

**LAS LEYES "EX POST FACTO"
Y LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES
INTERNACIONALES COMO NORMAS
DE DERECHO INTERNACIONAL A SER APLICADAS
EN EL DERECHO INTERNO***

MARTÍN ARRÉGU - ARIEL DULITZKY

I. INTRODUCCIÓN**

El "caso Schwammburger" es un pedido de extradición¹. Se trata de una solicitud de la República Federal Alemana a nuestro país a causa de los delitos que Josef Franz Leo Schwammburger habría cometido durante la Segunda Guerra Mundial cuando era jefe de las SS. Josef Schwammburger es acusado de ser responsable de la muerte de centenares de

* Con especial referencia al caso Schwammburger.

** El presente trabajo se inició en el curso sobre "El derecho internacional público en la jurisprudencia de la Corte Suprema" dictado por el Dr. Guillermo Moncayo, quien nos dio el marco de libertad académica, reflexión y crítica necesarios para que el mismo pudiera concretarse. Para el nuestro reconocimiento, Queremos agradecer asimismo muy especialmente al Dr. Schiffrin, por habernos recibido, respaldado y aconsejado en la redacción final. A la Dra. Métrica Pinto por escuchar muchas de nuestras dudas, siempre con paciencia; y al Dr. Zuppi por el tiempo dispensado y por lo útil que nos ha sido su publicación (ver bibliografía).

¹ Fallo de la Sala III de la Cámara Federal de La Plata del 30 de agosto de 1989 (J.A., 27-XII-1989 y 3/190 y E.D., 27-28-29-XI-1989). Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 20-III-1990 —S 645 XXX— (E.D., 15-VI-90 y L.L., 16-VII-90).

Es necesario destacar que al momento en que este artículo fue escrito no se había producido aún la unificación alemana.

personas estando al frente de un campo de trabajos forzados. Estos delitos son considerados por el Derecho penal internacional como crímenes internacionales.

De todos los aspectos de esta causa nos interesa detenernos solamente en la prescripción de la acción penal². Al tratarse de un pedido de extradición sin que haya acuerdo previo entre las partes, nuestros tribunales deben comprobar que la acción no esté precepta de acuerdo a las normas del país requirente (art. 665, Cód. Proc. Crim.). La República Federal Alemana esgrimió, entonces, dos causales a favor de la no prescripción: 1) las interrupciones que ésta habría sufrido como consecuencia de diversos actos de los tribunales alemanes, y 2) una norma sancionada con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial que declara imprescriptibles estos delitos³. Es este segundo supuesto el que nos parece importante analizar. Se trata, obviamente, de una norma *ex post facto* que rige la prescripción de crímenes internacionales. Estudiaremos a partir de este fallo qué posibilidades tienen nuestros tribunales de hacer lugar a un pedido de extradición como éste, fundado en una norma *ex post facto* respecto a crímenes internacionales.

El primer punto a definir es a qué nos referimos cuando hablamos de crímenes internacionales. El Derecho internacional público distingue dos tipos de ilícitos internacionales: 1) los delitos internacionales y 2) los crímenes. La diferencia entre unos y otros reside, se puede decir simplificando, en la gravedad. Un delito internacional se produce cuando una nación que forma parte de la comunidad internacional no cumple con una obligación internacional que le fuera exigible, cualquiera sea la fuente de la norma en cuestión. En este caso, los perjuicios no alcanzan a la comunidad internacional en su conjunto, sino que el ilícito tendrá como consecuencia el incurrir en responsabilidad internacional respecto de una o de un grupo determinado de naciones. En el caso del crimen in-

² En este fallo se plantean otras cuestiones tan o más importantes que ésta, sin embargo nuestra atención se centrará en este aspecto y sólo haremos mención de los demás (ver pto. VIII.a.).

³ El camino hasta la sanción de la norma que declara imprescriptibles estos delitos no es tan simple, ya que se dictaron también leyes intermedias que sólo alcanzaron a extender los plazos. De cualquier forma, como el problema que se plantea al momento de aplicar cualquiera de estas leyes es el mismo (que son todas ellas leyes *ex post facto*) reduciremos nuestro análisis sólo a la última y definitiva de estas normas.

ternacional, no puede hablarse de un único Estado perjudicado. El ilícito será de tal gravedad que perjudicará a la comunidad internacional organizada en su totalidad, hiriendo los principios rectores de su estructura. Son particularmente claros los términos en que lo explica la Comisión de Derecho Internacional: Art. 19¹. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito, sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional" (CDI, 1986-1-, pág. 73). Si bien no nos satisface la remisión al reconocimiento como crimen para ser considerado precisamente eso, un crimen internacional, la distinción nos parece acertada. En este informe de la Comisión se hace, sin perjuicio de la descripción genérica que hemos reproducido, una enumeración que incluye los crímenes contra la paz y la seguridad; contra la libre determinación de los pueblos; contra la salvaguardia del ser humano, por ejemplo la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*; y contra la salvaguardia y protección del medio humano. Esta no es la única clasificación de los crímenes internacionales, por lo que creemos que es más útil remitirnos a la diferenciación genérica hasta que la codificación de estos crímenes se halle más acabada. Por otro lado, no cabe duda de que las atrocidades de que fue acusado Schwammberger están consideradas como crímenes internacionales por todas las clasificaciones.

Nos sentimos obligados a hacer ciertas aclaraciones con respecto a los alcances de este trabajo. En primer término, es necesario precisar que no nos referiremos a la polémica sobre sí, en temas tan espinosos como el de los crímenes de lesa humanidad, son necesarios los argumentos jurídicos o si los tribunales podrían apelar a fundamentos morales o humanitarios. Ambas posturas tienen parte de razón y no queremos que este análisis jurídico de la cuestión sea considerado como un implícito respaldo a la primera postura, aunque sabemos que lo es. En los comentarios al fallo del Tribunal Constitucional alemán sobre la prolongación del plazo de prescripción por normas *ex post facto*, un sector de la doctrina apuntó que la solución no tenía por qué respaldarse sólo con argumentos

jurídicos debiendo considerarse también las razones morales que respaldaban la decisión de la Corte. Sin embargo, un adecuado tratamiento desde el campo del Derecho nunca puede ser negativo. Por otro lado, una crítica como ésta, puede ser válida respecto de un juicio del Tribunal Constitucional alemán, pero, salvo excepciones, no respecto a uno de nuestros tribunales donde las sentencias suelen estar plagadas de argumentos morales y, por desgracia, en muchos casos ausentes de un adecuado respeto por la norma⁴.

Sabemos de la trascendencia que tiene para nuestro país una definición sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales (fundamentalmente los de lesa humanidad), sin embargo, sólo nos referiremos a la imprescriptibilidad de ellos como norma del Derecho penal internacional, analizando si ésta le es oponible o no a nuestro país. En ningún caso nuestras conclusiones pueden alcanzar doctrinas que sostienen la imprescriptibilidad de estos crímenes como norma de Derecho interno, resultado exclusivamente de normas vernáculas. Se trata de cuestiones independientes⁵.

La última disquisición en nada se refiere a los alcances del trabajo, sino a los móviles que nos llevaron a realizarlo. No nos gusta la impunidad de ciertos delitos y por eso profundizamos en el análisis de los medios que pueden permitir

⁴ Schifrin parece respaldar, al menos parcialmente, la postura crítica cuando, en el consid. 49, dice: "en cuestiones de tal envergadura, como las que nos enfrentan, más vale el apoyo de la filosofía que el de la mera técnica jurídica, que siempre encierra —aunque inconscientemente— algún presupuesto de esta índole".

Herrendorf (1990), por su parte, en su comentario a este fallo se opone al camarista. Si bien reconoce que "es visible en la ideología que la humanidad sobreleva con la fuerza de un convencimiento profundo a toda prueba, una vocación por condenar a delincuentes que han cometido delitos atroces" no está de acuerdo que en el marco del Derecho penal se hagan elaboraciones muy elásticas que podrían ser peligrosas en manos de jueces con una ideología distinta a la de sus elaboradores.

Hart (1980) parecería estar más cerca de la postura del camarista, al considerar que fundamentos morales son necesarios para dar respuesta a determinados problemas irresolubles desde el ámbito estrictamente jurídico.

⁵ Nos referimos, por ejemplo, al voto del Dr. Bazqós en el fallo "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional" o al análisis que hace Sancinetti (1988) de la Constitución Nacional, por el cual este tipo de delitos no podrían ser amnistiables ni, agregamos nosotros, prescribir, debido a las similitudes que este mismo autor reconoce entre ambos institutos.

su punición. No obstante, esta postura no debe pensarse como un respaldo a las modalidades que el castigo de los crímenes internacionales normalmente ha tenido. En particular, no creemos que el genocidio se solucione con más muertes. Sin considerar el fondo de la cuestión, queremos dejar sentado que, desde nuestro punto de vista, no hay sólo un medio por el que estos delitos pueden ser reprimidos.

II. LAS LEYES EX POST FACTO EN EL DERECHO INTERNO

La norma que declara imprescriptibles los crímenes por los que es acusado Schwammberger es una norma posterior a la comisión del hecho, por lo que nuestros tribunales deberían aplicar una ley *ex post facto* para no declarar extinguida la acción y poder otorgar la extradición. Debemos, como primer paso de este trabajo, detenernos a analizar cuáles son las posibilidades, si es que las hay, de nuestros tribunales de aplicar una norma que vulnera el principio de legalidad (del que se deriva la prohibición de normas *ex post facto*). Nos adentraremos en el Derecho interno para analizar luego el mismo aspecto en el ámbito del Derecho internacional y la relación que existe entre ambos.

Para comprender el principio en toda su magnitud es importante analizar su origen. La prohibición de leyes *ex post facto*, o el correlativo principio de legalidad, deben su formulación actual al Iluminismo, y en especial a Feuerbach⁶. Es en los albores del racionalismo cuando se empieza a forjar esta garantía contra la omnipotencia estatal. Los pensadores iluministas entendieron como insoportable que un poder absolutista pudiera penar acciones que en el momento de su ejecución eran impunes, aunque el comportamiento estuviera prohibido por los usos y costumbres (aquí se halla una de las grandes diferencias con los antecedentes romanos). La prohibición se convirtió entonces, a la función de garantía que Locke y Montesquieu, le habían dado a la ley penal. Fue Feuerbach quien, uniendo a esta función garantista la teoría de la prevención general de la pena⁷, elaboró el principio latino *nullum crimen*

⁶ Para Stratenwerth (1982) el primer antecedente de este principio lo podemos encontrar en Cicerón, pero este autor reconoce que el origen más remoto del principio de legalidad guarda con éste diferencias esenciales.

⁷ Al hablar de teoría de la prevención general hacemos referencia a

sine lege (Stratenwerth, 1982), al que con posterioridad se le complementó con el principio de legalidad de la pena, el *nulla poena sine lege*. Este segundo principio es el que más nos interesa, ya que parece unánime la opinión que respecto de los crímenes internacionales es muy difícil ofender el *nullum crimen sine lege* cuando se les pena, ya que todos ellos se hallaban legislados como delitos al momento de ser cometidos (Zaffaroni, 1987). Roxin, tratando de sistematizar los fundamentos que históricamente dieron lugar al principio, se refiere a dos motivos jurídico-políticos y a dos motivos jurídico-penales. Entre los primeros enumera al liberalismo político y su consiguiente limitación al poder del Estado y a la división de poderes como nueva forma de organización del gobierno central. Las razones jurídico-penales que, para este autor, fundamentaron dicha prohibición fueron el principio de culpabilidad, según el cual no podría haber en estos casos reproche al autor, y, por otra parte, lo que él denomina la teoría de la coacción psicológica, para la que la pena tendría como finalidad apartar del delito a los potenciales delincuentes (coincidentemente con Stratenwerth en el fundamento de la prevención general) (Roxin, 1981).

Sin embargo, estos fundamentos históricos no son considerados por todos los autores como elementos fundacionales del principio de legalidad. Jescheck, por su parte, entiende que lo esencial en la prohibición de las normas *ex post facto* es la seguridad jurídica. Este autor sostiene, haciendo una crítica implícita a algunas de las posturas que hemos revisado, que la prohibición de retroactividad, a diferencia de los otros efectos del principio de legalidad, no tiene el de garantizar la representación popular, pues más bien limita la libertad decisoria del legislador. Tampoco, piensa este autor, puede fundamentarse siempre en el principio de culpabilidad, pues la fuente del reproche no es la ley³ (Jescheck, 1978).

aquellas teorías que, en oposición a las de la prevención especial, pretenden accionar sobre los que no han delinquido motivándolos con la pena y una conducta respetuosa del Derecho. Distinta es la justificación de las teorías de la prevención especial que buscan actuar sobre el mismo autor del delito (por ejemplo con su reinserción en la sociedad o sólo impidiendo que continúe delinquiriendo).

³ Acordé con este punto de vista, Jescheck piensa que el juicio de Núremberg sólo se ha basado en la circunstancia de ser fuerza de ocupación y fuerza vencedora.

Dentro de la doctrina nacional, el reconocimiento al principio de legalidad y a la prohibición de leyes *ex post facto* ha sido unánime⁹. Tanto desde el campo del Derecho constitucional como del penal, se le reconoce a este principio jerarquía constitucional a partir, fundamentalmente, de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional¹⁰.

De cualquier manera, también se mantienen en nuestra doctrina las diferencias respecto a los fundamentos. Para citar sólo dos ejemplos podemos nombrar a Zaffaroni (1987), quien le da como finalidad esencial el fundar la culpabilidad, y la opinión del Dr. Schiffrin, quien, en su voto del fallo en estudio, dice textualmente: "el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* no está destinado a establecer la previa culpabilidad sino que se vincula con una acentuación muy marcada en el campo penal del principio de división de poderes. Se trata de quitar todo empleo al Ejecutivo en el magisterio penal, reducir enérgicamente la creatividad judicial y limitar la función del Parlamento estrictamente a la formulación de normas generales y abstractas" (consid. 33).

La doctrina y jurisprudencia norteamericana remiten, por lo general, a los razonamientos llevados a cabo por su Corte Suprema en el caso "*Calder v. Bull*" (3 U.S. 366 - 1796). En este fallo, al que tendremos que volver cuando analicemos

⁹ Distinto es el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia civil y tributaria. En la causa "*Inada, Juan P.*", fallada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 2-X-1987, fue ampliamente tratado el tema de la retroactividad de la ley por el Procurador Fiscal, Dr. José Casas (E.D., 30-III-88). Su análisis, por la naturaleza del caso planteado, se detiene especialmente en la cuestión de si es posible o no aplicar leyes retroactivas en cuestiones civiles y, fundamentalmente, tributarias. Sin perjuicio de ello, el Procurador demuestra cómo la jurisprudencia de la Corte ha sido signifiicante, admitiendo en unos casos y desechando en otros la posibilidad de aplicar leyes *ex post facto*.

¹⁰ Zaffaroni (1987) hace un muy interesante análisis del art. 18 de la Const. Nac. considerando sus fuentes para llegar a la conclusión de que es posible discutir si este artículo alcanza al Derecho penal de fondo o sólo es aplicable para la ley procesal. Este autor se define por un alcance amplio. Dejaremos esta discusión de lado porque aun de no surgir del art. 18 el principio de legalidad para las leyes de fondo, obviamente estaría inmerso en el principio de reserva del art. 19 y en los derechos implícitos del art. 33 de la Const. Nac. La distinción es igualmente trascendente para nuestros propósitos, a que se está asegurando que este principio, respecto de las leyes adjetivas, también tiene jerarquía constitucional, lo que hace que sea aplicable respecto de la prescripción aun cuando se sostenga que éste es un instituto procesal.

la extensión de esta prohibición, el tribunal supremo de ese país, en el *dictum* muy repetido por nuestra doctrina y jurisprudencia, enumeró dos razones como fuente de la prohibición constitucional expresa de leyes *ex post facto*, que dicho ordenamiento contiene. La primera estaría relacionada con la necesidad de los ciudadanos de saber que no podrían ser penados por una acción que no era ilícita al momento de ser cometida y por la posibilidad de motivarse de acuerdo a una prohibición. La segunda se refiere a la limitación al Poder Legislativo para sancionar leyes cuyos móviles fuesen la venganza o la persecución de enemigos políticos.

De este análisis que hemos hecho de los fundamentos diversos que se le han dado a la prohibición de sancionar normas de Derecho interno que tengan aplicación retroactiva, surge que es imposible sostener que haya coincidencias unánimes sobre este punto. Se puede concluir que debido a la multiplicidad de fundamentos, no es dable afirmar que el principio de legalidad pueda sufrir restricciones esgrimiéndose razones de Derecho interno.

II. a) Los crímenes internacionales como limitadores del principio de legalidad en el Derecho interno

Una posibilidad de restringir este principio que debe ser analizada especialmente es la que desarrolla Kobrick (1987). Este autor sostiene que en el Derecho interno norteamericano las normas que legislen sobre crímenes internacionales que dan lugar a la jurisdicción universal según la costumbre internacional, podrían ser aplicadas retroactivamente.

Para llegar a esta conclusión Kobrick considera que es necesario detenerse en los fundamentos de la prohibición de normas *ex post facto*, e intenta demostrar cómo las dos razones esgrimidas por la Corte Suprema norteamericana en el fallo "*Calder v. Bull*" quedan igualmente resguardadas cuando se está legislando sobre este tipo de crímenes.

