ser eliminada de la definición que da el Proyecto del crimen.

29. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES.

30. El artículo 28 del Estatuto describe la responsabilidad de los jefes y otros superiores. El párrafo (a) se refiere a la responsabilidad de los jefes militares mientras que el (b) trata la responsabilidad de los jefes civiles. El Proyecto de la Comisión reproduce textualmente dicha disposición en su artículo 4. Tal y como mencionamos en el apartado 15 del presente memorial este tipo de aproximación es encomiable pero no del todo satisfactoria.

31. El derecho internacional requiere que todas las personas en cargos de autoridad estén obligados a prevenir que sus subordinados violen las reglas del derecho internacional humanitario (art. 86.1, Protocolo I). El artículo 86.2 del Protocolo I establece que “[e]l hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”. Tal y como aclara el comentario de la Cruz Roja Internacional a los Protocolos adicionales a la Convenciones de Ginebra, “it should not be concluded from this that this provision only concerns the commander under whose direct orders the subordinate is placed. The role of commanders as such is dealt with in Article 87 (Duty of commanders). The concept of superior is broader and should be seen in terms of hierarchy encompassing the concept of control.”³⁰

32. Tanto el artículo 7 (3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia como el artículo 6 (3) del Estatuto de Tribunal Penal Internacional para Ruanda no distinguen entre superiores civiles y militares y establecen un estándar de responsabilidad más elevado que el contemplado en el Protocolo I³¹. Tampoco

²⁸ Federico Andreu-Guzmán, El Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en La Revista, Comisión Internacional de Juristas, Julio 2001, No.62-3, págs.86-7.

²⁹ Nigel S. Rodley, op. cit., págs.243-76.

³⁰ International Committee of the Red Cross *Commentary to the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 of August 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987, p.1013.

³¹ Art. 7 (3) del Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.” Art. 6 (3) de Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda: “The fact that

establece tal distinción el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 elaborado por la Comisión de Derecho Internacional.³²

33. El artículo 28 del Estatuto de Roma ha introducido una redacción que se aparta tanto del Protocolo I como de los Estatutos de los dos Tribunales Internacionales mencionados y desvirtúa en gran medida un desarrollo del derecho internacional que sin duda consideramos positivo.³³ Dicho artículo en su apartado (b)(i) vincula la responsabilidad del superior civil al hecho de que *“hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.”* La introducción en este artículo del elemento “deliberadamente” elimina de la conducta de un superior civil posibles actos de negligencia. No nos cabe ninguna duda de que eliminar el concepto de negligencia de la responsabilidad de un superior civil puede ser contraproducente a los efectos de dirimir las responsabilidades de aquellas personas en posiciones de poder al mismo tiempo que es contrario a la costumbre internacional.³⁴

any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.”

³² Artículo 6 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996): *“The fact that a crime against the peace and security of mankind was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility, if they knew or had reason to know, in the circumstances at the time, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all necessary measures within their power to prevent or repress the crime.”*

³³ Por ejemplo, en el Caso Delalic et al. IT-96-21 “Celebici Camp” el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia razona del siguiente modo al interpretar el alcance del artículo 86.2 del Protocolo I en relación con el artículo 7 (3) del Estatuto del propio Tribunal Penal: *“An interpretation of the terms of this provision in accordance with their ordinary meaning thus leads to the conclusion, confirmed by the travaux préparatoires, that a superior can be held criminally responsible only if some specific information was in fact available to him which would provide notice of offences committed by his subordinates. This information need not be such that it by itself was sufficient to compel the conclusion of the existence of such crimes. It is sufficient that the superior was put on further inquiry by the information, or, in other words, that it indicated the need for additional investigation in order to ascertain whether offences were being committed or about to be committed by his subordinates. This standard, which must be considered to reflect the position of customary law at the time of the offences alleged in the Indictment, is accordingly controlling for the construction of the mens rea standard established in Article 7(3). The Trial Chamber thus makes no finding as to the present content of customary law on this point. It may be noted, however, that the provision on the responsibility of military commanders in the Rome Statute of the International Criminal Court provides that a commander may be held criminally responsible for failure to act in situations where he knew or should have known of offences committed, or about to be committed, by forces under his effective command and control, or effective authority and control.”* (Párrafo 393).

