

Título: Derecho penal internacional: el principio universal frente a la protección efectiva de los derechos humanos

Autor: Muchnik, Javier Darío

Publicado en: Sup.Act 14/12/2004, 14/12/2004, 1

Cita: TR LALEY AR/DOC/2764/2004

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. - II. Derechos Humanos. - III. El Punto de partida. - IV. El Principio Universal. - V. Conclusión.

I. Introducción

En el presente trabajo abordaré la cuestión relativa al denominado Principio Universal, con el objetivo de tratar de responder al siguiente interrogante: ¿Es el mentado principio efectivo para la defensa o protección de los derechos humanos? O su vigencia concita más problemas que soluciones.

A ese fin no se hará un análisis pormenorizado del contenido y alcance de las conductas lesivas, cuya existencia positiva en distintos tratados o convenios internacionales posibilita se las denomine genéricamente como crímenes o delitos internacionales -al margen de la posibilidad a su vez de diferenciar ambas denominaciones-. De lo que se trata, en consecuencia, es de averiguar si el ámbito en el que ese tipo de conductas deben ser juzgadas, puede delimitarse a partir del principio universal, y así poder sostener que éste coadyuva a la vigencia de los derechos humanos, teniendo en cuenta que ellos inspiraron la concreción "típica" de esas conductas lesivas, o si dicho principio no resulta determinante para ello.

Así se hará una mínima referencia previa al concepto "derechos humanos" y sus implicancias iusfilosóficas, luego se definirá el alcance del Principio Universal, relevando algunos precedentes jurisprudenciales donde la problemática estuvo presente y, finalmente se intentará esbozar una respuesta posible al interrogante planteado.

II. Derechos Humanos

Con esta denominación se está haciendo referencia a ciertas prerrogativas especiales y características del ser humano que merecen ser consideradas innatas a él, perennes y universales.

En rigor podría hacerse algún tipo de distinción entre derechos del hombre y derechos humanos (1). Por cierto que dicha diferencia puede no resultar casual y bien podría aceptarse que la modificación operada desde la denominación "derechos del hombre" a "derechos humanos", tiene que ver con el origen que estos tuvieron tanto en la asamblea constituyente de 1789 como en la declaración de Virginia de 1776 (2), donde la proyección humanitaria de derechos individuales todavía no era un dato determinante. De cualquier manera lo importante, a los fines de este trabajo, será precisar una idea de "derechos humanos" tal como en la actualidad se los conoce en general, conforme a la siguiente definición que atinadamente abarca lo que se intenta manifestar: "Los Derechos Humanos son facultades o prerrogativas de la persona o grupo social que, enmarcadas dentro del contexto del Estado de Derecho, regulan la dignidad y existencia misma de la persona humana, permitiendo a sus titulares exigir de la autoridad respectiva, la satisfacción de sus necesidades básicas allí anunciadas." (cfr. Marcelo Eduardo Riquert y Eduardo Pablo Jiménez, "Teoría de La Pena y Derechos Humanos", Ed. Ediar, Buenos Aires 1998, p. 55, definición desarrollada por Eduardo Jiménez, según nota 24, "idem"; también cfr. Riquert, "Algo más sobre la Teoría de La Pena a propósito de la Reforma Constitucional", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VII, Número 11. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Mayo de 2001; p. 419 y su nota 8).

La dimensión de "lo humano", desde el punto de vista internacional, sin duda, comienza a perfilarse luego de la segunda guerra mundial, donde el descubrimiento de las atrocidades cometidas con seres humanos, justifica y sirve de base para que se comience a construir, de manera positiva, una ética del hombre en su vida relacional, entre sí y con el estado.

El fuerte impacto provocado por las consecuencias del enfrentamiento bélico, motivó una conciencia más pragmática de los derechos humanos en el ámbito internacional, quizás a imagen y semejanza del sistema tutelar creado e instaurado por el constitucionalismo moderno, pero en una faceta universal. No bastaba ya proclamar puertas adentro una serie de garantías constitucionales, como herramientas útiles para la protección de los derechos humanos y al mismo tiempo no advertir, o peor aún, no hacer nada frente a atrocidades soportadas por congéneres de otras latitudes.