Respecto de la seguridad que todo ciudadano merece de saberse impune por la comisión de un delito no tipificado al momento de haberse llevado a cabo, considera que por tratarse de crímenes internacionales sujetos, de acuerdo con la costumbre internacional, a la jurisdicción universal, nadie puede alegar el desconocimiento de la ilicitud de su comportamiento. Es preciso destacar que sólo algunos de los crímenes internacionales dan lugar a la llamada jurisdicción universal. Para

que esta instancia sea viable, el crimen internacional debe formar parte del reducido número de delitos que la comunidad internacional en su conjunto considera posibles de ser juzgados en cualquier sitio. No es imprescindible que exista alguna conexión entre el delincuente o el lugar de comisión o efectos del crimen y la competencia abierta.

Si sumamos, entonces, al pequeño número de delitos que son considerados como crímenes internacionales que habilitan la jurisdicción internacional de acuerdo a la costumbre internacional, el hecho de que para formar parte de esa clasificación, es necesario el respaldo del conjunto de naciones civilizadas, no cabe duda, según Kobrick, de que ningún ciudadano puede sentir vulnerada su seguridad jurídica si es condenado por la comisión de uno de estos delitos; aunque se haya dejado de lado la prohibición de normas penales con efecto retroactivo. Inversamente, sólo se puede ofender esta prohibición en el caso que se trate de un crimen internacional que dé lugar a la jurisdicción universal es una muestra que el consenso de la criminalidad del acto no es tan perfecto.

Al momento de considerar a la prohibición de normas *ex post facto* como un límite a la voluntad del legislador para restringir su posibilidad de venganza o persecución de sus enemigos políticos (siempre de acuerdo a los fundamentos del fallo "Calder v. Bull"), este autor sostiene que el argumento de la persecución de los enemigos políticos no es relevante ya que en este tipo de crímenes se trata de enemigos del género humano (*Hostis humani generis*). Por otro lado, la venganza no sería grave si hay razones valederas para no dejar impunes ciertos delitos, como ocurre en el caso de crímenes internacionales que dan origen a la jurisdicción universal.

Cita como respaldo de este argumento dos fallos. En el primero, "Demjanjuk v. Petrovsky" (776 F.2d. 571 -6th. Cir. 1985), una cámara de apelaciones de los EE.UU. entendió que no era obstáculo para otorgar la extradición de un criminal nazi a Israel el hecho de que las normas en virtud de las cuales se los reclamaba habían sido dictadas con posterioridad a la comisión de los delitos por los que se los acusaba, debido a que se trataba de crímenes sobre los que se podía ejercer la jurisdicción universal. El segundo es un fallo de la Suprema Corte israelí, "Attorney-General of Israel vs. Eichmann" (36 I.L.R. -Sup. Ct., Israel 1962). En este caso se objetó la legislación por la que se acusaba a Eichmann por tratar-se de normas posteriores a la comisión, momento en el que,

inclusive, el Estado de Israel ni siquiera existía. Se alegó que eran, íntegramente, normas que buscaban la venganza y que no respondían al requisito de tratarse de normas abstractas. La Suprema Corte israelí admitió estas aseveraciones y no halló problema alguno en el móvil de venganza de la legislación porque dicho Estado actuaba, solamente, como un miembro de la comunidad internacional.

Si bien se trata de supuestos muy particulares que deben ser analizados con mayor detenimiento, no podemos, desde este primer análisis, acompañar las conclusiones de este autor. Desde el punto de vista del Derecho constitucional nacional, no es posible sostener que en nuestro orden jurídico sean sólo esos dos los fundamentos a rebatir (no nos es posible aseverar que en el ordenamiento jurídico norteamericano sí lo sean). Por otro lado, los argumentos que apelan al seguro conocimiento del autor de la ilicitud del acto son útiles para dejar de lado el principio del *nullum crimen sine lege*, pero nada agregan a la cuestión del *nulla poena sine lege*. Respecto al punto referido a la voluntad de venganza, es necesario separar el hecho de que un Estado actúe como miembro de la comunidad internacional del que su móvil sea este sentimiento. Un Estado nuevo como el de Israel, adquiere desde el momento que pasa a formar parte de la comunidad internacional el derecho a perseguir los crímenes internacionales que caen en la órbita de la jurisdicción universal; sin embargo esto no significa que la venganza deba ser estimulada cuando nos enfrentemos a este tipo de delitos.

El problema de este planteo radica en tratar de buscar soluciones sólo dentro del Derecho interno a cuestiones de competencia eminentemente internacional, como es la jurisdicción por crímenes internacionales. Este tratamiento tiene su explicación en la particular situación de la jurisprudencia de los Estados Unidos, que exige para la persecución tanto de los crímenes internacionales que habilitan la jurisdicción universal como de los que son resultado de un tratado, una norma interna especial que codifique el crimen internacional como un crimen bajo la ley de ese país. Es este hecho (que no se repite en nuestro ordenamiento como ya veremos) el que impulsa a Kobrick a llevar adelante esta construcción que, a pesar de estas críticas, es digna de atención considerando la relevancia que le da al principio de legalidad y al intento de compatibilizar los comportamientos nacionales con los internacionales —ya volveremos sobre este punto—.

En conclusión, de acuerdo a la prescripción constitucional (fundamentalmente arts. 18 y 19, Const. Nac.) del principio de legalidad y debido a las diferencias en los fundamentos que se le han dado tanto por la doctrina nacional como extranjera, debemos sostener que éste no es restringible apelando a normas de Derecho interno, ni siquiera en el caso que se estuviese legislando sobre crímenes internacionales; la prohibición de normas *ex post facto* no es limitable por la vía interpretativa. Sin embargo, es necesario dejar sentado que nos estamos refiriendo a argumentos que sólo estén respaldados por normas locales, debiéndose rever estas afirmaciones (como se hará en el punto 6) al considerar algunas particularidades del Derecho de gentes.

II. b) Alcance de la prohibición

Hemos visto cuál es el fundamento de esta prohibición, por lo que es necesario analizar si en el caso de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales esta prohibición es aplicable, ya porque no podría alegarse el fundamento de la prevención general, ya porque se discuta el posible carácter procesal del instituto de la prescripción.

La Corte Suprema estadounidense ha dicho, en el ya citado fallo "*Caldér v. Bulf*", que es ley penal *ex post facto* "toda ley que hace criminal un hecho cometido antes de la sanción de aquélla y que era tenido por inocente cuando fue realizado, que cambia el castigo o que inflige uno mayor que el que imponía la ley o que agrava un delito o lo hace más importante que cuando fue cometido, o cambia el castigo aplicable al delito, o que altera las reglas de prueba, autorizando una prueba menor o diferente para condenar a una persona por un delito cometido antes de la sanción de la ley".

A partir de un punto de vista muy semejante a éste, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional (ver por ejemplo *Fallos*: 117:48; 197:569; 254:116; 260:174), le han dado a la prohibición un alcance mucho más extenso que el que la haría aplicable sólo a las disposiciones que crean un nuevo delito (esta es otra razón que dificulta la determinación de los fundamentos del principio de legalidad). Así, Zaffaroni entiende que la prohibición alcanza a toda ley de fondo como de forma (debe tomarse en cuenta que para este autor la limitación sobre las leyes procesales sería la única que surge de los antecedentes del art. 18, Const. Nac.) e, inclusive, se refiere

al caso de la prescripción para hacerla extensiva (Zaffaroni, 1987). En el campo del Derecho constitucional, una postura idéntica es sostenida por Bidart Campos (1988 -1)¹¹.

Para el propósito de este trabajo, lo que nos importa destacar es que de acuerdo a la amplitud que se le debe dar al principio de legalidad, no cabe, dentro de nuestro orden jurídico, sostener que no le alcance a la prescripción. En lo que a excepciones se refiere, la única que es compatible con nuestra normativa es la de la ley posterior más benigna. Toda ley posterior a la comisión de un delito puede ser aplicada si con ella se beneficia al reo. Cuando se habla de la ley penal más benigna, Bidart Campos hace una distinción (Bidart Campos, 1988 -2). Según él, en nuestro ordenamiento la aplicación de la ley penal más benigna posterior al delito tiene rango legal por el artículo 2º Código Penal, mientras que la ultra-actividad de la ley penal más benigna tendría jerarquía constitucional por ser consecuencia del *nullum crimen...* Son necesarias algunas aclaraciones: el carácter constitucional de la ley penal más benigna sólo sería cierto en el caso de que como ley anterior estemos considerando la ley vigente al momento de cometer el delito y no una ley intermedia (no confundir con ley temporaria). Por otro lado, dice Zaffaroni (1987) que no se puede hablar de ultra-actividad, aunque reconoce que no hay acuerdo en la utilización de los términos cuando se habla de ley vigente al momento de la comisión, ya que lo que juega en ese caso es el principio *tempus regit actum*, por lo que no habría tal ultra-actividad sino solamente aplicación de la ley que debe regir el hecho. Por último, es necesario destacar, como lo hace Schiffrin, que en la actualidad el principio de la ley penal más benigna no tiene solamente carácter legal, a partir del momento en que forman parte de nuestro sistema jurídico el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹².

¹¹ Diferente es el caso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas. La mayoría de los autores de ese país no hace extensiva la prohibición a las normas que retroactivamente modifiquen la prescripción de un delito. Con diferentes argumentos los distintos doctrinarios que hemos citado y el Tribunal Constitucional alemán así lo han entendido. Este último ha alegado que la prescripción tiene carácter procesal, argumento que no es asimilable a la opinión de nuestro Supremo Tribunal, siendo de cualquier modo irrelevante ya que en nuestro país la prohibición de normas *ex post facto* alcanza a la ley procesal si es contraria a los intereses del reo.

¹² Art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica y art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La nueva jerarquía de este

III. LAS LEYES *EX POST FACTO* EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

"Estamos ante un Derecho penal *in fieri*, al que le faltan elementos del moderno Derecho penal sistematizado, cuyos presupuestos están dados por la existencia de una organización estatal unificada y una autoridad legislativa indiscutible, elementos ambos de los que aún carece la comunidad mundial. Por eso, en tal comunidad tienden a prevalecer los principios generales y los usos, mientras que las mismas convenciones internacionales con finalidades represivas, antes que definir por completo un catálogo cerrado de figuras, efectúan una enunciación indicativa de criterios de antijuridicidad y poseen más bien el valor de recopilaciones de los principios aceptados por la conciencia jurídica común".

Con esta afirmación comienza Schiffrin el tratamiento del principio de legalidad en el Derecho penal internacional, y por la claridad de sus términos creímos útil repetirlos. La característica de derecho no perfecto del orden jurídico internacional ha sido repetido hasta el cansancio tanto por los internacionalistas como por sus detractores. A partir del reconocimiento de esta cualidad, es indispensable hacer lugar a las diferencias estructurales que hay entre uno y otro a la hora de estudiar una institución como la del *nullum crimen...*, que ha evolucionado dentro del Derecho interno. Esto significa que no se le puede exigir al ordenamiento jurídico internacional que guarde los mismos requisitos que los derechos internos: el grado de organización y desarrollo de éstos no le es aplicable a este Derecho de formación reciente y características estructurales sumamente diferentes.

Esta circunstancia fue considerada con acierto por el Tribunal de Nuremberg al momento de desechar algunas de las críticas de las que fue blanco. Sostuvo, entre otras cosas, que el Derecho internacional no puede ser el producto de una ley, de forma tal que "su contenido no es estático". Este tribunal dijo que "la circunstancia que dota a los principios de la conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley es su aceptación general como tal por las naciones civilizadas" (Naciones Unidas, 1949), y esta aceptación puede tener fuen-

principio es de suma importancia, ya que nuestro país ha asumido con la ratificación de estos pactos la obligación internacional de respetarlo. Si en el orden interno no se aplicara este principio, la Argentina incurriría en responsabilidad internacional.

tes tan diversas como los tratados internacionales, las convenciones, textos doctrinarios de autoridad, prácticas internacionales y las decisiones judiciales. Esta enumeración no es más que un prefacio desordenado de lo que después vendría a normativizar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38). El no considerar las particularidades del Derecho internacional es la causa de muchas de las críticas que se le han hecho a la aplicación retroactiva de determinadas normas que el Derecho internacional propugna.

En estas posturas críticas habría un punto de partida errado que obligaría al Derecho internacional a seguir las mismas normas imperativas de los derechos vernáculos. Desconocer sus particularidades es casi privarlo de toda posibilidad de acción. El Derecho internacional no es un Derecho interno y no tiene, por lo tanto, la necesidad de verse sometido a las mismas reglas o a los mismos principios. Nadie discute si en el ámbito internacional las normas deben ser dictadas por una o por dos cámaras legislativas, sería absurdo. De la misma manera, es ridículo exigirle al Derecho penal internacional que se maneje con un principio de legalidad idéntico al de los derechos locales. Kelsen resalta la diferencia con suma claridad: "el Derecho internacional general no prohíbe —como lo hacen algunas de las constituciones locales— la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva" (Kelsen, 1965). La afirmación de este autor es terminante respecto a no requerir de las normas que rigen a la comunidad internacional las mismas pautas que ordenan los derechos locales. Los principios generales de Derecho de las naciones civilizadas no tienen por qué ser principios generales del Derecho internacional (a pesar de que el Pacto de San José de Costa Rica pareciera usar estos términos como sinónimos, art. 46-1.a).

De cualquier forma, no todos los argumentos del Tribunal de Núremberg fueron tan precisos como los reproducidos. Cuando acentúa la calidad de *common law* del Derecho internacional para dejar de lado la prohibición *ex post facto*, se equivoca. Como bien lo señalan la mayoría de los penalistas, no se puede sostener que esta prohibición sea una institución ajena al Derecho anglosajón (Stratenwerth, 1982; Jescheck, 1978). La no aplicación del principio de legalidad tiene más que ver con las cualidades estructurales de las que antes hablábamos, que con su calidad de *common law*.

El no considerar estas diferencias esenciales es el error en que incurre Jiménez de Asúa cuando sostiene que "sería

por demás desmoralizador que un Derecho que se pretende supraestatal, fuera de calidades inferiores y de un mayor primitivismo que el legislado en los Estados que han de subordinarse a ese superestado" (Jiménez de Asúa, 1958). El Derecho internacional no se entiende supraestatal ni pretende que el Derecho de los Estados se le subordine: es un Derecho diferente a los de los Estados que lo conforman¹³. No hay, ni siquiera en el Derecho penal internacional, tal supra-estatalidad, sino solamente una acción inter-estadual. La no aplicación del principio de legalidad no debe ser vista, entonces, como un "mayor primitivismo" sino sólo como una limitación imprescindible para que el Derecho penal internacional siga su curso. El penalista italiano Giuliano Vassalli parecería hallarse a mitad de camino entre la postura que hace lugar a las particularidades del Derecho internacional y la que le exige los mismos contenidos que los del Derecho interno. Este autor opina que "en el Derecho penal internacional no vale ni puede valer el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas... la realidad es que en la materia de la punición de los delitos contra la humanidad domina por ahora totalmente el recurso a la ley penal retroactiva" (reproducido por Schiffrin en el fallo Schwammberger; el subrayado es nuestro). Si bien la postura es positiva, no puede darse a la limitación de este principio sólo una fundamentación temporal. Desde este punto de vista, la postura de Schiffrin nos parece más acertada (aun con las reservas que mencionamos respecto del fundamento que le da al principio de legalidad), cuando dice: "ocurre que en el plano internacional... el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, libertad, integridad, patrimonio, contra los desbordos de los Estados particulares, se halla precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el *nullum crimen...* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al de su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella"¹⁴.

¹³ Esta afirmación debe ser entendida en el sentido de que se trata de dos ramas distintas del Derecho y no como una declaración a favor de la postura que defiende el dualismo como medio de relación entre los derechos internos y la normativa internacional.

¹⁴ En el "Proyecto de Delitos de Lesa Humanidad" (Schurmann Pacheco, 1968) presentado por el Colegio de Abogados del Uruguay se leen frases como las siguientes: "No nos lleva a engaño tampoco la tesis de sus colegas propagada por los internacionalistas sobre la base de la Convención de Viena y que se resume en la imperatividad de normas y de principios

La génesis histórica de la no prohibición de normas *ex post facto* en el Derecho internacional se halla en los juicios de Núremberg. Si bien el Derecho penal internacional tiene antecedentes más remotos, es a partir de estos juicios que la cuestión comienza a tener relevancia. En ellos (hablamos de juicios en plural porque nos referimos al proceso seguido contra veintitrés de los criminales nazis, al que tuvo lugar en Tokyo y a los doce que siguieron al de Núremberg en la misma ciudad entre 1946 y 1948) se planteó por primera vez la necesidad de aplicar retroactivamente normas de Derecho internacional. De la misma forma se dejó de lado la institución del juez natural¹⁵.

De cualquier forma, es obvio que la jurisdicción del Tribunal de Núremberg no se extendía a todo lo que hoy conocemos como crímenes internacionales (es obvio también que sí alcanzaba a los delitos de los que fue acusado Schwammberger). El artículo 6 de su Estatuto estipulaba que "los siguientes actos son delitos que corresponden a la jurisdicción del Tribunal por los cuales se responderá individualmente: a) Delitos contra la paz, a saber: planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados, acuerdos o seguridades internacionales, o participar en un plan o conspiración común para realizar cualesquiera de esos actos. b) Delitos

consagrados por el Derecho internacional, los cuales no estarían afectados por ningún límite geográfico o humano. La vigencia del *iur cogens*, sin embargo, con vigencia en el Derecho internacional se estrella de manera inevitable, en la esfera nacional, como en la internacional, con el supremo principio de legalidad y con la inexistencia de tribunales competentes en la materia". Nos molesta sobremanera que se ignore de forma tan terminante todos los esfuerzos que el Derecho internacional lleva adelante por impedir la impunidad de los crímenes contra la humanidad. De este texto surgiría que los postulados esenciales del Derecho penal internacional no pasarían de ser intenciones. Este colegio de abogados se equivoca en esto tanto como en la formulación del título de este trabajo, de donde parecería que lo que este colegio intenta es un proyecto de delitos y no un proyecto de cómo penarlos.