³⁴ El comentario al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) aclara que no cualquier acto de negligencia hace penalmente responsable a un superior, sino simplemente aquellos casos que por ser tan serios son equiparables a una conducta dolosa: *“A superior who simply ignores information which clearly indicates the likelihood of criminal conduct on the part of his subordinates is seriously negligent in failing to perform his duty to prevent or suppress such conduct by failing to make a reasonable effort to obtain the necessary information that will enable him to take appropriate action. As indicated in the commentary to article 86 of Additional Protocol I, “this does not mean that every case of negligence may be criminal...[T]he negligence must be so serious that it is tantamount to malicious intent”. The phrase “had reason to know” is taken from the statutes of the ad hoc tribunals and should be understood as having the same meaning as the phrase “had information enabling them to conclude” which is used in*

34. El Estatuto de Roma es el primer instrumento internacional que incorpora grados de responsabilidad distintos para el superior militar y para el superior civil. Mientras que establecer un grado de responsabilidad más exigente que el establecido en el Protocolo I o en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales tiene sentido, no lo tiene aumentar el estándar para los militares y al mismo tiempo disminuirlo para los civiles. En todo caso, lo apropiado es mantener un mismo estricto estándar para los jefes civiles y los jefes militares.
35. Es oportuno recordar asimismo que la mayoría de las delegaciones presentes en la Conferencia de Roma no eran partidarias de establecer una distinción entre la responsabilidad del superior civil y la del militar y que la redacción final del artículo 28 del Estatuto se debió a la presión de una delegación en concreto y a la necesidad de conseguir un acuerdo general.
36. Amnistía Internacional y Human Rights Watch son de la opinión de que el artículo 4 del Proyecto de la Comisión debería ser enmendado estableciendo un mismo grado de responsabilidad, lo más estricto posible, para superiores civiles y militares de acuerdo con el derecho de la costumbre internacional.

37. LAS ÓRDENES DEL SUPERIOR U OBEDIENCIA DEBIDA.

38. La redacción del artículo 9 del Proyecto reproduce la disposición contenida en el artículo 33 del Estatuto de Roma, denominada “órdenes superiores y disposiciones legales”. En ambos instrumentos el cumplimiento de una orden de un superior, reunidos ciertos extremos que la norma establece, constituye una eximente o justificativo de responsabilidad, es decir, excluye la responsabilidad penal.
39. Por el contrario, desde la perspectiva del derecho internacional la llamada “obediencia debida” constituye en algunos casos una mitigante de responsabilidad, pero nunca una causal que excluya la misma por completo.
40. En efecto, como bien ha sostenido la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en sus comentarios al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 la justificación o eximente de responsabilidad de órdenes del superior –u obediencia debida- ha sido rechazada como base para exceptuar de responsabilidad penal a los subordinados por la comisión de crímenes de derecho internacional.
41. El primer antecedente en la materia fue reconocido por la Carta del Tribunal de Nuremberg, que en su artículo 8 disponía que: *“El hecho de que un acusado haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior no lo eximirá de responsabilidad, pero podrá ser tenido en cuenta para la mitigación del castigo impuesto por el Tribunal, si las exigencias de la justicia así lo requiriesen”*. Esta disposición fue bien oportuna, pues muchos de los imputados por el Tribunal Penal Militar de Nuremberg, establecido por la Carta antes aludida, sostuvieron que habían

Additional Protocol I. The Commission decided to use the former phrase to ensure an objective rather than a subjective interpretation of this element of the first criterion.” Disponible en <http://www.un.org/law/ilc/texts/dcodefra.htm>

obrado en cumplimiento de órdenes de sus superiores. El Tribunal Militar, sin embargo, rechazó tal justificación al entender que: *“Las previsiones del artículo [8] se encuentran en conformidad con el derecho de las naciones. Que a un soldado le haya sido ordenado matar o torturar en violación del derecho internacional de la guerra nunca ha sido admitido como excusa valedera para tales actos; no obstante, la Carta determina que el cumplimiento de dicha orden puede ser tenida en cuenta para mitigar la sanción”*³⁵

42. Concordantemente el artículo 5 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) dispone que: *“El hecho de que una persona acusada por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya actuado en cumplimiento de las órdenes de su Gobierno o un superior no lo exime de su responsabilidad penal, pero podrá ser tenida en cuenta en la mitigación de su castigo, si la Justicia así lo requiriese”*.
43. El artículo 7 (4) del Estatuto del Tribunal Internacional Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia establece que: *“El hecho de que una persona acusada haya cumplido una orden de su Gobierno o de un superior no lo releva de responsabilidad penal, pero podrá ser considerado en la mitigación del castigo si el Tribunal Internacional así lo determina en conformidad con las exigencias de la Justicia”*.
44. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda coincidentemente contiene una disposición que reproduce casi literalmente la anterior, reconociendo en exclusiva el carácter de mitigante de responsabilidad (artículo 6, 4) para el que aduzca el cumplimiento de la orden de un superior.
45. También la Constitución de la Nación Argentina, al haber incorporado la Convención contra la Tortura a su texto ha limitado el alcance conferido a las órdenes del superior en lo que a ese crimen atañe. El artículo 2 (3) de ese Tratado dispone que: *“No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”*.
46. Otro tanto dispone, con igual jerarquía constitucional, el artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establece que: *“No se admitirá la eximente de obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas”*.
47. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³⁶, ratificada por Argentina el 31 de Marzo de 1989, con rango normativo de tratado, dispone en su artículo 4 que *“El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente”*.
48. Asimismo se debe tener presente, desde una perspectiva histórica, el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de la ONU que, al examinar el alcance de la legislación relativa a la obediencia debida que había conferido implícitamente amnistía

³⁵ International Law Commission Report, 1996, Chapter II, comentario al artículo 5, para.1-4.