Es que ya el concepto de garantía constitucional permite colocar al hombre en su relación frente al Estado, como un límite que se impone al avance de éste sobre el ciudadano. En vez, la idea de los Derechos Humanos, resulta más básica aun, más esencial, ya que se trata del respeto de aquellas condiciones y circunstancias sin las cuales no es posible conceptuar la imagen del hombre, no ya frente a un Estado en particular, sino como humanidad.

El contexto histórico señalado, insufló el espíritu de distintos instrumentos internacionales que positivizaron los "derechos humanos", alguno de los cuales cuentan en el orden interno con jerarquía constitucional (art. 75 inc.22), conformando un bloque contenedor de distintos derechos construidos sobre una imagen del hombre que respeta y comprende a su dignidad como consustancial. Desde la vida hasta la libertad de trabajo y reunión, desde el honor hasta la libertad de expresión, están consagrados en esos instrumentos.

En consecuencia puede aceptarse que hoy el concepto "derechos humanos", resulta ser una síntesis normativa que involucra a una serie de circunstancias y situaciones relativas al ser humano en su ámbito de desarrollo individual y social, y que fueron establecidas "positivamente" como reconocimiento a la necesidad irrestricta de su vigencia. También fueron previstos en el mismo nivel, distintas figuras a las que podría denominarse "delitos de trascendencia humanitaria", que tipifican conductas que afectan y conmueven no sólo al ser humano individual sino que lo involucran en una dimensión atinente a su existencia en el mundo civilizado. Esta circunstancia es la que, a modo de punto de conexión, permite comenzar a advertir la relación entre dichas conductas, comprensivas del concepto que involucra a los derechos humanos, con el Principio Universal.

II. El Punto de Partida

En este tópico se pretende hacer referencia a una cuestión que se considera útil como pauta de interpretación, al momento de definir el contenido de los Derechos Humanos, y ver si puede ser utilizada como base para definir el alcance del Principio Universal.

Los Derechos Humanos surgen como consecuencia de posturas iusnaturalistas, que sirvieron de apoyatura teórico-filosófica a su creación; independientemente de las distintas vertientes que el iusnaturalismo tiene (racionalistas, empiristas, realistas) (3), lo cierto es que resulta difícilmente pensable el fundamento de estos derechos fuera de un punto de partida iusnaturalista.

La tesis iusnaturalista es aquella que sostiene, sintéticamente, que el fundamento de un derecho dado resulta ser un "algo" o principio que se encuentra ubicado en una instancia pre-jurídica. En otras palabras, esta postura adscribe a la idea (de) que resulta insuficiente recurrir al derecho positivo para encontrar allí el fundamento de la coexistencia humanitaria (4).

Como contrapartida, la tesis iuspositivista, sólo admite al derecho como punto de partida válido; se refiere al derecho hecho ley. Es decir que la autoridad estatal encargada de hacer la ley es la que permite se construya aquella máxima donde deberá apoyarse la interpretación sobre algún derecho.

Sin perjuicio de la opinión de algunos autores que proponen alternativas intermedias, lo cierto es que ambas posturas resultan lógicamente contradictorias, de manera que la afirmación de una necesariamente traerá como consecuencia la negación de la otra.