¹⁵ No queremos emitir opinión sobre las bondades de estos procesos que han sido merecedores de muchas y muy variadas críticas. Sólo pedimos decir que si bien tuvieron consecuencias positivas para la formulación de los crímenes internacionales como hoy los conocemos, también fue positivo el hecho de que este tipo de juicios no se hicieran costumbre. Así lo hace notar Zaffaroni, citando a Ferrero; sin embargo es necesario destacar que el penalista argentino se equivoca al exigirle, siguiendo la postura de Jiménez de Asúa, al Derecho penal internacional los mismos recaudos que los aplicables al Derecho interno.

tos de guerra, a saber: violaciones de las leyes o usos de guerra. Tales violaciones incluyen, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato y la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción inconsiderada de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares. c) Delitos contra la humanidad, a saber: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil durante la guerra o antes de ella, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas relacionadas con cualesquiera de los delitos que correspondan a la jurisdicción del Tribunal, tanto si fueron cometidos en violación de las leyes del país en donde fueron perpetrados, como en el caso contrario". Surge de la jurisdicción de este Tribunal lo que puede considerarse como la primera clasificación de los crímenes internacionales y de sus sentencias, la primera recepción de la limitación del principio de legalidad en el campo del Derecho penal internacional.

Ya hemos visto cómo la doctrina internacionalista hizo lugar a la tipificación de los crímenes internacionales. Respecto a la no aplicación del principio de legalidad en estos crímenes, la recepción normativa también ha sido importante. Por primera vez se hizo referencia a esta limitación en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre al estipularse, en su artículo 11, apartado 2, que "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional" (el subrayado es nuestro). Con posterioridad, tanto la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, hicieron lugar en forma más explícita a esta no aplicación. El artículo 7º de la Convención Europea dice, seguidamente a la enunciación del principio de legalidad, que "el presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (ap. 2; en el primer apartado repetía el texto de la Declaración Universal). Una redacción semejante tiene el Pacto de 1966.

Estos antecedentes normativos, acompañados de lo dictaminado por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio*, cuando sostuvo que los principios que fundamentan la Convención "están reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, aun sin existir ninguna obligación convencional" (I.C.J. Report, 1951, p. 23), nos permite afirmar que "existe una definida tendencia a estimar que la prohibición *ex post facto* no puede ser invocada ante crímenes internacionales reconocidos como tales por el Derecho consuetudinario internacional" (Zuppi, 1989).

De lo hasta aquí expuesto se puede afirmar que existe en el ámbito del Derecho internacional una regla por la que la prohibición de normas *ex post facto* no le es aplicable a este Derecho, como consecuencia de sus cualidades específicas. Esa costumbre internacional ha sido recogida por algunos tratados internacionales, lo que obviamente no le quita calidad de disposición consuetudinaria, debido a que el Derecho internacional admite la pluralidad de fuentes para una misma norma (cfr. Podestá Costa-Ruda, 1979; Sorensen, 1978; Rousseau, 1966).

Es a partir de esta posibilidad de aplicación retroactiva que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales tiene importancia en el caso que nos toca analizar, ya que esta no prescripción de los crímenes cometidos por los nazis fue dictada para ser aplicada a hechos ya cometidos. De cualquier forma, es obvio que el estado del Derecho penal internacional no es el mismo que al momento de dictarse las sentencias de Núremberg, por lo que podemos decir que, aun cuando esta costumbre internacional no fuera oponible, no hay duda de que ciertas normas de Derecho penal internacional no necesitan de la no aplicación del principio de legalidad para estar vigentes. Esto, por la codificación que ha tenido el Derecho penal internacional en diversos puntos.

IV. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO

La prescripción es un instituto muy particular cuyos fundamentos y funcionamiento no son siempre fáciles de definir. Lo que trataremos de hacer es recopilar algunos de los

fundamentos que se le han dado para tratar de dilucidar si la imprescriptibilidad es, en sí misma, una norma que vulneraría nuestro orden público, si las normas sobre prescripción pueden ser aplicadas retroactivamente y si le es aplicable a estas leyes el principio de la ley penal más benigna¹⁶.

El primer aspecto que nos interesa es si la prescripción es una ley procesal o una ley penal. Este es un punto discutido en la doctrina extranjera¹⁷, pero en nuestro país la cuestión no está tan debatida. Bidart Campos, por ejemplo, es terminante al sostener el carácter penal del instituto al igual que la mayoría de nuestros constitucionalistas (Bidart Campos, 1988 -1). Los penalistas, por su parte, hacen alguna distinción (a la que volveremos) entre la prescripción de la pena y la de la acción, dándole carácter más procesal a la segunda. Sin embargo, al estar estas dos situaciones tan estrechamente unidas se hace difícil sostener que en cada caso el carácter es distinto. Además, tampoco hay entre nuestros penalistas un respaldo que le dé carácter procesal.

La Corte Suprema ha sostenido en el fallo *Mirás* (y si aceptamos la postura iusfilosófica del realismo jurídico norteamericano debemos darle a estas decisiones el sentido de interpretaciones definitivas) que "el instituto de la prescripción cabe, sin duda alguna, en el concepto de ley penal, desde que éste comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción de delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva" (Fallos, 287:76), siendo esta postura inequívoca y constante.

¹⁶ Las cuestiones que trataremos son aquellas que se presentaron en el caso "Schwarzenberger", sólo que en este trabajo se hará un estudio conjunto de todas ellas.

¹⁷ Tal vez la discusión más importante (pero no probablemente la más jurídica) se dio entre los doctrinarios alemanes respecto, precisamente, de la prescripción de los crímenes nazis. Como ya se dijo, el Tribunal Constitucional de ese país asumió el carácter procesal de este instituto y esta decisión fue acompañada por numerosos doctrinarios, mientras que los que guardaron reservas con respecto a esta sentencia le dieron una naturaleza muy particular permitiendo la aplicación de normas *ex post facto*. Por ejemplo Stratenwerth (1982) sostiene que la prescripción sólo está sometida a la prohibición general de arbitrariedad establecida en la constitución de ese país. Roxin (1981) dice que no puede haber infracción al principio de legalidad pues este instituto no afecta a la punibilidad de la conducta y porque la idea político-jurídica que sirve de base al precepto tampoco se opone a que se prolonguen con efecto retroactivo los plazos. Jauchek (1978) sostiene una posición similar.

En conclusión, podemos decir que en nuestro país la cuestión del carácter procesal o penal del instituto de la prescripción no se halla tan discutida como en otras latitudes, sosteniéndose mayoritariamente la tesis de que se trata de una ley penal (ésta es la postura sostenida en el caso "SchwamMBERGER" por Schiffrin, Garro y la Corte).

En lo que respecta a los fundamentos que se le han dado, podemos decir sí, que las posturas son más diversas. Zaffaroni las enumera dividiéndolas en aquellas que buscan su razón de ser dentro del Derecho y aquellas que son extra-jurídicas. Los argumentos enunciados fuera del Derecho serían el mero transcurso del tiempo, que dejaría sin sentido la persecución del delito y los problemas que surgirían respecto de la prueba como una cuestión (en los casos de prescripción de la acción) que imposibilitaría llevar adelante un proceso. Los argumentos internos al Derecho estarían íntimamente ligados a la teoría de la pena que se esgrimiese para llevar adelante la punición de los delitos¹⁸. Desde este punto de vista, las teorías absolutas de la pena¹⁹ no pueden hallar obviamente una explicación coherente de este instituto, mientras que son los relativistas los que sostienen todas las explicaciones internas al Derecho que conocemos. Para este autor, tanto en el caso de la prescripción de la pena como de la acción, el fundamento común a ambas estaría dado por la inutilidad de la pena (Zaffaroni, 1987). Este fundamento político-criminal estaría relacionado con el hecho de que, si consideramos que se pena a un sujeto para que éste se reintegre a la sociedad, no tendría entonces razón de ser el llevar adelante un proceso (en el caso de la prescripción de la acción) o hacerle cumplir una pena (en el caso de prescripción de la pena) si el sujeto ya ha demostrado con su comportamiento posterior que tal reinserción no es necesaria (tomemos en cuenta que en caso de reincidencia la prescripción deja de correr). Zaffaroni continúa diciendo que, de cualquier modo, este fundamento co-

¹⁸ Según Zaffaroni, el hecho de que el Código Penal argentino no acepte la teoría de la prevención general de la pena, explica que todos estos delitos prescriban.

¹⁹ Nos referimos a aquellas teorías que sostiene que la pena se justifica por sí misma, en contraposición a las teorías relativas que afirman que la pena persigue un propósito que no mira al pasado sino hacia la evitación de futuros delitos. Tanto las teorías de la prevención general como las de la prevención especial son teorías relativas.

mún no es suficiente para desterrar todas las diferencias que hay entre estos tipos de prescripción, razón por la que da a la extinción de la ejecución de la pena una naturaleza primordialmente material, mientras que la de la acción sería predominantemente procesal. Esto no tendría mayores consecuencias ya que el principio de legalidad rige por mandato constitucional también para las normas procesales²⁰.

Sancinetti, al analizar la prescripción como una causa de extinción de la acción, señala como diferentes razones posibles de esta decisión del legislador a la dificultad probatoria que el paso del tiempo traería aparejada y la disminución de la necesidad de castigo cuando el tiempo ha dejado atrás la alarma social producida por el delito. La prescripción también estaría relacionada con la inactividad de la víctima que haría pensar en un no muy profundo interés en la punición de ese delito en particular. Además, considera que, desde un aspecto más individual, razones de prevención especial (como ser la no necesidad de resocialización) también pueden respaldar el instituto (Sancinetti, 1988).

Como vemos, los fundamentos de este instituto son también muy variados, y coincidimos con Schiffrin en que en última instancia se trata siempre de un fundamento iusfilosófico. De cualquier manera, éste no puede ser reducido, como pretende el camarista, a que transcurrido un tiempo prudencial es beneficioso para la comunidad olvidar esos acontecimientos. Aquí adquieren relevancia por ejemplo la justificación de Zaffaroni por la seguridad jurídica, a la que Roxin (1981) añade que la impunidad de algunos casos es el precio que el legislador debe pagar por ella o el argumento (tal vez más favorable al reo) que remitiéndose a la finalidad de prevención especial de la pena esboza una suposición de innecesidad de la persecución.

Sin embargo, volvemos a coincidir con el magistrado en

²⁰ La tesis de que el principio de legalidad alcanza también a las normas procesales tiene, como hemos visto, mucho respaldo en la doctrina y la jurisprudencia nacionales, en todos aquellos casos en los que se trate de una norma posterior más gravosa. Se aplica en estos casos, para algunas, si la ultra-actividad de la ley penal más benigna ya que el principio *tempus regit actum* se referiría, para estos autores, al momento en que debe realizarse dicho procedimiento. Desde este punto de vista, la discusión sobre el carácter penal o procesal antes detallada perdería gran parte de su relevancia.

que estos fundamentos no son irreductibles. Respecto de la seguridad jurídica, hay jurisprudencia y doctrina considerables que sostienen que en el caso de un conflicto grave entre los valores justicia y seguridad, obviamente dos de los más trascendentes de cualquier ordenamiento jurídico moderno, siempre es preferible optar por el primero. El argumento de Roxin, que plantea la impunidad de algunos casos como precio por esta seguridad, no era para este autor un precio demasiado caro, lo que se torna ridículo cuando se paga con la impunidad de crímenes contra la humanidad. Por último, en lo que respecta a este tipo de crímenes, y más cuando se hace con el beneplácito del Estado, la no reincidencia puede ser una imposibilidad física del autor de seguir llevándolos a cabo, sin que deba ser considerada como una demostración de la innecesidad de la pena (Sancinetti, 1988).

Respecto a esta limitación de la prescripción como derecho elemental de la personalidad humana o como elemento imprescindible de la seguridad jurídica, encontramos un apoyo importante en la jurisprudencia²¹. Nuestro supremo tribunal ha dicho: "La garantía constitucional de defensa en juicio, si bien obliga a oír a los procesados y a darles ocasión de hacer valer sus defensas, no requiere que se les asegure la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo" (*Fallos*: 193:487; 211:1684). Más recientemente, teniendo la Corte la composición inmediatamente anterior a la actual, ha dicho, además de ratificar lo expuesto en los fallos citados, que: "Si bien consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal fundan las normas legislativas que determinan la prescripción extintiva de las acciones represivas, no puede negarse la existencia de situaciones en las cuales la aplicación del instituto aludido redundaría en desmedro de valores fundamentales para la conservación del cuerpo social y de su ordenamiento constitucional". En el considerando siguiente la Corte agrega "que en determinadas circunstancias pueden mediar motivos que tornen imperioso descartar la prescripción de las acciones penales o prolongar sus plazos" (*Fallos*: 307:1466)²².

²¹ Este respaldo no ha sido tan terminante ni tan coherente como lo veremos al analizar el comportamiento argentino respecto de la práctica internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

²² Esta última afirmación de la Corte tiene el carácter de *obiter dictum* ya que en el caso en cuestión se discutía una prescripción administrativa.

De estos fallos surge una clara limitación de la prescripción, y los crímenes contra el *Derecho de gentes* son, sin duda, casos en los que "la aplicación del instituto aludido redundaría en desmedro de valores fundamentales para la conservación del cuerpo social y de su ordenamiento institucional". Tratando, entonces, de ordenar lo hasta aquí dicho, se puede sostener que el principio de legalidad alcanza a la prescripción de la misma forma que a cualquier otra norma penal, pero que esto no implica que, en circunstancias excepcionales —interpretadas éstas en forma restrictiva—, la prescripción no pueda ser dejada de lado si, de aplicársela, se vulnera profundamente el valor justicia, en los casos en que todas las razones que fundamentan este instituto no puedan ser esgrimidas.

Otra cuestión relacionada con la aplicación de este instituto que es necesario resolver es el caso de diferencias entre dos leyes de prescripción. Entendemos que es aplicable en este supuesto el principio de la ley penal más benigna de igual modo que en el caso de cualquier otra ley penal. Como lo ha dicho la Corte, un plazo de prescripción más prolongado es más gravoso para el reo y no se lo puede aplicar cuando hay una ley posterior más benigna (*Fallos*, 184:112; 193:487; 211:1684). Lo que importa en estos casos es analizar si en la causa concreta la ley posterior es más o menos gravosa para el imputado, debiéndose aplicar entonces la más benigna. Sin perjuicio de lo dicho, este principio es pasible de sufrir las limitaciones de las que hablábamos en el párrafo anterior respecto de la prescripción en general. Cuando hay razones para dejar de lado la prescripción, obviamente también hay razones para la no aplicación del principio de la ley penal más benigna (nos estamos refiriendo únicamente al caso de que las leyes en conflicto sean dos leyes sobre prescripción).

V. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Cuando analizamos el instituto de la prescripción en el ámbito del Derecho internacional no son los mismos los elementos a considerar. En este Derecho no existe, por ejemplo, el valor de la seguridad jurídica como un valor esencial para el sostenimiento de la justicia ni tampoco es relevante plantear el perjuicio del reo por la extensión del plazo de prescripción, ya que, como hemos visto, las normas que rigen en el Derecho penal internacional estos crímenes pueden ser dictadas

ex post facto. Además se debe sumar el hecho de que no todas las legislaciones locales tienen instituida a la prescripción como una causa de la extinción de la acción penal o, en muchos casos, este instituto no alcanza ciertos delitos o puede ser dejado de lado bajo determinadas circunstancias. Como ejemplo podemos citar la enumeración que Gravem (1965) realiza de países que no aplican la prescripción o que lo hacen sólo parcialmente. Este autor menciona a: Austria, Bulgaria, Checoslovaquia, China, Dinamarca, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, India, Italia, Kenia, Nigeria, Polonia, Reino Unido, Ucrania, Singapur y URSS. Como se ve, no podemos hablar de un principio rector de las legislaciones locales que pudiera ser aceptado por el derecho internacional.

Además, debe considerarse con especial énfasis la naturaleza de los crímenes internacionales. El Derecho penal internacional sólo considera, como hemos visto, un número muy limitado de delitos dentro de esta clasificación. A partir de allí y por las características distintivas de ellos, no podemos considerar que la comunidad internacional pueda verse favorecida por echar, luego de transcurrido un tiempo, un manto de olvido sobre acontecimientos pasados. Debe desprenderse entonces de las especiales características del Derecho penal internacional y de los crímenes internacionales que éste reconoce, que el instituto de la prescripción no tiene que cumplir, en el campo internacional, el mismo papel que en los derechos nacionales, si es que debe tener alguno.