³⁶ Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de Diciembre de 1985, durante la A.G. de la OEA.

a personas responsables de violaciones generalizadas de derechos humanos en Argentina, estableció que: *“Los compromisos asumidos por el Estado Parte con respecto a su reciente pasado autoritario, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial a los altos jefes militares son incompatibles con los requisitos del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]”* (UN Doc. CCPR/C/79/Add.46 (1995).

49. El artículo 9 del Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas que se discute en la actualidad en Naciones Unidas dispone literalmente que: *“Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, podrá ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o instrucción tendrá el derecho y el deber de no obedecerla. Los Estados prohibirán las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas”*.
50. En el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos la Corte Interamericana ha rechazado con igual énfasis tales disposiciones, al concluir que: *“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* (caso Barrios Altos, de 14 de Marzo de 2001, para.41).
51. En conclusión, Amnistía Internacional y Human Rights Watch sostienen que, conforme al derecho internacional, la obediencia debida no puede ser argüida válidamente como justificativo o eximente de la responsabilidad penal. El cumplimiento de órdenes de un superior sólo puede atemperar las sanciones impuestas a los responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos o a las infracciones graves al Derecho Humanitario, pero jamás liberarlos por completo de su responsabilidad.
52. Nos permitimos, en consecuencia, sugerir la enmienda del artículo 9 del Proyecto en el sentido indicado.

53. LAS INMUNIDADES DE QUIENES OSTENTAN ALGUNA POSICIÓN OFICIAL.

54. El artículo 27 del Estatuto de Roma establece que: *“1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”*.
55. La Corte Penal Internacional tiene, pues, jurisdicción sobre toda persona sin distinción basada en el cargo oficial que pueda ostentar y cualquier inmunidad o normas de procedimiento especiales a que se encuentre sometido no impide para que el Tribunal

ejerza su competencia sobre ella. Esta es una de las disposiciones más importantes en el Estatuto y estimamos que la Comisión debería incorporarla explícitamente en el Proyecto.

56. El motivo de la disposición es evidente. El objetivo de las inmunidades y privilegios que los derechos nacionales estatuyen para sus gobernantes encuentra su razón de ser en la circunstancia que el beneficiario de las mismas pueda cumplir sus funciones oficiales sin interferencias indebidas. Pero ello no incluye en absoluto la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. La comisión de estos crímenes no forma parte de las funciones oficiales de ningún cargo³⁷ y por lo tanto están exentas del ámbito de la inmunidad³⁸.
57. El reconocimiento de este principio de limitaciones en la inmunidad data, por lo menos, del tiempo del Tratado de Versalles, que estableció la responsabilidad individual para el Káiser Guillermo II de Alemania. La Carta del Tribunal Penal de Nuremberg reiteró este principio en su artículo 7, el que dice: *“la posición oficial de los acusados, si bien como jefes de Estados o bien como oficiales responsable de gobierno, no será considerado como un eximente ni mitigante de la responsabilidad penal.”* Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y su Sentencia, ratificaron dicha disposición en su cláusula III³⁹.
58. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que como manifestamos tiene atribuida jerarquía constitucional, contiene una disposición similar⁴⁰. El artículo 7 del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) reitera la inobservancia de cualquier posición oficial de que pudiera prevalerse una persona⁴¹.

³⁷ Ver, por ejemplo, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division); Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) ex parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division). Disponible en www.parliament.uk

³⁸ Human Rights Watch, La Compatibilidad del Estatuto de Roma con Ciertas Disposiciones Constitucionales Alrededor del Mundo, <http://www.hrw.org/campaigns/icc/index.htm> o de Human Rights Watch a hrwnyc@hrw.org.

³⁹ Principle III. *“The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law”*, Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal (texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su segunda sesión, 1950).

⁴⁰ Artículo IV. *Las personas que hayan cometido genocidios o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.*

⁴¹ Article 7 - *Official position and responsibility. The official position of an individual who commits a crime against the peace and security of mankind, even if he acted as head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility or mitigate punishment.*

59. También este mentado principio es repetido en los textos de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc para la Antigua Yugoslavia⁴² y para Ruanda, y, como ya se ha mencionado, en el Estatuto de Roma.

60. Somos de la idea que el Proyecto debería consagrar en su texto una norma que aludiera precisamente a la imposibilidad –absoluta- de oponer inmunidad por parte de los responsables de los crímenes contenidos en los artículos 10-16.

61. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN ARGENTINA.