Los Derechos Humanos surgieron a la vida jurídica inspirados en concepciones iusnaturalistas (posturas racionalistas primero y empiristas después). Asimismo todo parece indicar que dicho fundamento iusfilosófico, sigue alumbrando la vigencia de dichos derechos, con independencia del reconocimiento positivo que han adquirido. Y esto al margen de la insistencia de los distintos organismos internacionales, que como sujetos de control en el efectivo respeto de los derechos humanos, permanentemente están dando directivas en el sentido de la validez irrestricta de lo convenido en los pactos, es decir de lo "positivo" (5), ya que en dichos pactos se está haciendo una constante referencia a conceptos como "dignidad humana" o "integridad humana", que resultan reconducibles a una imagen del hombre aún en un estado anterior al social, al estatal y al jurídico. En consecuencia y más allá de las palabras o términos utilizados en una ley, tratado o pacto, al definir algún derecho humano, siempre podrá completarse su alcance acudiendo a esa imagen del hombre, apta como pauta teleológica de interpretación.

Ello permite que se admita que este punto de partida iusnaturalista, y la necesidad de aceptar su influencia en la configuración del concepto sobre "derechos humanos", resulte una herramienta apta de interpretación para precisar el contenido de ellos, sin embargo no resulta tan esclarecedor al momento de interpretar y precisar la manera en que habrán de juzgarse. Es decir que, si bien resulta fundamental a los efectos de interpretar el contenido y alcance del derecho aplicable, no alcanza para definir al Juez competente, siendo esto lo que involucra a la efectividad del Principio Universal, para la debida tutela de los derechos humanos, como seguidamente se verá. Es que dicho principio solo puede desplazar al principio territorial en tanto su implementación venga dada en una ley, pacto o tratado que así lo establezca, máxime que en nuestro país la Constitución consagra a la territorialidad como regla y solo como excepción se puede prescindir de ella (cfr. art. 118), con lo que el punto de partida iusnaturalista puede resultar de utilidad únicamente para la materialización del texto legal, para incidir en su concreción, más no para la aplicación directa e inmediata del principio. (cfr. Jorge Reinaldo Vanossi, "La jurisdicción universal y el principio de territorialidad desde la perspectiva del

Derecho Constitucional Argentino", ED, 28 de noviembre de 2001, p. 3, N° 10.390).

IV. El Principio Universal

El Principio Universal se inscribe en el sistema en donde la vigencia de los derechos humanos debe operar y se manifiesta supletoriamente respecto del Principio Territorial. Este último es aquél que se encuentra influido por los accidentes naturales y circunstancias geográficas que consagran el lugar del hecho como pauta rectora al establecer el juez competente. La posibilidad de Tribunales Internacionales, puestos por sobre el estado, o por otro lado, que un juez de otro estado juzgue conductas cometidas fuera de su ámbito territorial -caso del Juez Garzón de España-, son extremos que ponen en crisis a este principio.

El Principio Universal, tiene que ver con la validez espacial de la ley penal, esto es que pueda aplicarse una ley determinada más allá de las fronteras del país donde se hubiera manifestado la conducta lesiva. En su concepción clásica, admite que un Estado juzgue conductas pasibles de ser calificadas como crímenes o delitos internacionales, aun cuando estos fueran cometidos fuera del territorio de dicho Estado. En este marco se inscribe el denominado Derecho Penal Internacional, permitiendo la jurisdicción universal concretizada en un Estado en particular, merced a la suscripción de algún acuerdo o convenio que lo prevea.

En consecuencia este Principio permite la vigencia de la ley, que tipifica en este caso por ejemplo, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, etc., con independencia del lugar (territorio) donde se hubiesen cometido esos crímenes. La cuestión, como podrá advertirse es la siguiente: Este Principio, ¿autoriza a un Estado a ejercer su jurisdicción sobre hechos cometidos en otro Estado? O sólo autoriza a que un órgano con Jurisdicción Internacional intervenga.

En rigor la posibilidad de que un órgano supra-estatal con jurisdicción internacional intervenga, da pie a que el principio universal sea considerado como una suerte de principio internacional, donde el juzgamiento de conductas constitutivas de delitos o crímenes internacionales tipificados en instrumentos internacionales, y no por leyes estatales, sea efectuado por un tribunal con competencia delegada, a dichos fines, por los estados interesados en ello.