Muestra de la especial naturaleza de los crímenes internacionales es el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad, que se encuentra, todavía hoy, en estudio de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El proyecto en cuestión fue aprobado por la Comisión en 1954 y establece en su artículo 5^º (que se titula "Imprescriptibilidad") que "el crimen contra la paz y la seguridad es por naturaleza imprescriptible" (el subrayado es nuestro). Este proyecto, a pesar de las dificultades que encuentra para su aprobación final, es, además de una muestra de la opinión *juris* sobre este aspecto, un intento de la normativización de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como norma de Derecho penal internacional. Deteniéndonos en las sesiones que dieron lugar a este Proyecto, vemos que el relator especial dijo, en su cuarto informe, que "la aplicación de la ley penal en el tiempo pone en juego dos conceptos: el de la irretroactividad de la ley penal y el de la prescripción..., en lo

que se refiere a la prescripción, varias convenciones prevén que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son imprescriptibles". Más elocuente es aun el miembro de la Comisión de Derecho Internacional, Sr. Flitan, para quien "el principio de la imprescriptibilidad no suscita ninguna controversia en la Comisión" (CDI, 1986 -2).

Estos elementos fueron los que se tuvieron en cuenta en la primera ocasión histórica en que la comunidad internacional se halló ante la posibilidad de que delitos que habían sido considerados como crímenes internacionales no pudieran ser perseguidos por el mero transcurso del tiempo. Tuvo lugar entonces "el vasto movimiento de opinión mundial", para decirlo en las palabras de Schiffrin (consid. 41), "ante la inminencia de que el 8-V-65, al cumplirse veinte años de la capitulación de Alemania, pudieran prescribir los delitos contra la humanidad cometidos durante el régimen nazi".

Como vemos, el instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se relaciona directamente con la limitación de la prohibición de normas *ex post facto*. Esto dicho, considerando que ambos institutos están muy ligados por una razón histórica: la positivización de la imprescriptibilidad de estos crímenes está íntimamente ligada con la punición de las atrocidades que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial (por desgracia, la persecución estuvo destinada casi exclusivamente a los nazis, sin duda autores del mayor número de crímenes pero, también sin duda, no los únicos). La imprescriptibilidad nació como una norma a ser aplicada *ex post facto* y la mayoría de las veces que se apeló a ella fue como norma positiva que regiría con retroactividad.

Así llegamos a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, estableciendo la no prescripción en el plano internacional e invitando a los Estados a que lo hicieran también en el orden interno.

Si bien hemos visto que de las cualidades especiales del Derecho penal internacional y de los crímenes que éste persigue no puede surgir la prescripción como un instituto aplicable en este campo, que la postura entre los internacionalistas parece respaldar este punto de vista y que la acción de los organismos internacionales intenta consolidarla como práctica, no podemos afirmar que en este momento exista una norma

internacional que regule tal imprescriptibilidad, que tenga como base la costumbre o una obligación contractual.

En primer término, la sola existencia del movimiento de opinión que hemos descrito no es suficiente para crear una costumbre de Derecho internacional. Por otro lado, la normativización de la no prescripción no ha tenido éxito ya que, como hemos visto, la Convención que regula los crímenes contra la paz y la seguridad no ha sido todavía aprobada y la de la Imprescriptibilidad de los Crímenes Internacionales sólo ha sido ratificada por escasos países (en nuestro caso particular, ni por la Argentina, ni por la República Federal alemana). Además, no puede considerarse que la imprescriptibilidad pueda ser tenida como una costumbre a partir de esta Convención, ya que las escasas ratificaciones que ha tenido (entre las que no se cuentan las de los países que suelen arrastrar la conformación de una norma consuetudinaria), sumado al hecho de que pocos Estados han decretado normas de Derecho interno que reconozcan la no prescripción, nos impide afirmar que exista esta obligación internacional. Respecto a las opiniones de los doctrinarios, es por demás sabido que no son fuente de Derecho internacional sino sólo como medios auxiliares (art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

La no consolidación de una costumbre y la falta de una obligación contractual no son elementos suficientes para inferir la ausencia de una norma de Derecho internacional que prevea tal imprescriptibilidad. Por el contrario, existen manifestaciones coincidentes que permiten sostener que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es un "principio de Derecho internacional generalmente reconocido"²³.

Este es el caso de los diversos tratados que prevén la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En idéntico

²³ Somos conscientes de lo difuso de este concepto de "principio de Derecho internacional generalmente reconocido". No debe confundirse con los principios generales de Derecho como fuentes del Derecho internacional, reconocido por el art. 38, inc. 3º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A lo que nos referimos es a aquellas abstracciones que es posible realizar de las normas de derecho internacional de modo tal que quedan configurados principios propios del ámbito internacional distintos a los principios generales de Derecho. En este sentido hemos receptado la denominación que a estas abstracciones le ha dado la Convención Americana de Derechos Humanos.

sentido se ha manifestado en varias oportunidades de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Otros ejemplos son el trabajo que viene realizando la Comisión de Derecho Internacional en favor de tal empresa y la consideración por parte de los Estados, que han debido juzgar este tipo de crímenes, como imprescriptibles²⁴. Todos estos hechos y prácticas vienen a atestiguar en favor del reconocimiento de la imprescriptibilidad. Esta confluencia de elementos de distinta naturaleza (contractual, consuetudinaria, prácticas estatales) demuestra que la comunidad internacional ha configurado a este tipo de delitos como de imposible prescripción.

VI. EL "DERECHO DE GENTES" EN EL DERECHO INTERNO

VI. a) La jurisdicción de nuestros tribunales

Como hemos visto hasta aquí, no es idéntica la regulación dada en el orden interno y en el orden internacional a las instituciones que entran en juego cuando se tratan cuestiones relativas a la prescripción de crímenes internacionales, en especial al *nullum crimen...* y a la prohibición *ex post facto*. Frente a un caso concreto donde se debata la prescripción de un crimen internacional, ¿qué Derecho aplicarán nuestros tribunales? ¿Solamente las normas de Derecho interno o estarán sujetos también por las normas de Derecho internacional?²⁵ Sostendremos que la última de las alternativas es la correcta.

²⁴ Ver por ejemplo: Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y de los Crímenes de Guerra, la resolución de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (28/1665). En el ámbito universal se pueden mencionar las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2184 (XXI), 2202 (XXI), 2583 (XXIV), 2712 (XXV), 3020 (XXVII) y las resoluciones del Consejo Económico y Social 1074 D (XXXIX) y 1158 (XLII). Entre las legislaciones nacionales se destacan la ley francesa del 26 de diciembre de 1964 sobre "imprescriptibilidad" de los crímenes definidos en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13-II-46 y la ley de la República Federal Alemana del 16-VII-79 que declara la imprescriptibilidad de los homicidios calificados.

²⁵ Sin perjuicio de que las normas de Derecho internacional son Derecho interno. Lo que planteamos es si nuestros tribunales están sujetos sólo por normas internacionales oponibles a la Argentina o, por el contrario, por todo el conjunto normativo internacional.

¿Cuáles son los supuestos en que nuestros tribunales tendrían jurisdicción para entender en materia de crímenes contra la humanidad? Las posibilidades básicas pueden ser reducidas a dos:

a. En todos aquellos casos en que nuestros tribunales tengan jurisdicción como consecuencia de normas de Derecho interno. Esto sucedería por la comisión de un crimen internacional en nuestro país o cuyos efectos se produzcan en el territorio de la Nación, o en lugar sometido a su jurisdicción (art. 1º, inc. 1º, Cód. Pen.); o un crimen internacional cometido en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo (art. 1º, inc. 2º, Cód. Pen.). A estos casos contemplados en el Código debemos agregarles la comisión de un crimen internacional en un lugar no sometido a la soberanía de ningún Estado (por ejemplo alta mar). El caso de una extradición pasiva habilita la jurisdicción de nuestros tribunales de dos formas diferentes: directamente el procedimiento de extradición²⁶ y de no concedérsela, debe abrirse el juicio posterior que conozca en el fondo del asunto.

b. Por otra parte, la jurisdicción podría darse ante la presencia de crímenes internacionales que dan origen a la jurisdicción universal. Como se sabe, ésta puede ser ejercida solamente frente a crímenes internacionales, pero no todos ellos están sujetos a la jurisdicción universal. Ella puede surgir de la costumbre (por ejemplo piratería, crímenes de guerra, genocidio) o puede ser la consecuencia de la firma de un tratado (por ejemplo, secuestro de aeronaves, terrorismo, tortura, apartheid). La jurisdicción universal permite a cualquier Estado juzgar a los responsables de un crimen internacional con independencia de la existencia de un punto de conexidad entre el Estado juzgador o la víctima. Esta institución tiene como origen que, en el campo internacional, cada nación depende de las demás para el juzgamiento y represión de estos

²⁶ Claro que en este supuesto no tendrían jurisdicción para intervenir en el fondo del asunto sino sólo para analizar la procedencia o no de la extradición.

²⁷ Vinuesa (1989, p. 103) sostiene que "el ejercicio de jurisdicción por parte de las cortes de un Estado sobre actos u omisiones cometidos en el extranjero, se fundamenta en el hecho de que esos actos u omisiones son violatorios de una norma del Derecho internacional que los tipifica como ilícitos contra la comunidad internacional, por lo tanto concierne a cada uno de los Estados de esa comunidad internacional el entender en las reparaciones y sanciones debidas en razón de la responsabilidad internacional originada por los individuos directamente involucrados".

crímenes. Pero, especialmente, por la naturaleza distintiva de estos crímenes que provocan que sea la comunidad internacional en su conjunto la que sufra los perjuicios cuando uno de estos crímenes ha sido cometido. Su gravedad tensiona a toda la comunidad de naciones²⁷.

Veamos el siguiente ejemplo: un ciudadano británico es acusado de ser responsable del crimen de genocidio en perjuicio de italianos cometido en el territorio de Holanda. El británico es detenido en nuestro país. De acuerdo a la jurisdicción universal nuestros tribunales pueden juzgarlo. Aun cuando pensamos que nuestros jueces se mostrarían remisos a aceptar su competencia, en el hipotético caso que lo hicieran, queda la duda respecto a qué normas aplicarían. Si bien se sostiene que deben regirse, aun en estos supuestos, por las normas locales, una respuesta más adecuada a la especial naturaleza y gravedad de los crímenes internacionales es la que permite resolver estos juicios aplicando sustancialmente el Derecho internacional y recurriendo al Derecho interno sólo en los aspectos no legislados por la normativa internacional. El principio de legalidad debe entonces aplicarse de acuerdo a los criterios del Derecho internacional y a los crímenes internacionales hay que considerarlos imprescriptibles. Esto es la consecuencia lógica de la remisión al *Derecho de gentes* que realiza el artículo 118 de la Constitución Nacional e implica aceptar que "el precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento" (Gordillo, 1988, p. 144).

Analicemos ahora la jurisdicción de nuestros tribunales en los supuestos tradicionales del artículo 1º del Código Penal. En estos casos los tribunales aplican primordialmente normas de Derecho interno, por ende, debemos determinar si la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es una norma vernácula. Esto puede suceder ya sea porque el legislador haya determinado que los crímenes internacionales son imprescriptibles, o porque la norma internacional que así lo estableció ingrese a nuestro orden jurídico interno²⁸.

VI. b) El artículo 118 de la Constitución Nacional

Hemos visto que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales está prevista en el Derecho internacional,

²⁸ Analizásemos si hay una norma internacional y no sí, a través de la labor interpretativa, se los puede considerar como imprescriptibles. Ver nota 5.

mas no ha sido establecida por las leyes nacionales. Entonces debemos preguntarnos si la norma internacional que sí lo prevé es parte de nuestro ordenamiento jurídico. Este punto nos remite a un aspecto más general como es el de determinar cuál es el grado de recepción en nuestro Derecho del internacional. Por un lado, encontramos los artículos 31 y 27 de la Constitución Nacional que dan suficiente base normativa para considerar al Derecho internacional como parte de nuestro orden interno y establecer la jerarquía que el mismo tiene.

Sin embargo, consideramos más relevante para nuestro estudio la previsión contenida en el artículo 118 de nuestra carta magna. En dicho artículo se establece *in fine* que "...cuando éste (el delito) 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". Este artículo no fue estudiado tradicionalmente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

En doctrina prácticamente no fueron analizadas las distintas consecuencias que se podrían haber hecho derivar de la recepción en el Derecho interno del *Derecho de gentes*²⁹. Como excepción encontramos la reciente obra de Bidart Campos (1988-1) donde trata de desarrollar todas las potencialidades de este artículo³⁰. Sostiene que al artículo 118 hay que interpretarlo de una manera amplia de forma tal que a través de este artículo ingrese en nuestra Constitución el Derecho penal internacional y lo que él denomina el Derecho internacional de los derechos humanos (también, Bidart Campos, 1989)³¹. Esto lo lleva a concluir que al recepcionar el

²⁹ El grado de trascendencia mínima dada a la remisión al *Derecho de gentes* que hace nuestra Constitución es tal que no sorprende que un constitucionalista como Varosa (1970), en su proyecto de reforma constitucional, elimine del art. 118 toda referencia al *Derecho de gentes*.

En el mismo sentido, la reforma constitucional de 1949 modificó el art. 118 eritiendo toda mención al *Derecho de gentes*.

³⁰ Una tangencial cita del art. 118 de la Const. Nac. como artículo que reconoce el Derecho internacional público, la encontramos en Rouzet (1943, p. 339).

³¹ Tena Ramírez (1985, p. 36) sostiene concordantemente que la "internacionalización de los derechos del hombre, trasunta en duda una filtración del Derecho de gentes en el Derecho interno". Este punto de vista es importante porque nuestro país no debió aguardar a esta internacionalización de los derechos humanos para que se produzca esta "filtración" del *Derecho de gentes*, ya que tenía una base normativa suficiente en el art. 102.

artículo 118 el *Derecho de gentes* y debido a la remisión al mismo en materia de crímenes contra él, todos los principios que hemos estudiado precedentemente como vigentes en el Derecho penal internacional deben ser aplicados al juzgar crímenes internacionales.

En la legislación nacional la mención más importante al *Derecho de gentes* se halla en el artículo 21 de la ley 48: "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 las naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes 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" (el subrayado es nuestro). Esta norma impone, entonces, la obligación a todos los jueces nacionales de resolver las cuestiones que se le presenten a su conocimiento con arreglo a los principios del *Derecho de gentes*²².

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontramos constantes invocaciones al *Derecho de gentes* donde se hace aplicación directa de la costumbre internacional (entre otros *Fallos*, 244:255; 284:28; 19:108, sobre cuestiones referentes a inmunidades y privilegios de agentes diplomáticos y consulares; *Fallos*, 176-218, sobre la condición jurídica igualitaria entre los habitantes del país; *Fallos*, 211:162, sobre amplitud de poderes de guerra del Presidente, etc.)²³. En el último fallo citado, el conocido caso "Merck Química", el presidente de la Corte, Dr. Casares, en su voto en disidencia sostuvo: "no es otro el asiento del in formulado Derecho de gentes a que se alude en los artículos 118 de la Constitución Nacional y 1ª y 21 de la ley 48, *derecho éste de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados*" (ps. 218 y 219; el subrayado es nuestro). Este fallo y el

²² Aunque la jerarquía de las normas que establece no es la que surge de la Constitución, ya que no se adecua al art. 31 (Mennayo - Vintuesa - Gutiérrez Posse, 1987).

Rafá Moreno (1978) sostiene que la utilización de la denominación *Derecho de gentes* es viciosa e inadecuada y que debería reemplazarse por *Derecho Internacional*.

²³ La primera vez que fue utilizado el término *Derecho de gentes* por nuestra Corte Suprema fue en el caso "Acolino Gómez c/ Mariano Boudris" (*Fallos*, 7282).

del caso "Schwammberger" (especialmente el voto del Dr. Schiffrin) son unas de las pocas —sino las únicas— referencias jurisprudenciales al *Derecho de gentes* en los supuestos contemplados en el artículo 118 de la Constitución Nacional. Toda la jurisprudencia sobre dicho artículo de la Corte Suprema se refiere a la competencia territorial de los juzgados en materia de Derecho penal (Zarini, 1975).

Hemos pasado revista a la doctrina y jurisprudencia del artículo 118. La posición solitaria de Bidart Campos en el ámbito doctrinario halla su correspondencia en una prácticamente absoluta inaplicación de la norma constitucional por parte de la jurisprudencia.

Consideramos que el artículo 118 establece una remisión expresa al Derecho internacional en materia de delitos o crímenes contra el *Derecho de gentes*²⁴. Por ende, en estos supuestos, el Derecho penal internacional ingresa a nuestro Derecho interno con todas sus cualidades y consecuencias (restricción del principio de legalidad, imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, etc.). Incluso, como consecuencia más importante, ingresa la costumbre internacional que establece la obligación de proteger y no violar los derechos humanos y en su caso perseguir y reprimir a los responsables de su violación (Zuppi, 1989).

Si consideramos que nuestra Constitución recepciona el *Derecho de gentes*, no podemos soslayar el hecho de que en el Derecho internacional los crímenes son imprescriptibles y

²⁴ Al *Derecho de gentes* se lo suele definir como "el mismo Derecho natural aplicado o tomado en la parte que regula la vida social del hombre en común, o los negocios o actos de las sociedades", según las palabras de Antonio Sáenz, primer rector de la Universidad de Buenos Aires, dadas en sus *Instituciones Elementales sobre Derecho Natural y de Gentes*. Creemos que ésta es la concepción del *Derecho de Gentes* que tenían nuestras constituyentes al sancionar el artículo 118, ya que sin duda el libro de Sáenz les había servido de inspiración (para un análisis del pensamiento de Sáenz, ver "Antonio Sáenz, fundador de la Universidad de Buenos Aires y de la cátedra de Derecho Natural y de Gentes" de Carlos T. de Pereira Lahitte [1981], de donde tomamos la cita precedente).