62. El Proyecto Argentino no menciona la posibilidad de que la Corte sesione en Argentina. Según el artículo 3 (3) del Estatuto la Corte podrá celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente. El artículo 62 refuerza dicho artículo estipulando que *“a menos que se decida otra cosa, el juicio se celebrará en la sede de la Corte”*.

63. Es muy importante, por lo tanto, que la Argentina incorpore ahora estos artículos en su legislación interna para de este modo poder cooperar adecuadamente con la Corte en el supuesto de que ésta decida desplazar sus sesiones a Argentina. Varios países ya han incluido apartados en sus leyes de implementación, contemplando dicha posibilidad.⁴³

64. PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA CORTE.

65. El artículo 4 (1) del Estatuto prevé que la Corte *“tendrá personalidad jurídica internacional”* y el artículo 4 (2) establece que ésta podrá *“ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado parte, y por acuerdo especial, en el territorio de cualquier Estado”*.

66. Argentina debe por tanto asegurar el reconocimiento legislativo de la personalidad jurídica de la Corte Penal Internacional, lo cual es requisito previo para que la Corte pueda celebrar contratos, adquirir bienes muebles e inmuebles o entablar acciones judiciales y, por ende, pueda desempeñar sus funciones y poderes de forma efectiva en territorio argentino.

67. Consideramos que el Proyecto en su texto o mediante otra ley independiente debe contemplar este extremo.

68. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

⁴² Article 7. *Individual criminal responsibility. ...2. The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.*

⁴³ La ley de implementación de Nueva Zelanda (*International Crimes and International Criminal Court Act 2000*) dedica varios artículos a esta cuestión bajo el epígrafe *Investigations or sittings of ICC in New Zealand*. La ley (proyecto) de implementación australiana (*International Criminal Court Bill 2001*) es prácticamente idéntica. El *International Criminal Court Bill* (proyecto) de la República de Sudáfrica contiene un artículo relativo a este particular.

69. Puesto que la Corte no es un órgano de Naciones Unidas, como sí lo son los Tribunales *Ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda,⁴⁴ sino una organización creada mediante tratado internacional, ni ella ni sus funcionarios quedan automáticamente incluidos en las leyes nacionales sobre protección del personal de la ONU. El artículo 48 (1) del Estatuto tiene una redacción muy similar a la del artículo 105 de la Carta de Naciones Unidas relativo a los privilegios e inmunidades de la Organización.⁴⁵
70. El proyecto de la Comisión debe garantizar, por lo tanto, que la Corte gozará de aquellos privilegios e inmunidades *“que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones”*.
71. El Proyecto argentino tampoco garantiza los privilegios e inmunidades a los Magistrados, el Fiscal, los Fiscales Adjuntos y el Secretario. Estos deben gozar en el desempeño de sus funciones de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de misiones diplomáticas. Asimismo, una vez expirado su mandato, deben poder seguir gozando de absoluta inmunidad judicial por las declaraciones hechas oralmente o por escrito y los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales (art.48.2 Estatuto). Ello prevendrá de acusaciones fundadas en motivaciones políticas o represalias posteriores contra el personal de la Corte.
72. En cuanto al Secretario Adjunto, el personal de la Fiscalía y el personal de la Secretaría el Proyecto debe establecer que *“gozarán de los privilegios e inmunidades y de las facilidades necesarias para el cumplimiento de sus funciones de conformidad con el acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte”* (art.48.3). Argentina debe garantizar la independencia e integridad de los funcionarios de la Corte concediendo a éstos la misma protección que garantizan los artículos V y VII de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas a los funcionarios de Naciones Unidas. Estos artículos forman parte ya del derecho consuetudinario⁴⁶. Estas inmunidades funcionales incluyen la inmunidad frente a todo

⁴⁴ El artículo 30(1) del Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia establece lo siguiente: *“The Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946 shall apply to the International Tribunal, the judges, the Prosecutor and his staff, and the Registrar and his staff.”* El artículo 29(1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda es literalmente idéntico.

⁴⁵ Tal y como se afirma en un respetado comentario a la Carta de Naciones Unidas: *“In order to create a reasonable balance of conflicting interests, Art. 105 of the Charter established the principle of the functional necessity of privileges and immunities, which was later introduced into all major status conventions and has since become a fundamental rule of the whole system of international privileges and immunities.”* Bruno Simma, ed., *The charter of the United Nations: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press 1995) p.1139.

⁴⁶ Según la opinión del asesor legal de la ONU, de 6 de diciembre de 1967, al Sexto Comité, AJUN, 1967, p.346, citado en Jean-Pierre Cot & Allain Pellet, eds, *La charte des Nations Unies* (Paris: Economica 2d ed.1991) p.1398, la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de Naciones Unidas de 1946 ha adquirido el estatus de norma de derecho consuetudinario. El artículo 30 (3) del Tribunal Penal para La Antigua Yugoslavia establece que: *“The staff of the Prosecutor and of the Registrar shall enjoy the privileges and immunities accorded to officials of the United Nations under articles V and VII of the Convention referred to in paragraph 1 of this article.”*

proceso judicial respecto a palabras escritas o habladas y a todos los actos ejecutados en su carácter oficial.