Al respecto, el llamado Estatuto de Roma (1998) que corporiza la creación del Tribunal Penal Internacional, claramente adscribe a los principios de complementariedad y admisibilidad, este último expresado de manera negativa (arts. 1 y 17 del estatuto), es decir que dan cuenta de las situaciones por las que no intervendrá por inadmisibile la Corte Penal Internacional. Su competencia está circunscripta a los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, (estos resultan ser "jus cogens") esto significa que resultan de aplicación imperativa y sobre ellos los estados no pueden hacer reservas, son obligatorias y forman parte del derecho penal internacional, no así el propio estatuto que sólo es dispositivo. Asimismo la jurisdicción de este Tribunal resultará sólo en la medida en que el estado donde se hubiesen cometido los crímenes no ejerza su derecho a juzgarlos.

La entrada en vigencia de dicho Tribunal, se encuentra supeditado a la ratificación del tratado que lo establece por un número de sesenta países. Su competencia claramente resulta para casos futuros y nuestro País adhirió a su implementación por ley 25.390 (Adla, LXI-A, 48) y el Poder Ejecutivo depositó el instrumento de ratificación del Estatuto de Roma el día 8 de febrero de 2001.

Entonces para responder el interrogante planteado sobre si el principio universal autoriza a que un estado juzgue hechos cometidos en otro, o si solamente un tribunal internacional puede hacerlo; debe advertirse que la formulación clásica del principio, admite el primero de los supuestos, en la medida que se trate de la aplicación de leyes estatales y exista un convenio al respecto, pudiendo un estado juzgar en consecuencia (vgr. piratería, trata de blancas, comercio de drogas, etc.). Empero si se trata de crímenes o delitos fijados en instrumentos internacionales que importen violación de normas esenciales, para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional, resulta conveniente su juzgamiento por instancias internacionales, supraestatales, a menos claro está que se acepte previo a ello la instancia local, como prioridad, pero en cualquier caso relegando al principio de la personalidad (nacionalidad activa o pasiva). Es decir, principio territorial en primer lugar, luego posibilidad de instancia supraestatal; este es el esquema que nuestra Carta Magna previó y el que debe orientar en la materia. Ejemplos, por caso, de instancias supraestatales fueron: el Tribunal Penal Internacional de La Haya, que en 1997 juzgó y condenó al general croata Tihomir Blaskic, por crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina y a Dusan Tadic por su participación en operaciones de depuración étnica. O el Tribunal de las Naciones Unidas para Ruanda, que en la misma fecha juzgó y condenó a cadena perpetua a Jean Kambanda. Y el Tribunal Penal para Yugoslavia, por los casos de Radoban Karadzic y el general Ratko Mladic, por las matanzas en el enclave bosnio de Srebrenica.

El precedente en donde puede advertirse la tensión entre Derechos Humanos y normas "Jus Cogens", es decir el confronte entre disposiciones de neto corte de Derecho Internacional y de Derecho Penal Internacional,

a pesar que las dos forman parte del primer concepto, fue el conocido como "caso Pinochet", en donde se comienza a vislumbrar la "penalización" del Derecho Internacional. (cfr. José María Gamio, "La Jurisdicción Universal y el principio de territorialidad a la luz de los principios del Derecho Constitucional del Uruguay", ED, del 28 de noviembre de 2001, p. 6, N° 10.390). El análisis de éste caso resultará de utilidad a fin de dimensionar el alcance del interrogante que se dejó planteado al inicio y, en lo particular también precedentemente, en cuanto a las posibilidades de juzgamiento de un Estado sobre hechos cometidos en territorio de otro Estado.

Los hechos de este caso fueron los siguientes: España reclamó al gobierno Inglés el derecho de juzgar a Pinochet por delitos cometidos en Chile, que constituían violaciones al Derecho Internacional. Chile solicitó el regreso de Pinochet, fundándose en que los delitos que se le imputaban constituyen delitos por lo cuales se puede solicitar la inmunidad de estado bajo los términos del Derecho Internacional. Estos delitos fueron amnistiados por Chile en el año 1978.