Sin embargo, aun sin aceptar la postura iusnaturalista, la remisión al *Derecho de gentes* implica una concepción del Derecho internacional "de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados" (según lo dicho por el presidente de la Corte Suprema, Dr. Casares, en "Merck Química"). Todo ello porque se reconoce la existencia de normas más allá de la voluntad de los Estados, y por ende el Derecho internacional no puede quedar limitado tan sólo a lo que surja de la voluntad de los Estados (es decir tratados y costumbres).

que la norma que establece dicha imprescriptibilidad puede ser aplicada retroactivamente.

VI. c) *La Argentina frente a las obligaciones internacionales*

Ahora bien, señalar la existencia de dicha norma de Derecho internacional implica que ella ingresa a nuestro orden público interno por la recepción expresa del *Derecho de gentes* que hace el artículo 118. Sin embargo, cabe preguntarse si existe una obligación internacional por parte de la Argentina de considerar a los crímenes internacionales como imprescriptibles a partir del hecho de que nuestro país ha tenido un comportamiento particular en temas relacionados. Las normas que establecieron la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad fueron normas *ex post facto*. Por lo tanto es preciso detenerse en la práctica que ha seguido nuestro país en el ámbito internacional con respecto al principio de legalidad.

La República Argentina ha demostrado continuamente un apego irrestricto a los postulados básicos de este principio. Veamos algunos ejemplos. El artículo 15, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el que estipula la limitación al principio de legalidad que hemos enunciado en el punto III. Al ratificar dicho pacto, la Argentina formuló la siguiente reserva: "El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeto al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional".

El objeto de una reserva es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado que formula la reserva (art. 2º, inc. d, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Hasta donde llega nuestra información, la reserva formulada no ha sido observada por ninguno de los demás Estados partes del tratado, por lo que la misma es oponible por la República Argentina a los restantes Estados. Esta reserva pretende, claramente, dejar a salvo el principio establecido en el artículo 18 de la Constitución. La Argentina intenta no hallarse sujeta a una obligación internacional de tener que apartarse del principio del *nullum crimen...* para dar cumplimiento de esta forma a un compromiso internacional.

Otro ejemplo de conducta internacional de nuestro país, de no aplicar leyes *ex post facto*, lo encontramos en la declaración hecha al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La declaración dice: "Se deja constancia asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la convención sólo tendrán efecto con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento" (el subrayado es nuestro)³⁶. Sin entrar en la discusión de si tal declaración puede o no ser considerada como una reserva (ver Podestá Costa-Ruda, T. II, 1979, p. 47), es indudable que la voluntad del Estado argentino es impedir la aplicación retroactiva de la obligación internacional que asumió al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica.

Con estos ejemplos pretendemos demostrar que la conducta argentina en este aspecto es inequívoca. Siempre que es necesario deja a salvo la vigencia del principio de legalidad que establece el artículo 18³⁷.

Detengámonos, ahora, en el análisis de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Veamos si a pesar de la postura argentina en el ámbito internacional con respecto al principio de legalidad, nuestro país se halla obligado, igualmente, a considerar a los crímenes internacionales como imprescriptibles.

En primer lugar encontramos la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes Contra la Humanidad que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968. Esta convención establece la imprescriptibilidad de los crímenes aludidos e invita a los Estados a que hagan lo propio en el orden interno. Nuestro país no ha ratificado dicha convención. Es decir, que contractualmente no se halla obligado a considerar que los crímenes contra la humanidad no prescriben. Sin embargo, puede existir una costumbre internacional, ya sea que haya surgido a partir de la vigencia de la convención aludida o que dicha convención haya codificado una

³⁶ Aunque, probablemente, el objetivo político de esta declaración fue evitar que se llevaran ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos los hechos ocurridos durante la última dictadura militar, y no dejar a salvo el principio de legalidad. Sin embargo, aun así queda de manifiesto la voluntad de nuestro país de no aplicar leyes *ex post facto*.

³⁷ Es difícil sostener que se haya configurado una costumbre internacional en este punto.

costumbre preexistente. En el punto referido a la prescripción en el plano internacional (punto V) hemos sostenido que no se puede hablar en este caso de una norma consuetudinaria que surja de la práctica de los estados, sino que su obligatoriedad reside en ser (la imprescriptibilidad) un hecho constitutivo del reconocimiento de los crímenes internacionales. La Argentina, no obstante, no ha tenido un comportamiento equívoco en el sentido de verse obligada, o no, a considerar a los crímenes contra la humanidad como imprescriptibles. Así, cuando nuestros tribunales juzgaron los hechos aberrantes cometidos durante la última dictadura militar, algunas sentencias consideraron que la acción penal se hallaba prescripta. Podemos señalar a modo de ejemplo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 25 de febrero de 1988 en el caso "Hagelin", donde el alto tribunal encontró prescriptas las acciones.

La situación es, entonces, la de una norma del Derecho internacional de los derechos humanos enfrentada a un comportamiento de nuestro país que busca dejar de lado dicha obligación. Se hace, en consecuencia, imperioso un estudio de las relaciones entre ambos ordenamientos para dilucidar si la negativa argentina es trascendente a los fines de sustraerse a la normativa internacional. Es ésta la vieja cuestión de la protección internacional de los derechos humanos. ¿Qué trascendencia debe dársele a la voluntad de los Estados a la hora de conformar una norma internacional que proteja a todos los individuos? ¿Cuál es la última ratio por la que los Estados se hallan sometidos a un resguardo continuo de la dignidad humana? Contestar a estas preguntas en toda su complejidad no cabe dentro del marco de este trabajo, sin embargo se hacen necesarias algunas determinaciones.

VI. d) La voluntad de los Estados y los derechos humanos

El Derecho internacional de los derechos humanos formaba parte, sin duda, de los antiguos elementos del *Derecho de gentes*, por lo que debe ser considerado como un elemento esencial para la constitución de un Derecho que busque resguardar a la comunidad internacional en todos sus aspectos. Desde este punto de vista, resolver la cuestión de su fundamentación es esencial al momento de definir sus obligaciones²⁷.

²⁷ Trataremos de estudiar en todo lo que nos sea posible la fundamenta-

El primer aspecto a considerar es el alcance de la voluntad de los Estados. Cuando se trata de la protección internacional de los derechos humanos, las normas no pueden estar sujetas al momento volitivo de las partes. Sostener que un Estado se obliga a sí mismo esgrimiendo alguna lógica jusfilosófica o que su sometimiento a la protección de la dignidad humana es consecuencia de una libre elección del Estado, relativiza y limita la verdadera finalidad de la protección internacional. Diversas teorías se han postulado a favor de dogmas positivistas con fundamento en la voluntad de los Estados, pero ninguna ha logrado servir de estructura a una ilimitada e incondicionada protección de la persona humana. Todas ellas han facilitado su desconocimiento o, al menos, su eventual marginación³⁶.

ción del Derecho internacional en general como así también el presupuesto jusfilosófico que encierra cualquier análisis sobre las normas, debido a que estos tópicos exceden con creces los alcances de este trabajo. Preferimos partir de un momento más acabado de la discusión e intentar reproducir aquí posturas tan trascendentes cuya reproducción parcial sería siempre perjudicial para las mismas.

³⁶ Schiffrin, en un trabajo inédito sobre la protección de los derechos humanos en Latinoamérica, reflexiona: "La idea de la auto-obligación de los Estados como base del Derecho internacional, de la que parten Berbohm y Jellinek, conduce por lógica, como Fricker lo sostuvo, a la negación de aquél, a considerarlo sólo como Derecho público de lo externo. Pero Jellinek no saca esta consecuencia, sino que, por el contrario, defiende la existencia objetiva del orden jurídico internacional, recurriendo en ciertos momentos, de forma contradictoria, a argumentos jusnaturalistas.

"Existe otra idea, la de Binding y Triepel, que procura, sin salir del dogma de la voluntad estatal, otorgar al Derecho internacional un fundamento autónomo respecto del ordenamiento interno.

"Binding considera que la voluntad conjunta de los Estados es superior a la de cada Estado en particular, y que esta voluntad conjunta es la fuente del derecho internacional, que resulta así diferenciado, por su origen, del Derecho interno. Pero, análogamente a lo que objeta a la teoría de la auto-obligación de Jellinek, Kelsen observa respecto de la doctrina de Binding-Triepel que si de la voluntad conjunta de los Estados de obligarse a sí mismos unos frente a otros resulta un vínculo superior a la voluntad de cada uno, ello presupone la existencia de una norma superior a la voluntad estatal, que consagra el principio *pacta sunt servanda*.

"La doctrina de Binding y Triepel, aparte de sus contradicciones internas, se caracteriza por el dualismo, que induce a concebir el ordenamiento jurídico interno y el internacional como compartimientos estancos, dado que al ser la voluntad contractual de los Estados la fuente única del Derecho internacional, aquéllos son los exclusivos sujetos de las obligaciones y derechos emergentes de ésta, que en nada vincula ni nada otorga a los sujetos de cada ordenamiento interno.

De lo hasta aquí expuesto surge claramente que no está en la voluntad de los Estados miembros de la comunidad internacional la raíz de la protección internacional de los derechos humanos, sino que las normas dictadas con este fin por la comunidad en su conjunto son normas imperativas que no pueden ser desvirtuadas por los gobiernos sin violentar al ordenamiento internacional. Las declaraciones de los pactos firmados con este propósito pasan a formar parte, entonces, del *Derecho de gentes*, de forma tal que no está dentro de la facultad de los Estados desligarse de estos compromisos, ya que su fundamento no se encuentra en la libre elección de sus miembros. El individuo particular, como sujeto privilegiado dentro de la normativa del Derecho internacional, no puede quedar desprotegido por la sola voluntad de un Estado, ya que su opinión al respecto es absolutamente improcedente.

No debe interpretarse esta postura como obligando a cualquier Estado a hallarse compulsivamente frente a una corte o tribunal internacional, ya que no cabe ninguna duda de que para habilitar las instancias jurisdiccionales, si es necesaria la concurrencia de la voluntad del Estado. Sin embargo, esta imposibilidad de coacción de ningún modo va en desmedro de la obligatoriedad que por sí sola tiene la protección internacional de los derechos humanos²².

²²La imposibilidad de hallar sustento a los derechos humanos en el orden internacional a partir de puntos de vista como los mencionados, lleva a los especialistas a acercarse al juralnaturalismo" (Schiffrin, inédito).

Concordantemente con esta postura, Lauterpacht (1945, pág. 28) sostiene que "los derechos del hombre no podrían a la larga ser asegurados efectivamente sino por el Derecho natural y el Derecho de gentes, entendidos como un poder supremo al Estado". Una postura más moderada es sostenida por Moncayo (1985, pág. 89): "Gradualmente se profundiza la conciencia de que los derechos humanos son un patrimonio común a todos los hombres, a todos los pueblos y a todas las generaciones. Y esto importa, porque en último término, ninguna regulación internacional llegará a ser eficaz si las conductas que las normas procuran no arraigan previamente como imperativos éticos en la conciencia de la mayoría de los hombres".

²³Otra de las interpretaciones susceptible de críticas es aquella que, por medio del supuesto carácter imperativo que tendrían ciertas normas, intenta evasillar otras culturas desde el marco de la occidental. Compartimos los reparos hechos a este tipo de actitudes, pero aceptar "el relativismo cultural desde la cultura occidental" (según las palabras de Jaime Malizán Gots) no implica aceptar que no haya ligazón alguna entre todos los miembros de la comunidad internacional. La ratificación genérica por parte de Estados que no pertenecen a la civilización occidental de instrumentos de Derecho internacional referidos a la protección de los derechos hu-

Es indudable que la actitud de nuestro país de intentar desconocer algunos de los principios del Derecho penal internacional es un medio inidóneo para sustraerse de su obligatoriedad debido a su carácter de normas protectoras de los derechos humanos. De ningún modo es relevante el hecho de que la Argentina haya llevado adelante ciertos estándares (como los principios del art. 18, Const. Nac.) que no podrían ser abandonados, ya que el comportamiento internacional que ha llevado en el plano de la protección internacional de los derechos humanos, ratificando pactos y declaraciones, priva a nuestro país de toda facultad de desconocer algunos de los principios básicos de este ordenamiento. Además, el reconocimiento expreso que nuestra norma fundamental hace del *Derecho de gentes* imposibilita el alejamiento de sus principios rectores. Y la protección internacional de los derechos humanos es uno de estos principios.

VI. e) Las extradiciones

Sin perjuicio de la obligación nacional de respetar los derechos humanos por su mera condición de tal, en el caso de las extradiciones pasivas⁴⁰ por crímenes internacionales juegan, además, otros elementos. Podríamos realizar el siguiente razonamiento: 1. la Argentina recepciona el *Derecho de gentes*; 2. el *Derecho de gentes* acepta normas *ex post facto* y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; 3. la Argentina no quiere reconocer el carácter de obligatorias de estas

manas, hace que sus enunciados les sean también oponibles a estas culturas en el grado en que ellas mismas han aceptado su integración.

Por otro lado, el carácter de *Derecho de gentes* de una norma internacional puede ser alegable en algunos casos sólo frente a determinados estados vinculados por una misma cultura. Los Estados no pueden sustraerse del carácter imperativo de normas protectoras de los derechos humanos por el sólo hecho de que su obligatoriedad no pueda ser esgrimida frente a Estados que reconocen una tradición cultural diversa. No es esta la función que juega en el Derecho internacional el principio de la igualdad soberana de los Estados. Desde este punto de vista coincidimos con Schiffrin (índicte) cuando considera la posibilidad de la existencia de normas obligatorias para nuestro país que reconocen su fundamento en el hecho de ser "*ius gentium americanum*".

⁴⁰ Por extradición pasiva se entiende el caso en que a nuestros tribunales se les requiera la extradición de un imputado. Estamos, por el contrario, ante un supuesto de extradición activa cuando son nuestros tribunales los requerentes.

normas; 4. la Argentina no puede desconocer que las normas que aceptan la aplicación de leyes *ex post facto* y las que establecen la imprescriptibilidad de crímenes internacionales integran el Derecho internacional de los derechos humanos sin que sea relevante la actitud de la Argentina con respecto a ellas. Es lícito sostener, entonces, que frente a un pedido de extradición realizado de acuerdo a leyes extranjeras que establecen retroactivamente la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y que, por ende, están en consonancia con el Derecho internacional, al mismo tiempo que contradicen algunas disposiciones locales (en nuestro caso el art. 18, Const. Nac.), conceder la extradición no violentará nuestro orden público. Porque la norma extranjera, acorde con el Derecho internacional, no puede afectar el orden público interno del cual ese mismo Derecho internacional es parte (de acuerdo a la interpretación del art. 118 de la Const. Nac. que aquí propugnamos). Esta recepción constitucional del *Derecho de gentes* permite sostener que una norma internacional de los derechos humanos nunca puede ser contraria al orden público interno.

Siguiendo con el análisis de las particularidades de la extradición pasiva, hay algunos elementos a tener en cuenta en el caso de los criminales nazis (como el planteado en el caso "Schwammberger").

Por un lado debemos tener presente que Argentina adhirió, aunque tardíamente, al Acta Final de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, conocida como Acta Final de Chapultepec. En ella, entre otras cosas, se establecía, en el punto VI, denominado Crímenes de Guerra que "Se resuelve: 1° Recomendar a los gobiernos de las Repúblicas americanas que no concedan refugio a los culpables, responsables o cómplices de dichos crímenes. 2° Recomendar a los mismos Gobiernos que a petición de cualquiera de las Naciones Unidas y de conformidad con el procedimiento que se acuerde según el numeral siguiente entreguen los individuos acusados de tales crímenes a la Nación Unida requirente o a la custodia de los organismos de las Naciones Unidas que se establezcan para juzgar y castigar a tales criminales" (los subrayados son nuestros).

La Argentina, al adherir al Acta Final de Chapultepec, mediante el decreto 6945/45 sostuvo que el "Gobierno acepta y se halla preparado para dar ejecución a los principios, declaraciones y recomendaciones que son fruto de la Conferencia de México".

Más allá del valor jurídico que puedan tener las recomendaciones como las formuladas en el Acta Final, no podemos dejar de considerar que el principio de buena fe es uno de los más importantes del Derecho internacional y no parece ajustarse a él un Estado que adhiere a un acta final, que recomienda no conceder refugio o en su caso entregar a los responsables de crímenes de guerra al país u organismo requirente, y que, a su vez, manifiesta que se halla preparado para dar ejecución a dichas recomendaciones y luego pretende alegar que no se halla sujeto a estas obligaciones.

Por otra parte, la resolución n° 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946 confirma "los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho tribunal".

Las sentencias de dicho tribunal rechazaron el argumento de haber actuado en violación del principio *nullum crimen...* y de la prohibición *ex post facto*, pues la corte entendió que no podría existir duda alguna que los acusados estaban actuando en contradicción con el Derecho internacional (Zuppi, 1989). Si bien muchas críticas se han alzado contra la actuación del Tribunal de Núremberg y el detalle de todas ellas excedería a este trabajo, es necesario remarcar que los principios surgidos a partir de Núremberg han servido de base para el desarrollo ulterior del denominado Derecho penal internacional (Leu, 1982).