73. Aunque el artículo 48 (4) del Estatuto establece que los privilegios e inmunidades de *“abogados, peritos, testigos u otras personas cuya presencia se requiera en al sede de la Corte serán objeto del tratamiento que sea necesario para el funcionamiento de la Corte, de conformidad con el acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Corte”* Amnistía Internacional y Human Rights Watch consideran que no hay razones de peso para no conceder la misma protección a estas personas cuando las sesiones de la Corte tengan lugar en el territorio de un Estado parte y no en la sede.
74. El borrador del acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte ya está finalizado⁴⁷. Cuando la Asamblea de Estados miembros apruebe dicho acuerdo una vez se haya depositado la 60 ratificación al Estatuto, Argentina deberá a su vez ratificarlo e implementarlo en su legislación interna. Ello no obsta a que sea conveniente implementar el artículo 48 del Estatuto antes de que el acuerdo sobre privilegios e inmunidades sea aprobado por la Asamblea. Por ejemplo, en la ley canadiense (*Crimes Against Humanity Act*) se reforma la ley *Foreign Missions and International Organizations Act*, al disponer que *“los magistrados, oficiales y personal de la Corte Penal Internacional... y los abogados, peritos, testigos u otras personas cuya presencia se requiera en la sede de la Corte tendrán los privilegios e inmunidades estipulados en el artículo 48 del Estatuto de Roma, tal y como se definen en esa subsección, y en el acuerdo sobre privilegios e inmunidades contemplado en ese artículo.”* Otros países han incluido disposiciones similares en sus respectivas leyes de implementación⁴⁸.
75. Así pues, cuando Argentina implemente el acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Corte deberá garantizar, entre otras cosas, que los abogados, peritos y testigos que deban comparecer ante la Corte en el caso de que ésta sesione en Argentina, por ejemplo a través de vídeo conferencias, recibirán la misma protección en el ordenamiento argentino que la otorgada a estas personas cuando comparecen frente a la Corte en su sede. Asimismo, Argentina deberá extender dicha protección a aquellas personas que se encuentren en territorio argentino en tránsito hacia la sede de la Corte o de regreso de ésta.

76. LA ELECCIÓN DE LOS JUECES Y EL FISCAL.

77. El artículo 36 (4) del Estatuto de Roma establece que *“cualquier Estado Parte en el presente Estatuto podrá proponer candidatos en las elecciones para magistrado de la Corte”* y concede el derecho a cada Estado parte de determinar qué sistema de elección le parece más adecuado para tal fin. O bien los Estados escogen el

⁴⁷ Preparatory Commission, Octava Sesión, 24 de Setiembre al 5 Octubre de 2001.

⁴⁸ Nueva Zelanda ha reformado su Ley sobre privilegios e inmunidades diplomáticas (*Amendment to Diplomatic Privileges and Immunities Act 1968*), mientras que Sudáfrica establece privilegios e inmunidades en su ley (proyecto) de implementación (*International Criminal Court Bill*) al tiempo que remite a su Ley de Inmunidades y Privilegios de 1989 para lo restante.

procedimiento previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,⁴⁹ o bien el procedimiento interno previsto para proponer candidatos a los más altos cargos del país.

78. Puesto que el Proyecto de la Comisión no contiene ninguna mención sobre la elección de jueces, Amnistía Internacional y Human Rights Watch creen que es necesario hacer alguna recomendación sobre este tema debido a la importancia que, para el correcto funcionamiento de la Corte en el futuro, tiene el procedimiento de elección de sus jueces.

79. Independientemente del método que Argentina elija para la elección de candidatos es necesario prever un método de selección de jueces que asegure la designación de los mejores candidatos. El procedimiento debería ser lo más abierto posible e involucrar el máximo número de consultas a nivel nacional. Aunque Argentina decida utilizar el procedimiento interno previsto para proponer candidatos a sus más altos cargos judiciales, es igualmente deseable que antes de proponer sus candidatos realice consultas con su más alto tribunal de justicia y sus facultades de derecho, tal y como recomienda el artículo 6 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, estamos convencidos de que sería valioso consultar también con organizaciones no gubernamentales especializadas en derechos humanos, justicia penal y derechos de la mujer y realizar algún tipo de audiencia pública que permita a la sociedad civil discutir los antecedentes de un potencial candidato.

80. Del mismo modo, aunque el Estatuto de Roma no prevé ningún sistema de nombramiento de candidatos a fiscal de la Corte, Amnistía Internacional y Human Rights Watch consideran que un proceso abierto similar al establecido para la elección de jueces es la mejor solución para evitar nombramientos politizados.

81. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 1 DEL CÓDIGO PENAL.