El pedido formulado por España, motivó dos órdenes de detención dispuestas por jueces ingleses, las que fueron revocadas por el Tribunal de apelación, por defectos formales y por tratarse de un ex jefe de estado sujeto a las disposiciones de inmunidad diplomática.

El tema llegó a la Cámara de los Lores [\(6\)](#). Allí las opiniones estuvieron divididas y fueron tratadas distintas cuestiones que giran en torno del "Jus Cogens"; de la situación de los Jefes de Estado y ex Jefes de Estado; del Principio Territorial para juzgar delitos del Derecho Penal Internacional; del Principio Universal; en fin, de la situación político internacional generada entre tres países que mantienen relaciones de todo tipo, en donde según sea la resolución a la que se arribase, se corría el riesgo de resentir dichas relaciones y ello significó una alternativa, diríamos presente en el análisis.

Es que España, por el Principio de Nacionalidad Pasiva, estaba reclamando la extradición de una persona que habría cometido, entre otros, torturas y desapariciones de ciudadanos españoles en territorio Chileno. Por su parte Chile alegaba el Principio Territorial en el juzgamiento de esos hechos.

Resulta interesante indicar, que a lo largo del desarrollo de las distintas opiniones de los Lores, se advierte la oscilación entre el respeto irrestricto a normas "Jus Cogens" que hacen a la inmunidad de arresto y juzgamiento de ex jefes de estado, por delitos cometidos en sus respectivas jurisdicciones durante el cumplimiento de sus respectivos mandatos y, normas también "Jus Cogens" que positivizaron delitos o crímenes contra la humanidad, como si fueran dos categorías pasibles de ser subordinadas una a la otra.

En efecto, para las posturas que daban preeminencia al primer tipo de normativa, esto es aquella que privilegia las disposiciones sobre inmunidad de los Jefes o ex Jefes de Estado, se echaba mano del Principio Territorial y del derecho de Chile a resolver sus propios conflictos, al margen de la entidad de los delitos cometidos, utilizando criterios de interpretación que sin perjuicio del hecho del reclamo de inmunidad soberana, implicaba la necesidad de restringir la jurisdicción por cuestiones de competencia.

El argumento para fundar esa preeminencia estuvo dado por la circunstancia de que, si bien se reconocía que las normas de aplicación general sobre inmunidad soberana deberían quedar de lado en casos que involucrasen violaciones del Jus Cogens, en supuestos de torturas, por ejemplo, ello todavía no constituía una norma del Derecho Internacional Público.

De otro lado, se acudió a motivaciones que claramente privilegian el Principio Universal, en cuyo contexto la naturaleza Jus Cogens del crimen internacional de tortura, por caso, justifica que los Estados tomen jurisdicción universal para su conocimiento y castigo, donde sea que fuesen cometidos. El principio que fluye de allí es que los autores de dichos delitos constituyen "enemigos comunes" de toda la humanidad y todas las Naciones tienen un interés equivalente en su aprehensión y enjuiciamiento.

Esto resultaba así en la medida que la incorporación de este tipo de delitos internacionales, a normativas positivas expresas, manifestaban el interés de los estados parte, en privilegiar con un rango superior las conductas prohibidas, con el fin de evitar, justamente, que sus autores puedan encontrar refugio en algún lugar y así, burlar su juzgamiento.

Más aún, la Audiencia Nacional de España, que hubo de intervenir previamente a la Cámara de los Lores, en fecha 5 de noviembre de 1998, interpretó que la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948, por el cual también se requería a Pinochet, no impide la jurisdicción universal, en la medida que si bien era cierto que allí se consignaba expresamente que dichos delitos debían ser juzgados por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio se hubiesen cometido los delitos, o en su defecto por un Tribunal Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hubieran reconocido previamente su jurisdicción, no lo es menos que ello no significaba restar jurisdicción

internacional a otros tribunales locales, distintos del Territorio donde se hubieran efectuado los actos delictivos. Y ello así en la medida que el espíritu de la mentada convención se vería totalmente afectado, en caso contrario. Un claro ejemplo de intentar fijar al juez competente a partir de interpretaciones iusnaturalistas.