Además, en la resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Primer período de sesiones, el día 13 de febrero de 1946, se recomienda que "los miembros de las Naciones Unidas tomen inmediatamente las medidas necesarias para que los criminales de guerra que han sido responsables o han consentido los crímenes de guerra sean detenidos y enviados a los países donde se han cometido tan abominables actos para que sean juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de esos países".

Es preciso detenerse en el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General. La mayoría de la doctrina comparte el criterio de que las resoluciones tienen el carácter meramente recomendatorio para los Estados, de manera que, intrínsecamente, no pueden ser creadoras de normas jurídicas (Verdross, 1978; Podestá Costa-Ruda, 1989). Estas declaraciones no son por sí mismas fuentes del Derecho interna-

cional por el hecho de ser adoptadas por un organismo internacional. Su importancia estriba en que el voto de un Estado supone su reconocimiento de que el contenido de la declaración ha obtenido condición de norma jurídica. Más aún si ella es aprobada por unanimidad o sin oposición, su adopción puede constituir el reconocimiento de la formación de una norma consuetudinaria o un paso más en su formación (Podestá Costa-Ruda, 1979).

De las dos resoluciones que hemos citado, fundamentalmente la primera tiene relevancia para nuestra investigación. Dicha resolución fue adoptada por la Asamblea General por unanimidad y debe ser considerada como una obligación para el Estado argentino. Por ende, nuestro país tiene que respetar los principios surgidos a partir de las sentencias del Tribunal de Nüremberg así como los de los juicios de Tokyo⁴¹.

Nuestro país, a través de sus votaciones en la Asamblea General en las resoluciones sobre Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y la relativa a la extradición y castigo de criminales de guerra, como en su adhesión al Acta Final de Chapultepec, ha demostrado una práctica constante en materia de persecución y represión de los criminales nazis⁴². Es lícito pensar que existe una costumbre internacional en la cuestión relativa a responsables de crímenes contra la humanidad, donde la Argentina acepta los principios orientadores del Derecho penal internacional.

VI. f) *La interpretación constitucional a la luz del Derecho de gentes*

Frente a casos concretos como los referidos a la posibilidad de aplicar normas internacionales (por ejemplo en el caso de extradiciones), es posible verificar una contradicción entre el artículo 18 y el 118 de la Constitución Nacional. En estos casos, como hemos señalado, no habrá violación del orden pú-

⁴¹ De especial relevancia respaldando lo ya dicho es la opinión de Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, que sostiene que la resolución número 95 de 1946 es una resolución "creadora de Derecho —law making resolution—" (citado por Zeppi, 1989).

⁴² La práctica se refiere a la obligación por compromisos normativos pero, lamentablemente, frente a hechos concretos, fue refugio de criminales nazis oponiéndose por medio de diversos recursos a perseguirlos y reprimirlos. A modo de ejemplo, el caso "Eichmann" más adelante (punto VII).

blico interno, sino tan sólo un enfrentamiento entre dos normas constitucionales o los principios de ellas derivados. Situación ésta que tantas veces ha tenido que resolver nuestra Corte Suprema.

En la primera parte de nuestro trabajo hemos analizado el distinto tratamiento que reciben en el Derecho interno y en el internacional el *nullum crimen...*, la prohibición *ex post facto*, la prescripción-imprescriptibilidad.

Si, como creemos haberlo demostrado, el *Derecho de gentes* es receptado por el Derecho interno a través del artículo 118 y por él ingresa el Derecho penal internacional a nuestro ordenamiento, debemos buscar la forma de compatibilizar la contradicción entre el artículo 18 y los principios del Derecho penal internacional.

Teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha declarado intérprete final de la Constitución, tomaremos en cuenta, en primer lugar, las pautas interpretativas que se desprenden de su jurisprudencia⁴⁰.

A partir del caso "Calvete" (*Fallos*, 1:300), la Corte ha sentado el criterio de que la interpretación de las normas constitucionales "debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas con las otras y adoptando como verdadera el que las concilie y deje a todas con valor y efecto". Es indudable que si interpretamos tan rigurosamente al artículo 18 de la Constitución Nacional, no podríamos darle aplicación a la última parte del artículo 118 y de esa forma no dejaríamos a todas las normas con "valor y efecto".

Al *Derecho de gentes*, receptado por nuestro ordenamiento interno, por la previsión normativa del artículo 118, debemos aplicarlo en todos aquellos casos en los que nos encontramos frente a crímenes internacionales, de manera de no suponer que la remisión al *Derecho de gentes* que hace la Constitución ha sido "inútilmente usada o agregada y (debe) rechazarse como superflua o sin sentido" (*Fallos*, 92:334).

Podemos intentar una nueva interpretación del artículo 18 a la luz de las previsiones del Derecho penal internacional. "La Constitución debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la

⁴⁰ Seguimos de cerca las explicaciones de Sagüés acerca de la interpretación orgánica de la Constitución (Sagüés, 1988).

luz de las disposiciones de todas las demás" (*Fallos*, 167:121). Por ende, es posible que en materia de delitos cometidos contra el *Derecho de gentes* o, más correctamente, crímenes contra la humanidad, el artículo 18 puede ser dejado de lado, en una solución extrema, o si se prefiere, relativizados sus contornos para adecuarlo a las previsiones del Derecho penal internacional.

En *Fallos*, 307:1018, la Corte ha dicho que "no debe prescindirse de las consecuencias de cada criterio de interpretación". Esta pauta interpretativa es importante, porque si consideramos que existe una obligación internacional que debe ser respetada por la Argentina, los jueces no pueden interpretar a la Constitución de una manera que, posteriormente, por las consecuencias que de ello derivasen, genere responsabilidad internacional, cuando existen otras interpretaciones posibles que se adecuen perfectamente al cumplimiento de las obligaciones internacionales⁴⁴.

Se podría argumentar que una interpretación que diese preeminencia a los principios del Derecho internacional en materia de crímenes internacionales sería contraria al artículo 27 de la Constitución Nacional. Dicho artículo establece que los tratados que se celebren con otros Estados deben estar de "conformidad con los principios de Derecho público establecidos en esta Constitución". Claro que si interpretamos la norma fundamental de manera de que cada palabra de ella tenga "su fuerza y su significado propio", sin suponer que ella

⁴⁴ Refiriéndose a las "reglas tradicionales de interpretación", Konrad Hesse (1983) sostiene que restringirse a ellas supone desconocer la estructura interna y las condiciones del proceso interpretativo, por lo que sólo en forma imperfecta estas reglas son capaces de resolver una situación según principios seguros.

En parecida forma, Sagüé (1986) afirma que las pautas de interpretación elaboradas por la Corte Suprema pueden contraponerse, por lo que la interpretación orgánica no basta. Frente a una contradicción entre dos normas, lo que el intérprete debe hacer es denunciar dicha contradicción, señalarla y resolverla no conformándose a las pautas de la interpretación orgánica.

Compartimos estas ideas, y en el texto tan sólo seguimos los criterios de la Corte Suprema como un elemento más a tener en cuenta pero no como pauta decisiva de nuestra tesis. En realidad estos criterios tradicionales, en ciertos casos, encierran afirmaciones dogmáticas que reconocen, muchas veces, como sus antepasados más remotos, diversas reglas de interpretación de textos religiosos cuya trasposición al campo jurídico requiere una adaptación previa.

"ha sido inútilmente agregada o usada" y evitando rechazarla como "superflua o sin sentido" (*Fallos*, 95:334), no es difícil concluir que dentro de los principios de Derecho público es posible ubicar al reconocimiento del *Derecho de gentes* que hace el artículo 118.

Dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo encontramos la de concluir y firmar tratados y "otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras" (art. 99, inc. 11)⁴⁶. La Constitución le está dando una facultad al Presidente, pero ella unida a la categórica manifestación del artículo 27 ("El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras..."; el subrayado es nuestro), que nos permite concluir que hay un imperativo constitucional que estipula que el Gobierno federal debe abstenerse de realizar conductas que conduzcan al "aislamiento de nuestro país dentro del concierto de naciones"⁴⁶. Es cierto que la obligación principal en materia de relaciones exteriores corresponde al Presidente de la Nación, pero no es menos cierto que todo el Gobierno federal está obligado a mantener una actitud que no tienda a perjudicar las relaciones de paz. Aunque es difícil incluir al Poder Judicial dentro del concepto de Gobierno federal, él mismo es un órgano del Estado y no creemos que pueda considerarse desobligado de este mandato constitucional por dicha circunstancia⁴⁷.

⁴⁶ Compartimos la idea de Rouzat cuando sostiene que "fácilmente puede observarse al leer la Constitución cuál es la política internacional que ella impone", y que las normas de los arts. 27 y 99, inc. 11 "constituyen una obligación para los poderes consistente en desarrollar políticas de paz con los demás Estados. Es decir, constitucionalmente los gobiernos del Estado argentino jamás podrán realizar actos que signifiquen efusivas, o que puedan ellos provocar la alteración de las buenas relaciones con las demás naciones. Esas buenas relaciones de paz y armonía deben existir con todas las naciones del mundo sin hacer excepciones para unas respecto a las otras", y, por último, al expresar que "no creemos que sea política internacional constitucional la que tienda al aislamiento" (Rouzat, 1943, p. 329-333-341, respectivamente).

⁴⁶ Conforme al dictamen del Procurador General, Dr. López, en el fallo *Washington Cabrera*, que será analizado más adelante (ver nota 49).

⁴⁷ Sánchez Viñante interpretaba que el término "gobierno" contenido en la cláusula del art. 9º de la Const. Nac. en relación a la intervención federal significa Corte Suprema de Justicia de la Nación (citado por Maior, 1984).

A la luz de estos criterios, nuestro tribunales al juzgar casos de crímenes internacionales deben optar por una interpretación que le dé preeminencia al Derecho penal internacional por sobre el Derecho interno. La Constitución, por la expresa remisión al *Derecho de gentes*, nos indica que en materia de crímenes internacionales el Derecho internacional debe prevalecer sobre el ordenamiento jurídico interno.

VII. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LA NO PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Un Estado compromete su responsabilidad internacional por un hecho internacionalmente ilícito. En tal calificación, en principio, para el orden jurídico internacional no influirá que el mismo hecho esté considerado como lícito según el Derecho interno del Estado en cuestión (Gutiérrez Posse, 1989).

Para poder establecer que en un caso concreto hay responsabilidad internacional es necesaria la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) la existencia de un acto u omisión que viole una obligación internacional; 2) el acto ilícito debe ser imputable al Estado (conf. C.D.I., 1986).

El comportamiento atribuible al Estado puede ser llevado a cabo por cualquiera de sus órganos, ya sea el Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial (Gutiérrez Posse, 1989; Sorensen, 1978)⁴⁴.

"Una sentencia, aunque se ajuste al Derecho interno, puede ser contraria al Derecho internacional. El tribunal se ha ceñido, como le corresponde, al Derecho interno, pero ocurre que el Estado ha violado el Derecho internacional. Considerada la cuestión en este plano, hay sin duda una falta que es imputable a la omisión del Estado y, en consecuencia, surge para él un caso de responsabilidad internacional. La sentencia se aplica y produce sus efectos en el orden local; pero el Estado respectivo debe proveer a una reparación" (Podestá Costa-Roda, 1979).

Este razonamiento parecería estar receptado en el *leading case*, "S.A. Martín & Ltda. c/Administración General de

⁴⁴ Sorensen (1978) dice que los actos del Poder Judicial de un Estado entrañan responsabilidad internacional del Estado cuando son contrarios a las obligaciones de él. Como ejemplo cita el caso del tratamiento contrario a lo dispuesto en tratados de extradición dado a un delincuente fugitivo.

Puertos s/repetición de pagos" (*Fallos*, 257:99) cuando la Corte Suprema dice que "la posible cuestión de orden internacional subsistente es ajena, en principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos, y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujeta a reclamo por las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión de esta Corte" (consid. 9). No compartimos esta línea jurisprudencial y doctrinaria, ya que no creemos que un juez pueda sustraerse totalmente de las consecuencias que deriven de sus sentencias (*Fallos*, 307:1018). Por el contrario, es más acertada la opinión del Procurador General, Dr. Mario Justo López, en el caso "Washington Cabrera o/Comisión Mixta Técnica de Salto Grande" (*E.D.*, t. 107, p. 613), donde expresa que "el desconocimiento de los principios que rigen las relaciones diplomáticas no tendría otro desenlace que conducir al aislamiento de nuestro país dentro del concierto de naciones". Pero el Procurador López no se limita a sentar este principio sino que sobre el final de su dictamen se detiene a analizar la eventual responsabilidad del Estado frente a la declaración de inconstitucionalidad del tratado. Si bien desecha dicha posibilidad porque de acuerdo a los propios criterios del Derecho internacional público la reclamación carecería de base jurídica suficiente, creemos que esta es la doctrina correcta⁴⁸. Como ejemplo de un comportamiento interno que tuvo como consecuencia un aislamiento respecto de la comunidad internacional, podemos citar el caso "Eichmann" —volveremos sobre esta cuestión para analizarlo más adelante desde otro punto de vista—.

⁴⁸ Nos referimos a que el Procurador, a pesar de la observación que hemos reproducido, termina dictaminando de forma tal que nuestro país podría incurrir en responsabilidad internacional ya que hace prevalecer las normas de Derecho interno. Sin embargo, como le hace notar el mismo Procurador, las circunstancias del caso hacen que difícilmente pudiera considerarse que se estuviera violando el Derecho internacional debido a que el acuerdo de sede que se cuestionaba estaba en pugna, también, con el Derecho internacional. El caso se planteó al otorgar por el acuerdo de sede entre la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande y la República Argentina, una inmunidad de jurisdicción total a dicha comisión, de forma tal que se privase de derecho a la jurisdicción al peticionante. La mayoría de la Corte Suprema se pronunció por la inconstitucionalidad del Acuerdo de Sede por ser contrario al art. 18 de la Const. Nac. y la minoría, por su parte, declaró nulo de nulidad absoluta a dicho Acuerdo por ser contrario al Derecho internacional por ser el derecho a la jurisdicción una norma *ius cogens*.

En nuestro caso, un Estado (la República Federal Alemana) solicita a otro Estado (la Argentina) la extradición de un criminal nazi (Schwammberger). Según hemos visto, existe una obligación internacional de acuerdo a la que se debe facilitar la persecución y castigo de los criminales de guerra y en su caso conceder la extradición a la nación requirente. Además, en un sentido más lato, podría sostenerse la existencia de una "obligación *erga omnes*" (conf. C.I.J. en "Barcelona Traction", C.I.J. Recueil, 1970, parágrafos 33/4)⁶⁰ derivada de los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, o del reconocimiento de los derechos humanos como parte del Derecho consuetudinario internacional (Zuppi, 1989), o de la conciencia jurídica común del mundo (Bidart Campos, 1989). Esto nos lleva a afirmar la responsabilidad internacional del Estado, no sólo por la violación de los derechos humanos, sino incluso por la omisión de reprimir a los responsables de crímenes internacionales.

Nuestro país, abandonada ya la práctica de conceder asilo a dichos criminales y negarse sistemáticamente a detenerlos y extraditarlos, detiene a Schwammberger. Pero hipotéticamente niega la extradición porque, siguiendo la tesis defensiva, las leyes sobre imprescriptibilidad sancionada por la República Federal Alemana, por ser *ex post facto* serían contrarias al artículo 18 de la Constitución Nacional.

En el caso que se llegara a la conclusión que efectivamente se encuentra violentado nuestro orden público interno, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional de la Argentina, nuestro país se halla obligado internacionalmente, y para sustraerse del cumplimiento de dicha obligación "no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales" (Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso "Zonas Francas de la Alta Saboya y del país de Gex"; CPJI, 1926, serie A, n° 7, p. 19). Concomitantemente con este criterio agregó el mismo tribunal en la opinión consultiva sobre el *Trato de los Nacionales Polacos y de otras Personas de Origen o de Lengua Polacos en el Territorio de Danzig* (CPJI, 1932, serie A/B, n° 44, p. 24) que "un Estado no podrá invocar frente a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho internacional o los tratados en vigor".

⁶⁰ Ver también la opinión consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Presencia Continua de África del Sur en Namibia (C.I.J. Recueil, 1971, parágrafo 131). Ampliar en Pinto (1988).

Un juez en el supuesto de dos interpretaciones posibles, una de las cuales lo conduce a rechazar un pedido de extradición por ser contrario al orden público interno y la otra le permite concederla dando así fiel cumplimiento a la obligación internacional, debe optar por la segunda ya que, de acuerdo a lo dictaminado por la Corte Suprema, "no debe prescindirse de las consecuencias que deriven de cada criterio" (*Fallos*, 307:1018).

Kobrick (1987), en el trabajo ya citado, plantea tres razones por las que los Estados deben perseguir y reprimir a los responsables de crímenes internacionales⁵¹. Estas razones son: en primer término, todas las obligaciones internacionales por las que se establece el deber de perseguir, reprimir o extraditar a los responsables de crímenes internacionales. Así, para nuestro país, tal obligación surgiría de que él es parte de la Cuarta Convención de Ginebra sobre Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra, y de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. A estas convenciones deben sumársele las ya citadas Acta Final de Chapultepec y la resolución n° 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La segunda razón por la que los Estados deben perseguir estos crímenes es que, en el Derecho internacional, la comunidad depende de cada nación para la represión y persecución de los crímenes internacionales. Al carecerse de organismos centralizados es necesaria la cooperación individual de cada nación y poco se podría lograr si dicho respaldo no existiera. En el caso "Schwammberger", Schiffria parecería reconocer estos argumentos cuando sostiene que "la ausencia de un Poder Legislativo y más aún de una jurisdicción internacional hacen que todavía las convenciones sobre genocidio y la referida a la tortura, a las cuales ha adherido la Argentina, necesiten de la *negotiorum gestio* de los Estados para llegar a la estricta tipificación y al *efectivo procesamiento* de las infracciones que diseñan" (el subrayado es nuestro).