82. Nuestras organizaciones han visto con especial interés las disposiciones del tercer Proyecto de Ley propuesto por la Comisión, relativo a la enmienda del artículo 1 del Código Penal, sobre la jurisdicción que ejercerán los tribunales argentinos. Dicha iniciativa es sin duda saludable, aunque nos permitimos manifestar al tiempo que la misma resulta insuficiente y debería ser enmendada.

83. Decimos que el Proyecto de Ley es saludable pues ordena y armoniza principios que el derecho argentino ya admitía⁵⁰ desde antaño merced diversas fuentes. Pero es insuficiente pues sólo habilita el ejercicio de jurisdicción universal cuando un tratado celebrado por la Argentina así lo haya consagrado. Quedan así fuera de tal tipo de jurisdicción el genocidio y todos aquellos crímenes que no cuentan con una convención

⁴⁹ Procedimiento basado por analogía en el modelo previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia el cual en su artículo 6 establece que “[a]ntes de proponer estos candidatos, se recomienda a cada grupo nacional que consulte con su más alto tribunal de justicia, sus facultades y escuelas de derecho, sus academias nacionales y las secciones nacionales de academias internacionales dedicadas al estudio del derecho.”

⁵⁰ Ver Alejandro E. Alvarez y otros, Étude Comparée des Critères de Compétence Juridictionnelle en Matière de Crimes Internationaux: Argentina, Paris, Julio de 2001.

o tratado que los haya incriminado y prohibido y de que la Argentina sea parte, como lo es la esclavitud, el exterminio, la deportación, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la persecución de un grupo fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, etc. y todos los crímenes de guerra que no tengan reconocida la condición de “grave infracción” a los Convenios de Ginebra, por sólo mencionar unos ejemplos.

84. Es sabido que de conformidad con las previsiones del artículo 12 del Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional, salvo cuando una situación le haya sido remitida por el Consejo de Seguridad en uso de las atribuciones que le confiere el Capítulo VII de la Carta de la ONU, ejercerá su jurisdicción sobre la base de los llamados principios de territorialidad y personalidad activa. Esto es, la Corte Penal activará su jurisdicción si el estado del territorio donde los crímenes han tenido lugar es un Estado Parte o si el Estado de la nacionalidad del presunto responsable de tales crímenes ha aceptado la competencia del Tribunal, respectivamente.
85. Sin embargo, el derecho internacional habilita a todos los estados y en muchos casos les impone⁵¹ el ejercicio de su jurisdicción local cuando de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra se trata, sin reparar en el territorio en que se han cometido los crímenes o la nacionalidad de la víctima o del victimario o si se han afectado intereses nacionales y, en rigor, desentendiéndose de toda circunstancia fáctica. Es la llamada jurisdicción universal⁵²⁵³, una especie dentro del género de la extraterritorialidad.
86. En tal sentido, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados, que tienden a garantizar a las personas puestas fuera de combate (heridos, enfermos o prisioneros de guerra) o que no son parte de las hostilidades (personas civiles) una protección y trato humano⁵⁴, consagran el deber, no la facultad, de todos los Estados Parte de ejercer su jurisdicción universal con relación a las “graves infracciones”⁵⁵ que en ellos se definen⁵⁶. Y ello incluye entre otros actos el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de

⁵¹ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, en *Prosecutor vs. Zejnil Delalic et al*, Case No.: IT-96-21-T, para.200, 16.11.1998 (“*The system of mandatory universal jurisdiction over those offences described as “grave breaches” of the [Geneva] Conventions requires all States to prosecute or extradite alleged violators of the Conventions...*”)

⁵² Amnistía Internacional, “La Jurisdicción Universal: Catorce Principios Fundamentales sobre el Ejercicio Eficaz de la Jurisdicción Universal”, Mayo de 1999, AI Index: IOR 53/01/99s (disponible en www.edai.org).

⁵³ Human Rights Watch, The Pinochet Precedent, updated January 2001, www.hrw.org

⁵⁴ Ver Tom J. Farer, Restraining the Barbarians: Can International Criminal Law help?, en *Human Rights Quarterly*, Volume 22, Number 1, February 2000, The Johns Hopkins University Press, p.99.

⁵⁵ Christophe Swinarski, “Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana”, IIDH, San José, Costa Rica, 1991, pág.57.