Evidentemente y ante la circunstancia de este tipo de jurisdicción internacional, local, se precisaba analizar si el País donde territorialmente se cometieron los hechos, reclamaba para sí el derecho de juzgamiento. Y España entendió que los hechos resultaron "impresjudgados"⁽⁷⁾, en la medida que las disposiciones de derecho interno Chileno que despenalizaron las conductas delictivas, además de ser contrarias al "Jus Cogens", no resultaban calificables como verdaderas normas despenalizadoras para el derecho español, de modo de poder operar en igual sentido que el caso del imputado absuelto indultado en el extranjero, justamente en aras del principio de extraterritorialidad, de protección y persecución universal.

Entonces como podrá advertirse, este Principio Universal, debe lidiar con cuestiones que hacen a la soberanía e independencia de los Estados. Y en este terreno el principio que fluye es que "todo estado soberano está obligado a respetar la independencia de los demás estados soberanos, y los tribunales de un país no podrán juzgar los actos de gobierno de otro país realizados dentro de su propio territorio"⁽⁸⁾.

Puede así apreciarse que aquí se manifiestan y confrontan dos órdenes distintos: Por un lado la soberanía estatal, como valor reconocido por todos los estados, por lo menos desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, que permite la coexistencia de las distintas naciones y, por otro lado el individuo, el ser humano como víctima de "delitos" que trascienden su propia humanidad para irradiar efectos a todos sus congéneres.

Ubicar una posición intermedia entre esos ámbitos, quizás es lo que permita sustentar el Principio Universal, pero aquí debe repararse que en realidad no se trata de situaciones extremas que formen parte de un mismo hilo conductor. En rigor se trata de dos ámbitos distintos, que reclaman una postura difícilmente reconciliable, ya que lo absoluto de cada posición no permite incorporar la posibilidad lógica de la otra. Estado e individuo no son lo mismo y justamente la universalidad de tratamiento implica desconocer al primero, a menos claro está, que ese primero, el Estado, resigne frente al segundo, que paradójicamente lo formó y le dio vida, su posición. Además la piedra de toque para encontrar ese punto intermedio debería tener en cuenta que no se trata de que a algún estado no le interese la protección de los derechos humanos, antes bien debería aceptarse que cada estado en particular prioriza su tutela, ya que las posturas antagónicas mencionadas tienen por base que existe un estado que no quiso o no pudo juzgar hechos cometidos en su territorio.

En el ámbito nacional, donde hubo oportunidad de analizar situaciones similares, fue en ocasión de dos pedidos de extradición. Uno de Alemania respecto de Schawmmberger ⁽⁹⁾, resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de La Plata, con enjundioso voto del doctor Schiffrin, donde se privilegia claramente el carácter universal e imprescriptible de los delitos del Derecho Penal Internacional. Y el otro de Italia, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20 de marzo de 1995, conocido como caso Priebke.

De este último precedente puede rescatarse la siguiente doctrina:

1) Consagra la posibilidad de extraditar por conductas delictivas que no tuvieren previstas una pena específica.

2) Consagra como principio rector valorativo al "Interés Superior de la Comunidad", en aras de la coexistencia pacífica de los pueblos.

3) Incluye a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad como delitos contra el derecho de gentes.

4) Implícitamente acepta que sería injusto (iusnaturalismo) negar la extradición por la falta de previsión legislativa de consignar una pena específica, cuando el país requirente sí lo hizo y fue por ello más diligente.

5) Los hechos delictivos que se le imputan a Priebke (homicidio de más de trescientas personas en las llamadas fosas Ardeatinas) tienen la particularidad de su irrepetibilidad, pero a diferencia del resto de delitos que desde un punto de vista material también lo son, aquellos tuvieron por marco una guerra mundial.