La última razón en la clasificación de Kobrick es la especial naturaleza de estos crímenes que provoca que todas las naciones sufran los perjuicios, al menos indirectamente, cuando se ha producido uno de ellos. Además, si la nación

⁵¹ Si bien este autor utiliza estos argumentos para sustentar la obligación de los Estados de abrir, en los casos en que es pertinente la jurisdicción universal, este análisis es plenamente aplicable al punto que tratamos.

donde se encuentra el responsable de uno de dichos crímenes se niega a perseguirlo, se puede producir una tensión en la comunidad internacional de forma tal que un Estado se pueda ver forzado a violar el Derecho internacional para perseguirlo y reprimirlo. Las relaciones con nuestro caso surgen espontáneamente cuando tomamos en cuenta que este autor se basa, para este supuesto, en el célebre caso "Eichmann". Este alto jefe de la oficina de seguridad del Reich había conseguido eludir los juicios de Núremberg, y habiendo adoptado una falsa identidad, llegó y vivió en la Argentina hasta 1960. En dicho año, el 11 de mayo, fue ubicado y secuestrado por agentes israelíes que lo sacaron subrepticamente en un avión del Estado de Israel que trajo a la delegación que participaba de los homenajes a la Revolución de Mayo. En Israel fue juzgado y condenado a muerte. Este hecho fue llevado por nuestro país al Consejo de Seguridad de las N.U. invocándose la violación de la soberanía territorial. El Consejo aprobó una tenue condena a Israel, ya que la comunidad internacional demostró simpatía con la actitud de ese país, porque consideraba que, frente a estos hechos, estaba en juego la estabilidad de la comunidad internacional y no debía permitirse que los responsables quedaran impunes²⁴.

De esta breve reseña surgen demasiados elementos como para obviar la responsabilidad internacional en la que nuestro país hubiera incurrido de no extraditar a Schwammberger. Peor aún, no se trataría en este caso de violentar una obligación internacional adquirida frente a un Estado particular, sino que lo que se estaría descuidando serían las relaciones con la comunidad internacional en su conjunto.

Entonces, en el supuesto caso de aceptarse la tesis defensionista, cualquier tribunal nacional se hallaría ante la encrucijada de infringir el orden público interno o el orden público internacional. Desde nuestro punto de vista, siempre debe prevalecer el último.

VIII. EL CASO "SCHWAMMBERGER"

"Al principio de 1943 la situación se hizo insoportable. Un militar austríaco llamado Schwammberger llegó como jefe

²⁴ Para una breve reseña de las discusiones en el Consejo de Seguridad ver Lantz (1964). No compartimos su postura crítica respecto del hecho.

de los talleres; era una bestia espantosa. Venía del pueblo de Rosvadov, donde había liquidado el *ghetto*. Desde el momento en que Schwammburger comenzó a reinar en nuestros talleres dejamos de estar seguros con respecto al mañana. Cada semana hacía salir a los prisioneros y ordenaba ejecuciones". Este relato pertenece a Max Wolfshaut Dinkes, uno de los pocos sobrevivientes de la ciudad de Przemysl, en Polonia, quien continúa recordando actos de infinita crueldad y el asesinato de familiares, amigos y de cientos más de víctimas indefensas, para preguntarse sin respuesta: "¿Cómo se podía asesinar a niños inocentes sólo porque eran judíos? ¿Qué tenían en lugar de corazón esos monstruos para cometer semejantes horrores?" (citado por Lutzky, 1990).

El pedido de extradición de Josef Franz Leo Schwammburger proviene del Juzgado Municipal de Stuttgart, efectuado el 20 de setiembre de 1972, produciéndose la detención del citado recién en noviembre de 1987 en Huerta Grande, Provincia de Córdoba. La orden de arresto de Schwammburger fue librada a raíz de que "en el marco de la planeada y realizada 'solución definitiva de la cuestión de los judíos' del régimen nacional-socialista, es decir, el exterminio físico de los judíos y por la razón de que el citado consideraba a sus víctimas como seres inferiores por orden y obsecación racistas...*", fue autor o partícipe de varios centenares de asesinatos de personas —también niños— indefensas y colaboró activamente en la campaña de traslado de millares de judíos a los campos de exterminio de Belzec y Auschwitz (citado en el voto del Dr. Schiffrin). La extradición de Schwammburger demandó un engorroso trámite judicial, hasta ser finalmente efectivizada el día 2 de mayo de 1990.

Las cuestiones debatidas en el proceso pueden ser resumidas en tres puntos: a) la supuesta prescripción de los hechos imputados a Schwammburger; b) los tribunales de la República Federal Alemana serían incompetentes para juzgar dichos delitos, y c) siendo Schwammburger ciudadano argentino y habiendo optado por ser juzgado por los tribunales nacionales no es posible acceder a la extradición.

Dejaremos de lado, por un momento, el tema central de nuestro trabajo, para explicar sucintamente las soluciones dadas a los puntos b) y c) por la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, por el Procurador General de la Nación y por la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la competencia de los tribunales de la República Federal Alemana, la defensa alegaba que el Estado alemán, del que fue dependiente Schwammberger, y su legislación y tribunales desaparecieron al finalizar la Segunda Guerra Mundial, formando la República Federal Alemana, una entidad estatal y una legislación posteriores a la comisión de los hechos imputados a aquél; que si fuera juzgado por los tribunales de dicha república, sería perseguido en virtud de una ley posterior a esos acontecimientos y ante jueces designados con posterioridad al hecho de la causa.

En el fallo de la Cámara Federal, el Dr. Schiffrin respondió a estos argumentos, en primer lugar remitiendo a las respuestas dadas por el *Derecho de gentes* que analizó al tratar el tema de la prescripción (ver análisis del voto del Dr. Schiffrin, más adelante). Una vez desechados los argumentos de primera instancia en cuanto a la sucesión de Estados, sostiene que el Reich no ha desaparecido sino que se mantiene en "estado latente" y no cabe tratar a las dos Alemanias sino como órdenes de estabilidad parcial, como manifestaciones internacionalmente reconocidas de la asociación política del entero pueblo alemán hasta tanto éste pueda, en entera libertad, pronunciarse sobre su destino, y, en consecuencia, cualquiera de las dos es competente.

El Dr. Garro, por su parte, sostiene que, desde el punto de vista internacional, la República Federal Alemana representa a Alemania como un todo unitario sin que enerve tal concepto el hecho de la existencia paralela de la República Oriental, de modo tal que hubiera sido perfectamente factible que la República Democrática fuera la requirente de la extradición, ostentando iguales títulos que los de la República Federal.

El Procurador General sostiene que se puede apelar alternativamente a la tesis de la identidad parcial (recogida del dictamen del perito en Derecho alemán, Dr. Zuppi), o al criterio de identificación (sostenido por la Cámara Federal), o al de la sucesión de estados (que otorga una facultad discrecional y no obligatoria de reprimir los crímenes cometidos con anterioridad al cambio de soberanía —no habiéndose discutido en autos la pretensión punitiva de la República Federal Alemana—), de modo tal que es perfectamente lícito considerar que la República Federal se encuentra legitimada para solicitar la extradición.

La Corte Suprema participa también de la idea de que la República Federal es sucesora soberana del Reich alemán, que ha quedado sometido a la potestad territorial de dos Estados reconocidos como soberanos por la comunidad internacional, y que la persecución de los crímenes cometidos con anterioridad al cambio de soberanía, es un acto discrecional y no una obligación, pero una vez expresada la voluntad de ejercer dicha facultad, la comunidad internacional no puede legítimamente oponerse a ello. Agrega la Corte, que la República Federal Alemana desde su organización constitucional ha demostrado de manera expresa su vocación sucesora del Imperio alemán.

El segundo aspecto de este caso, en el que no nos detendremos, es el que se refiere al cuestionamiento por parte de la defensa relativo al carácter de nacional argentino del acusado (Schwammberger se nacionalizó con posterioridad a su arribo a nuestro país una vez finalizada la Segunda Guerra), quien por haber optado por ser juzgado por los tribunales nacionales no sería posible de ser extraditado⁵³. El fallo de la Corte Suprema reviste en este punto particular importancia debido a que se modifica en él la jurisprudencia que este mismo tribunal venía sosteniendo. La discusión giraba en torno a si el artículo 3, inciso 1º de la ley 1612, en cuanto permite la extradición del ciudadano argentino naturalizado con posterioridad al hecho que motiva el pedido de extradición, ha sido derogado o no por el artículo 669 del Código de Procedimientos en Materia Penal que otorga al reo, si fuese ciudadano argentino, la opción de ser juzgado por los tribunales nacionales. En este punto las soluciones dadas por la Cámara Federal (ver el extenso análisis que realiza el Dr. Schiffria y sus consideraciones acerca de los métodos de interpretación del Derecho), como por la Corte, son coincidentes. En ella se resuelve en favor de la vigencia del artículo 3, inciso 1º, por lo cual se hace lugar al pedido de extradición de un ciudadano argentino que ha obtenido su ciudadanía con posterioridad al hecho objeto de la extradición (en igual sentido Fallos 81:176 y dictamen del Procurador General Marquardt en Fallos, 284:459; en contra Fallos, 266:137).

⁵³ Con posterioridad a los fallos aquí analizados, la Sala III de la Cámara Federal Civil y Comercial de la Cap. Fed. confirmó la sentencia de primera instancia por la que se canceló la carta de ciudadanía de Josef Schwammberger. Ver especialmente allí el voto del Dr. Vázquez por su particular análisis de la cuestión. Este fallo podría haber evitado la discusión que estamos estudiando.

Antes de analizar el punto relativo a la supuesta prescripción de los delitos imputados a Schwammberger es necesaria una rápida recopilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de extradición. Analizaremos dos puntos básicos: a) el tratamiento que da la Corte a la prescripción en materia de extradición, y b) la negativa a conceder la extradición cuando se encuentra violentado el orden público.

En cuanto a la prescripción, en los supuestos regidos por el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, la Corte Suprema ha dicho, en reiteradas oportunidades, que la misma se rige por las leyes del país requirente (*Fallos*, 156:156; 259:231; 260:174). Este principio fue receptado por nuestra legislación, en el inciso 5º del artículo 655 del Código de Procedimientos en Materia Penal, que rige los casos en los que no existe tratado sobre la extradición.

En un caso de circunstancias sustancialmente análogas a las del caso "Schwammberger", el Supremo Tribunal dijo que "en lo que hace a la alegada prescripción de la acción penal, el texto claro del artículo 3º, inciso 5º de la ley 1612 y del artículo 655, inciso 5º del Código de Procedimientos en Materia Penal, ordena en esta materia atenerse a las disposiciones contenidas en las leyes de la Nación requirente, o sea de la República Federal de Alemania, y de acuerdo con éstas resulta evidente... que la prescripción de la acción correspondiente al delito perseguido no se ha verificado hasta el momento" (*Fallos*, 265:219, "Bohne, Gerhard Johannes Bernard w/extradición"; se trata de un criminal nazi acusado por hechos ilícitos cometidos durante el III Reich).

Pasemos ahora a la negativa, puesta de manifiesto por la Corte en diversas oportunidades, de conceder extradiciones cuando se halla en juego el orden público interno. La mayoría de los casos en los que se planteó la cuestión fue en supuestos de condenados en rebeldía y donde el ordenamiento jurídico del país requirente sólo prevé una revisión limitada de la sentencia, afectándose de este modo el derecho a la defensa en juicio asegurado por el artículo 18 de la Constitución.

El alto tribunal sostuvo que "el juicio de extradición sólo tiene por objeto diferir el pedido de una nación amiga en los intereses de la justicia, requiriendo solamente aquellos antecedentes y aquellas pruebas necesarias para evitar se dañen derechos y garantías que nuestra Constitución y nuestras leyes amparan a todos los que pisan el suelo argentino (*Fallos*, 30:409, especialmente p. 412).

En *Fallos*, 217:340 la Corte dijo que "no es posible, sin violencia de aquella (art. 29 de la Constitución del 49, actual art. 18), acceder al requerimiento... pues en ello se hallan comprometidos principios que interesan al orden público de la Nación".

Frente a la tradicional jurisprudencia de la Corte, en el caso "Schwammberger" se debía decidir si las leyes sobre la prescripción que rigen en la Nación requirente y que son leyes *ex post facto*, afectan o no el orden público interno y, si lo hicieran, si sería posible o no acceder a la extradición solicitada.

Esta cuestión fue resuelta de diferentes formas por el vocal preopinante de la Cámara Federal de La Plata, Dr. Schiffrin, por el Procurador General, Dr. Roger, y por la Corte Suprema (voto unánime de los Dres. Petracchi, Fayt y Bacqué).

VIII. a) *El voto del Dr. Schiffrin*

Este voto ha sido el que más hemos tomado en cuenta al momento del análisis teórico, por lo que, *brevitatis causas*, sólo nos detendremos en aquellos aspectos que aún no han sido tratados.

El camino que este magistrado utiliza para otorgar la extradición en el aspecto referente a la prescripción es diferente al seguido por el resto de los jueces. Luego de un exhaustivo estudio de la evolución legislativa de la República Federal Alemana con respecto a la prescripción de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, hasta llegar a la definitiva imprescriptibilidad, se detiene en el hecho de ser estas normas *ex post facto*. Se opondrían tales normas, entonces, al artículo 18 de nuestra Constitución, no bastando la simple remisión al texto del artículo 655 del Código de Procedimientos en Materia Penal, de acuerdo con lo normado por el artículo 14 del Código Civil en cuanto pone al orden público como límite al reconocimiento de la ley extranjera.

Del análisis del artículo 18 de la Constitución y de jurisprudencia de la Corte, concluye que no es posible reconocer y aplicar leyes de terceros países que, con eficacia *ex post facto*, prolonguen los plazos de prescripción.

Sin embargo, es necesario considerar que nuestro orden jurídico no se agota en la letra expresa de la Constitución y "las leyes que en su consecuencia se dicten", sino que hay que considerar a aquellas normas o principios que se encuentran en la conciencia de los pueblos más allá de su orden positivo.

Estos principios de justicia son, a su vez, principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, lo que les da el carácter de normas o fuentes del Derecho internacional.

Como elementos constitutivos del derecho internacional, estos principios no pueden ser extraños al orden jurídico de nuestro país por la recepción que el artículo 118 de la Constitución Nacional hace del *Derecho de gentes*.

De un extenso análisis de los individuos como sujetos inmediatos del *Derecho de gentes*, de la gestación de los principios del Derecho penal internacional, del papel que cumple el *nullum crimen nulla poena sine lege* dentro de éste y del movimiento por la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, se puede concluir que: el Derecho internacional tiene entre sus finalidades esenciales la protección del individuo contra los abusos totalitarios, que las leyes *ex post facto* no están prohibidas en el Derecho penal internacional (debido a sus especiales características) y que los crímenes internacionales son imprescriptibles.

Para Schiffrin, la vigencia limitada del *nullum crimen...* en el *Derecho de gentes* le sería oponible a nuestro país, a pesar de su explícita reserva convencional, por el carácter *ius cogens* que reviste esta norma y por la ya tratada recepción del derecho penal internacional que resulta del artículo 118 de la Constitución Nacional⁸⁴. Por su parte, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es un principio del *Derecho de gentes* al que se halla subordinado nuestro orden jurídico (remitimos a lo dicho en VI.a.).

⁸⁴ Desde una perspectiva positivista, o tomando los conceptos del derecho internacional desde un fundamento voluntarista se critica este tipo de caracterizaciones como normas *ius cogens*. Si bien hay acuerdo respecto a qué es lo que debe considerarse como norma *ius cogens*, no lo hay respecto a cuáles normas lo son.

Se sostiene que para ser considerada *ius cogens* la norma debe ser parte del Derecho internacional general, pero se niega que toda norma del Derecho internacional general lo sea. Por el contrario, quienes la niegan el carácter de norma imperativa argumentan que sería más acertado dar una interpretación restrictiva del *ius cogens* para que al evolucionar, el posterior desarrollo del Derecho internacional permita extender dicho reconocimiento a otras normas. Sin embargo, estas posturas no son aptas para el Derecho internacional de los derechos humanos ya que permiten a un Estado sustraerse de las obligaciones que al mismo Derecho internacional crea, por su sola voluntad. Creemos que, al menos, la norma que impone el respeto a los derechos humanos es una norma *ius cogens*. Y todo Estado que viole los derechos humanos incurre en responsabilidad internacional.

De cualquier modo, lo que es fundamental para que este magistrado *asevere* que la legislación alemana sobre prescripción de los delitos cometidos por Schwammberger no es contraria a nuestro orden público es la adecuación que nuestras normas deben al *Derecho de gentes*.