⁵⁶ Cristina Pellandini, “Rol del CICR en el Ambito de la Represión de las Infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario” (en Adaptación de la Legislación Interna para la Sanción de las Infracciones contra el D.I.H.), Plaza y Janés, Editores Colombia S.A., Diciembre de 2000, pág.49.

bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

87. Dice la I Convención de Ginebra que: “(...) *Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes*” (artículo 49 y en igual sentido art.50 (II), art.129 (III) y art.146 (IV).
88. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes impone a todos los Estados Parte el deber de ejercitar su jurisdicción doméstica no sólo sobre bases territoriales y de personalidad activa, como ya dijimos que hará la Corte Penal, sino también sobre la base de los principios de la personalidad pasiva -cuando un nacional de ese Estado haya sido víctima de tortura en otro país- (art.5, 1, c) y de universalidad (arts.5, 2 y 7, 1). Ha sido precisamente sobre esta última base que el Tribunal de los Lores británicos, en dos oportunidades, autorizara la extradición del Senador Pinochet a España⁵⁷.
89. El Estado argentino ha ratificado numerosas convenciones que consagran este principio con referencia a otros crímenes internacionales. Por ejemplo: la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes⁵⁸, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 17/12/79, en su artículo 5.2; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos⁵⁹, en su artículo 3, (2); La Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas⁶⁰, en el artículo 4, 2, b).
90. La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (ONU, A.G., Res.3068/28, de 30/11/1973) obliga a todos los Estados Parte a adoptar las medidas legislativas, judiciales y administrativas necesarias para perseguir, enjuiciar y castigar a las personas responsables de practicar dicho crimen sobre bases de universalidad (arts.IV y V).¹ Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (artículo 4, 2, b) (Ley 24.072).
91. Coincidentemente, en el plano regional, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas declara el deber de todos los Estados Parte de establecer su jurisdicción local para dicho crimen dondequiera que éste haya sido perpetrado, a menos que el Estado prefiriera extraditar (art.IV, para.2).
92. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura también consagra el deber de los Estados Parte de establecer su jurisdicción en relación a toda persona responsable de ese crimen sin importar el lugar donde el ilícito hubiera sido cometido o

⁵⁷ Comisión Internacional de Juristas, op. cit., pág.49-72

⁵⁸ Ley 23.956.

⁵⁹ Ley 22.509.

⁶⁰ Ley 24.072.

la nacionalidad de la víctima o el victimario (art.12, para.5.). En virtud del principio *aut dedere au iudicare* el Estado se eximirá de responsabilidad internacional si decide no juzgar a los responsables pero los extradita a otro país donde sí sean objeto de un proceso judicial.

93. Como hemos dicho anteriormente los Estados Parte del Estatuto de Roma darán plena satisfacción al mismo estableciendo su competencia territorial y de personalidad activa con relación a los crímenes de competencia complementaria de la Corte. Pero si se contentaran sólo con ello incumplirían los restantes deberes que les imponen otras convenciones, los tratados y la costumbre internacional en referencia a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.
94. El cumplimiento de esos deberes internacionales consagra sin duda el establecimiento de la jurisdicción universal⁶¹ para los responsables de todos esos crímenes.
95. El Estado argentino, como hemos expresado, mediante la ratificación de varias convenciones y tratados, se ha comprometido a ejercitar jurisdicción universal con relación a los responsables de crímenes de derecho internacional, aún cuando estos no alcancen a constituirse en crímenes de lesa humanidad.
96. Si la simple comisión de un acto de tortura o de una desaparición forzada de personas impone al Estado Argentino el deber legalmente exigible del ejercicio de jurisdicción universal, ¿cómo puede explicarse que ni el genocidio ni la práctica generalizada o sistemática de la persecución política, racial o religiosa o los crímenes sexuales que el Proyecto enumera, conforme a su texto, no hayan de incitar otra jurisdicción que la territorial?
97. Y es que la pretendida reforma del artículo 1 de Código no hace más que incorporar a su texto un principio ya existente en los convenios y tratados internacionales de los que la República Argentina ya es parte. Merced incluso a las disposiciones del actual artículo 118 de la Constitución Argentina no hay ningún inconveniente para que un juez argentino pueda aplicar la jurisdicción universal con relación a un acto de tortura cometido en cualquier sitio, por un victimario y sobre una víctima de cualquier nacionalidad.
98. Sin embargo, como del texto de la Convención contra el Genocidio no se desprende literalmente la posibilidad del ejercicio de jurisdicción universal⁶² (aunque algunos tribunales nacionales han afirmado lo contrario) cabría interpretar que, conforme la pretendida reforma, dicho crimen de derecho internacional –al que se ha calificado como el “crimen de los crímenes”- sólo puede ser objeto de jurisdicción territorial. Y otro tanto puede decirse de todos aquellos crímenes de lesa humanidad que no cuentan con un instrumento normativo internacional que los haya acogido. Por más generalizada o sistemática que sea su práctica, sólo podrán ser objetos de un proceso judicial ante los tribunales del estado donde los crímenes se han cometido. Y ello equivale a decir, sinceramente, que nunca serán juzgados.

⁶¹ Amnesty International, Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implement Legislation Chapter Fifteen: recommendations, AI Index: IOR 53/018/2001, September 2001.

⁶² William Schabas, Genocide in International Law, Cambridge University Press, 2000, págs.353-68.

99. Con razón se ha afirmado que el genocidio sólo puede cometerse bajo la dirección o, a lo menos, la tolerancia o aquiescencia de autoridades estatales⁶³. Por ello, consagrar en exclusiva la jurisdicción territorial para el juzgamiento de dicho crimen es garantizar de antemano la impunidad de sus perpetradores⁶⁴.
100. La territorialidad de la ley penal –razonable y efectiva para el juzgamiento de los delitos comunes- deviene insuficiente e inadecuada cuando de crímenes de derecho internacional se trata.
101. El Estatuto de Roma sabiamente nos dice: *“Recordando que es deber de todos los estados ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”*⁶⁵. El Estatuto no añade la expresión: *“que se hayan cometido en su territorio”* u otra equivalente.
102. Es que mucho antes de la adopción del Estatuto de Roma el derecho internacional⁶⁶ imponía la competencia de cualquier estado para juzgar ciertos crímenes que afrontan a la humanidad en su conjunto⁶⁷.
103. Amnistía Internacional y Human Rights Watch consideran que la Comisión debe hallar una redacción que satisfaga los compromisos internacionales que el Estado Argentino ha asumido en la materia, esto es, debe conferir a sus tribunales el poder de persecución universal para todos los crímenes de derecho internacional.
104. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DEL TRATADO DE ROMA.
105. Amnistía Internacional y Human Rights Watch apoyan decididamente la concesión del status constitucional al Tratado de Roma para la Corte Penal Internacional. Ese mecanismo ya ha sido utilizado anteriormente por el Congreso de la Nación Argentina, cuando atribuyó dicha condición a la Convención Interamericana sobre Desaparición

⁶³ W. Schabas, op. cit. pág.418 y ss.

⁶⁴ Kai Ambos, Impunidad y Derecho Penal Internacional, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, segunda edición, 1999, pág.186.

⁶⁵ Estatuto de Roma, Preámbulo, para.6

⁶⁶ Por ejemplo, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU ha dicho en su reporte del año 1996 que: *“Jurisdiction over the crimes covered by the Code is determined in the first case by international law and in the second case by national law. As regards international law, any State party is entitled to exercise jurisdiction over an individual allegedly responsible for a crime under international law set out in articles 17 to 20 who is present in its territory under the principle of “universal jurisdiction” set forth in article 9. The phrase “irrespective of where or by whom those crimes were committed” is used in the first provision of the present article to avoid any doubt as to the existence of universal jurisdiction for those crimes”*.

⁶⁷ US Circuit Court of Appeals, *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F. 2d 571 (6th Circ. 1985) y Attorney General of Israel v. Eichman, 36 I.L.R. 277, 296, 300-2 (Israel S. Ct., 1962). Ver, al respecto, Georg Schwarzenberger, The Eichmann Judgement, An Essay in Censorial Jurisprudence, Current Legal Problems, Vol 15, 1962. también

Forzada de Personas⁶⁸, que sólo gozaba hasta entonces de la jerarquía propia de los tratados.

106. Es evidente que las modificaciones legislativas que demanda una institución tan trascendente como la Corte Penal Internacional, en todos sus Estados Parte, se armonizan de mejor modo si a sus previsiones se les confiere la máxima jerarquía normativa. De ese modo se evitarán potenciales conflictos en la interpretación de las normas de la Carta Magna y el Estatuto de Roma.

107. CONCLUSIÓN.

108. Amnistía Internacional y Human Rights Watch han expresado oportunamente su beneplácito por la conformación de la Comisión de Implementación del Estatuto de Roma⁶⁹.

109. Saludamos asimismo la iniciativa de abrir la discusión amplia de este Proyecto trascendente a la sociedad civil, en especial a las organizaciones argentinas defensoras de derechos humanos.

110. En dicha inteligencia nos permitimos elevar para vuestra discusión una serie de propuestas de enmiendas, adiciones y supresiones al texto original que confiamos contribuirán a perfeccionar los Proyectos para hacer de ellos eficaces herramientas de defensa de los derechos humanos.

111. Confiamos que la Comisión Interministerial estudiará nuestras sugerencias con detenimiento y pondrá a disposición del Señor Presidente de la República una versión revisada y definitiva de los Proyectos con la mayor brevedad.

112. Finalmente queremos señalar que Amnistía Internacional y Human Rights Watch solicitarán oportunamente al Congreso de la Nación la más pronta consideración de los Proyectos, con sus enmiendas, para suplir de tal modo las omisiones que la legislación argentina posee en materia de crímenes de derecho internacional y facilitar la adecuada cooperación del Estado argentino con la Corte Penal Internacional.

⁶⁸ Ver nota al pie 21.

⁶⁹ Ver carta al Señor Embajador D. Horacio Basabe, Presidente del Comité Interministerial, de 7.09.2000, en oportunidad de la audiencia concedida a AI Argentina, HRW y la Coalition for an International Criminal Court.