Sin perjuicio de esta solución, se puede considerar que los crímenes imputados a Schwammberger no se hallan prescriptos por las sucesivas interrupciones que ésta ha sufrido debido a las distintas actuaciones judiciales de los tribunales alemanes. Hay, sin embargo, un obstáculo para fallar, sin más, que la acción no ha prescrito. El Código Penal alemán dispone actualmente que, en ningún caso, sucesivas interrupciones pueden extender el plazo de prescripción más allá del doble del plazo previsto para la pena máxima (en nuestro caso no podría ser más de cuarenta años). Schiffrin cree, entonces, que no es aplicable el principio de la ley penal más benigna debido a las especiales características de los delitos cometidos. Considera que el principio aludido no tiene actualmente sólo jerarquía legal como consecuencia de la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Es importante destacar que el camarista considera que los pactos internacionales prevalecen por sobre las leyes ordinarias. Sin embargo, no obstaría la opinión contraria, a que estos tratados forman parte del orden público, lo que elevaría al principio de la ley penal más benigna a un rango superior al que le da el artículo 2º del Código Penal. Para Schiffrin, de cualquier modo, "el principio de aplicación de la ley penal más benigna no alcanza en nuestro Derecho a la prescripción" (consid. 58; ver nuestra opinión al respecto en pto. 4). Esta interpretación es coherente con la letra del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 9º se refiere sólo a una pena más leve. No coincidimos con este punto de vista ya que en la interpretación de los pactos sobre protección de los derechos humanos debe preferirse siempre la que más favorezca a esta protección. Desde este punto de vista, el artículo debe entenderse como refiriéndose al principio en forma genérica en todo su alcance y no limitándolo sólo a la pena.

En conclusión, Schiffrin resuelve la cuestión considerando que las normas alemanas *ex post facto* no vulneran nuestro orden público por la recepción que éste hace del Derecho internacional, ya que "el Derecho extranjero que adecuando sus prescripciones al Derecho de gentes establezca para aquellos

supuestos (crímenes contra la humanidad), la imprescriptibilidad, resulta plenamente conforme a la Constitución Nacional citándose a sus principios rectores". Además, "no es exigencia del orden público argentino la aplicación retroactiva de leyes penales más benignas sobre prescripción" (consid. 60).

VIII. b) El dictamen del Procurador General

El Dr. Roger⁸⁶ considera que el artículo 14 del Código Civil no es aplicable en este caso. Como vimos, el límite a la aplicación de normas extranjeras es el orden público interno. Sin embargo, considera el Procurador General que en casos de extradición, la normativa del Código Civil no es aplicable debido a que estos procesos se hallan regidos por una "legislación especial y, por otro lado, federal cuya supremacía sobre la ley común es incuestionable y debe prevalecer aun en supuestos de conflicto". Considera que en nada puede verse afectado nuestro orden público por tener que aplicar nuestros jueces normas extranjeras que regulan de distinta manera el instituto de la prescripción. De más está decir que no coincidimos con este punto de vista. Aun cuando fuera inaplicable el Código Civil, el límite del orden público quedaría subsistente por provenir de la misma Constitución Nacional. No se trata de que la República Federal Alemana legisle en forma idéntica a nuestro país el instituto de la prescripción, sino que ni aun para el mero trámite de otorgar una extradición, nuestros tribunales podrían, en principio (interpretando en forma rígida el artículo 18 de la Constitución Nacional sin considerar el Derecho penal internacional), aplicar una norma *ex post facto*.

Otro punto esencial de este dictamen es que de las particularidades del régimen de extradición surge que "no es de aplicación aquí la doctrina legal que manda estar a lo más favorable al procesado, regla que debe necesariamente observarse para regir el criterio de los magistrados que han de juzgar sobre el fondo de las causas criminales". Tenemos dudas para suscribir la postura del Dr. Roger. Ya hemos dicho que procesalmente no se pueden aplicar las normas más gravosas para el reo y no creemos que la extradición deba ser una excepción a la regla.

⁸⁶ El dictamen del Procurador General de la Nación es del 21-IX-1989 (R.D., 13-VI-90 y L.L., 14-VII-90).

El dictamen finaliza sosteniendo que, aplicando las normas vigentes al momento de cometerse los hechos, la prescripción no se habría cumplido como consecuencia de las sucesivas interrupciones.

VIII. c) *El fallo de la Corte Suprema*

El fallo de la Corte Suprema es el más renuente a analizar la cuestión de las normas *ex post facto* sobre prescripción, resolviendo el pedido de extradición tomando en cuenta sólo la normativa que regía los delitos por los que Schwammburger es acusado al momento en que fueron cometidos.

Sostiene el Supremo Tribunal "que aun en el caso que se tomara en cuenta exclusivamente el texto del párrafo 68 del Código Penal del Reich, vigente al momento de los hechos, cabía computar como actos interruptivos del curso de la prescripción las órdenes de arresto del Amtsgericht de la ciudad de Stuttgart, del 6 de noviembre de 1963 y del 20 de setiembre de 1972, sin computar los actos de otros tribunales dictados con anterioridad, que se refieren a un número menor de hechos; y que el plazo de prescripción originario de veinte años recién se había operado en 1992. El recurrente no se hace cargo de refutar esa afirmación *del a quo*, de conformidad con las circunstancias comprobadas en la causa y el Derecho extranjero que le es aplicable. Por el contrario, con su silencio ha admitido tácitamente la corrección de la decisión de la Cámara".

De esta forma, el tribunal elude el punto que estamos estudiando, considerando que "resulta abstracto el tratamiento de la cuestión relativa a la aplicabilidad de las leyes posteriores que modificaron el régimen de prescripción y, en su caso, también lo es determinar si ello sería repugnante a la garantía del *nulla poena sine lege praevia* consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional". La Corte Suprema ignora la norma actual alemana que proscribió que sucesivas interrupciones extiendan el plazo de prescripción más allá del previsto para la pena máxima que, como ya hemos dicho, es en nuestro caso de cuarenta años.

De cualquier manera, el silencio de la Corte hace suponer que no considera ajena a nuestro ordenamiento jurídico la solución del Dr. Schiffrin fundada en la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y que aquí intentamos respaldar.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Este trabajo tuvo como punto de partida la lectura del caso "Schwammberger". Todo aquel que haya leído los fallos en cuestión pensará que estamos haciendo referencia al voto del vocal preopinante de la Cámara Federal de La Plata, Dr. Schiffrin, porque él ha sido el único que ha mantenido el instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como norma a aplicar por nuestros tribunales. Sin embargo esto es cierto sólo parcialmente. Las otras sentencias que recayeron en la misma causa (usamos el término "sentencia" no en un sentido técnico, para referirnos en general al voto del otro camarista, Dr. Garro, al dictamen del Procurador General y al fallo de la Corte Suprema) encuentran diversos caminos para no profundizar en el análisis de la imprescriptibilidad de estos crímenes como norma de Derecho internacional aplicable en nuestro Derecho interno. Esta postura ambigua nos ha llevado al estudio tanto como el trabajoso fallo del Dr. Schiffrin. Si bien éste opina que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales tiene una arista política que dificulta la labor de los tribunales, nosotros creemos, por otro lado, que había una solución jurídica que los jueces no debían desconocer. El valor justicia no se refuerza con sentencias que buscan resquicios jurídicos formales para no analizar el fondo de un caso que abra las puertas para una terminante declaración del Poder Judicial en contra de los totalitarismos. Fue una nueva oportunidad desperdiciada. No creemos que nuestro país se halle en tal grado de desarrollo respecto a la protección de los derechos humanos, que este tipo de cuestiones jurídicas le sean secundarias.

Dijimos que nuestro trabajo surgió a partir de la lectura del fallo Schwammberger, y esto nos limitó en dos sentidos. En primer lugar, parte de nuestro análisis surge de las argumentaciones hechas por el Dr. Schiffrin y, secundariamente, muchas de las consideraciones que hacemos están referidas al supuesto de los crímenes internacionales. Esto significa que algunas de las conclusiones a las que arribamos, en especial la preeminencia en estos casos del Derecho internacional por sobre el Derecho interno, no pueden ser extendidas sin más a situaciones sustancialmente distintas.

A la hora de iniciar la evaluación, la primera referencia es para el voto del Dr. Schiffrin. Este fallo reconforta por su

adecuado tratamiento del Derecho internacional. Si bien no compartimos todas las soluciones que aporta, es importante destacar el hecho que una sentencia se base —ante la insuficiencia del Derecho interno— en el *Derecho de gentes*. Incluso las aplicaciones a las que arriba serían contrarias a las dadas por el Derecho interno si, como sucede muchas veces en nuestros tribunales, se desconociera o menospreciara al Derecho internacional.

Sostener que nuestra Constitución recepciona al *Derecho de gentes*, como de hecho lo hace, implica que al menos en materia de Derecho penal internacional o en la protección de los derechos humanos, debido al lugar preeminente que ocupan en el Derecho internacional, nuestro país se halla sometido a él. Por ende, toda respuesta dada en esta materia, que esté en consonancia con el ordenamiento jurídico internacional, no podrá ser considerada como contraria al orden público interno. Nuestro ordenamiento jurídico, al menos en esta materia, se halla sujeto al Derecho internacional y debe adecuar su conducta tanto interna como externa a él.

Beccaria⁸⁶ ha dicho que "en los delitos atrocísimos (es decir, los menos probables) las más ligeras conjeturas bastan, y es lícito al juez transgredir el Derecho...". No somos testigos ya de aquellas épocas en las que con la simple imputación de ser bruja o estar poseído por el diablo se justificaba una condena, desaparecían los derechos y garantías del acusado y se dejaba de lado el tribunal porque estaba con el inquisidor que no reconocía límites en su tarea de buscar la santa verdad. Sin embargo, en temas donde se juzgan crímenes internacionales nos hallamos frente a algunas similitudes lamentables, por eso, es lícito decir —junto a Vanossi— que en estos casos "hay mucha improvisación y esdórganes que apelan a la emocionalidad, en temas en los que el análisis requiere objetividad de juicio, conocimiento y reflexión. Las lágrimas no bastan para superar las desgracias" (Vanossi, 1982). Asumir la responsabilidad de vivir en un Estado de Derecho significa ser riguroso en la protección de los derechos humanos sobre todo —y no "aun"— con aquellos que son acusados de ser responsables de crímenes contra la humanidad. La ciencia jurídica no puede perder su cientificidad ante la impresión causada por una acusación grave.

⁸⁶ Transcritos por el Dr. Vázquez en el fallo de la Cámara Federal Civil y Comercial.

A lo largo de nuestra investigación fueron muchos los prejuicios que tuvimos que apartar. Fue necesario, por ejemplo, alejarnos de una concepción tradicional del Derecho internacional, donde la voluntad del Estado juega un papel fundamental. Comprobamos que en el ámbito de lo que se ha denominado "Derecho internacional de los derechos humanos", mantener en el centro del juego a la voluntad estatal no es útil para los objetivos que se persiguen. Por el contrario, permite que los Estados se sustraigan de los compromisos internacionales relativos a los derechos humanos. No puede, entonces, ser esta concepción la que más favorezca a una decidida lucha por la dignidad del hombre.

El reconocimiento de la primacía del *Derecho de gentes* por sobre el Derecho interno en materia de crímenes contra la humanidad no soluciona, sin embargo, el problema principal, que sigue siendo la garantía de los derechos humanos. Aquí el Derecho internacional tiene muchas enseñanzas que darnos y su función es esencial para su desarrollo, pero este respaldo no puede ser entendido sino como un elemento más al momento de lograr que los derechos del hombre sean efectivos y eficazmente tutelados y respetados en el ámbito local.

Tenemos la esperanza de que actitudes como la de Schiffrin sirvan para afianzar una tenue tendencia jurisprudencial, que pese a reiterados pasos en falso, propugne una real protección del ser humano por su sola condición de tal. Nuestra historia no tiene demasiados antecedentes que nos permitan ocupar un sitio digno dentro del concierto de las naciones civilizadas; comportamientos tan oscuros como los que han servido para que la Argentina pasase a ser considerada, hasta no hace mucho tiempo, como "el cabo de la última esperanza" para los criminales nazis⁸⁷, nos obligan al duro trabajo de revertir la situación. Creemos que la reflexión jurídica crítica es uno de los caminos más adecuados para impulsar el reconocimiento definitivo de los derechos humanos.

⁸⁷ Según lo ha denominado el cazador de nazis Simón Wiesenthal (citado por Lotzky, 1990).

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán (1988 -1), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires.
- (1988 -2), "La Convención contra la Tortura y la Ley de Obediencia Debida", *E.D.*, t. 129, p. 492.
- (1989), "La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad", *E.D.*, 27-XI-89.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (1986 -1), *Proyecto sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. (1986 -2), *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 4º informe del relator especial*.
- CRAWFORD, Kathryn Lee (1990), "Due obedience and the right of victims", *Human Rights Quarterly* 12 (1990) 17-52.
- GOÑILLO, Agustín (1988), "La protección de los derechos humanos y de los derechos sociales", *Elementos para una Reforma de la Constitución Nacional, ponencias presentadas al Congreso Internacional sobre reforma de la Constitución*. Presidencia de la Nación. Consejo para la Consolidación de la Democracia.
- GRAVEN (1945), "Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?", *Revue Pénale Suisse*, t. 81, par. 2.
- GUTIÉRREZ POSSO, Hortensia (1989), *Adecuación de la Norma Interna a la Norma Internacional. Aspectos de la Situación de la Mujer y del Derecho de Rectificación o Respuesta*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- HART, H. L. A. (1980), "El positivismo y la independencia entre el Derecho y la moral", *Filosofía del Derecho*, comp. Ronald Dworkin, Fondo de Cultura Económica, México.
- HERRENDORF, Daniel (1990), "No matarás (los crímenes imprescriptibles, indeltables e inamnistiables)", *E.D.*, 13-VI-90.
- HESS, Conrad (1983), *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1978), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona.
- JIMÉNEZ DE ASúa, Luis (1958), *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed.
- Kelsen, Hans (1965), *Principios de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, Buenos Aires.
- KOBICK, Eric (1987): "The ex post facto prohibition and the exercise of universal jurisdiction over international crimes", *Columbia Law Review* 87 (1987) 7, 1515-1538.
- LANGS, Juan Archibaldo (1984), *De Chapultepec al Beagle*, Hyspamérica, Buenos Aires.
- LAUTENFACHT, H. (1945), *An International Bill of the Rights of Man*, Columbia University Press.

LEU, Hans Joachim (1982), *Introducción al Derecho Internacional Penal*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas.

LAFFERTY, Horacio (1990), "Extradición de Schwammberger: Los crímenes contra la humanidad no prescriben jamás", *Periódico Nuevo Sur*, 27-V-90, ps. 8 y sigs.

MAIER, Julio (1983), "Amnistía, vigencia del Derecho y ley penal más benigna", *Doctrina Penal*, t. 1983.

MAIRAL, Héctor (1984), *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires.

MONCAYO, Guillermo (1988), "Aspectos actuales de la protección internacional de los derechos humanos", *Revista Jurídica de Buenos Aires*.

MONCAYO, Guillermo - VIDUELA, Raúl - GUTIERREZ POISS, Hortensia (1987), *Derecho Internacional Público*, Zavalla Editor, Buenos Aires.

NACIONES UNIDAS (1949): *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg - Historique et analyses*.

PERRERA LAFITTE, Carlos T. de (1981), "Antonio Sáenz, fundador de la Universidad de Buenos Aires y de la cátedra de Derecho Natural y de Gentes", *Anuario de Derecho Internacional Público*, vol. 1.

POTTO, Mónica (1989), "No intervención y derechos humanos", *Revista Jurídica de Buenos Aires*.

PODERRÁ COSTA, Luis - RUDA, José María (1979), *Derecho Internacional Público*, Tea, Buenos Aires.

ROUBREAU, Ch. (1968), *Derecho Internacional Público Profundizado, La Ley*, Buenos Aires.

ROUYAT, Adolfo (1943), "La Constitución Nacional impone política internacional de paz", *Estudios sobre la Constitución Nacional Argentina*, Instituto de Investigaciones Jurídico-políticas de la Universidad Nacional del Litoral en homenaje al 90º aniversario de la sanción de la Constitución, Santa Fe.

RUIX, César (1981), *Iniciación al Derecho Penal de Rey*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.

RUIX MORENO, Isidoro (1978), *El Derecho Internacional Público en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, EUDEBA, Buenos Aires.

SAGÜES, Néstor (1988), *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

SANCINETTI, Marcelo A. (1988), *Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires.

SCHIFFRIN, Leopoldo H. (inédito), *Consideraciones sobre la Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Interamericana*.

SCHURMAN PACHECO, Rodolfo (1988), "Proyecto de delitos de lesa humanidad (propuesto por el Colegio Público de Abogados del Uruguay 1987/8)", *Doctrina Penal*, t. 1988.

SOUDREIN, Max (1978), *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México.

STRATHEMERTH, Günther (1982), *Derecho Penal. Parte General*, Edar, Madrid.

TEÑA RAMÍREZ, Felipe (1985), *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa S.A., México.

VANOSKI, Jorge (1970), "Sugerencias para una eventual reforma constitucional", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XI, n° 23, enero/junio 1970.

—(1982), *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires.

VERDROSS, Alfred (1978), *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Buenos Aires.

VINUESA, Raúl (1989): "La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos por parte de las cortes federales de los Estados Unidos de América", *Temas de Derecho Internacional*, en homenaje a Frida Pfirter de Armas Barea, Editor Raúl Vinuesa, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Ezequiel R. (1987), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.

ZARON, Helio (1975), *La Constitución Argentina en la Doctrina Judicial*, Astrea, Buenos Aires.

ZUPPI, Alberto L. (1989), "La prohibición *ex post facto* y los crímenes contra la humanidad", *E.D.*, t. 131, p. 765.