6) De la facultad dada al Congreso Nacional por el artículo 118 de la Constitución Nacional para legislar sobre el lugar de juzgamiento de los delitos contra el derecho de gentes, no se sigue que no se pueda prever la sanción conforme a los compromisos internacionales (minoría-positivista).

7) Sé prioriza el compromiso asumido en la extradición y que el principio de legalidad y culpabilidad son ajenos al juicio de extradición, por lo que puede prescindirse de una pena en concreto.

8) Se utiliza el argumento del absurdo o defecto útil, en el sentido de advertir la sinrazón de conceder extradiciones por delitos comunes y negarla por estos delitos más graves.

10) Niega a los hechos categoría de delito militar por su esencia "común", pero también le niega carácter de delito común por afectar a la persona más que al individuo, siendo esta categoría (persona) más genérica y universal, protegida por el derecho de gentes.

11) La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra es un principio que forma parte de la costumbre internacional.

12) Un derecho que no de respuesta a este tipo de conductas, no merece ser denominado "derecho", en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

13) Finalmente, llama la atención al Poder Legislativo para que sancione efectivamente estas conductas.

La postura de la minoría, fundamentalmente el voto del doctor Petracchi, está impregnada de un fuerte positivismo, al que adhiere, por su voto, casualmente el único penalista de esa Corte, el doctor Levenne (h). Allí se sostiene, en lo medular, que la ausencia de una pena concreta impide hacer lugar a la extradición, por cuanto el principio que rige en la materia es el de doble posibilidad de juzgamiento, es decir, que el delito o los delitos por los que se solicita la extradición, también puedan ser juzgados ante el país requerido. Y esto resultaría impracticable ante la ausencia justamente de una pena concreta. La que no podría construirse utilizando para ello los tipos penales del derecho interno, ya que ello significaría crear una tercera categoría de delitos. Entonces, se manifiesta, para esta postura una flagrante afectación al principio de legalidad, cuyos presupuestos son que deben estar previamente establecidas tanto la conducta punible como la pena aplicable. La ausencia de este último requisito impide pues la extradición.

Al respecto parece curioso advertir, que quien así se manifiesta forma parte de la misma Corte que ha legitimado la creación de tipos penales abiertos o leyes penales en blanco, en donde si bien se encuentra perfectamente tabulada la pena en abstracto, la conducta punible hay que ir a rescatarla de algún ordenamiento vernáculo. Y también el mismo Tribunal que legitimó criterios de imputación fundados en cláusulas como las de actuar en lugar del otro, en el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en donde más allá de su necesidad frente a cuestiones de política criminal que atinadamente aconsejan la aparición del derecho penal, para estas situaciones, lo cierto es que aquí sí se echa mano de construcciones normativas para dar respuesta a una situación determinada, donde el grado de afectación a la persona, como víctima de la actuación de estos entes, no puede compararse con el grado de afectación que la misma clase de víctima puede padecer; aunque los ataques provengan de la misma especie de "ente" (autor de delitos contra la humanidad-persona jurídica), y no se permite hacer lo mismo en este tipo de situaciones, argumentando con principios construidos sobre la base de garantías constitucionales, que parecieran tener un menor grado frente a derechos humanos.

V. Conclusión

La solución a las situaciones caracterizadas por la afectación a Derechos Humanos no resulta sencilla, en la medida que se advierta los ordenes normativos que allí confrontan.

Que no basta con la mera respuesta normativa, en el sentido del reconocimiento tipificado de su realidad, resulta una verdad evidente, en orden a rescatar el punto de partida iusnaturalista para la fundamentación de las figuras que deben contener a los derechos humanos afectados (ley aplicable). El tema requiere de un sistema que de respuestas efectivas, donde la persecución y el castigo cumplan con la satisfacción de la expectativa violada (funcionalismo) o con la satisfacción, para el resto de los ciudadanos, de que hechos de tremenda envergadura delictiva serán castigados, generando así la confianza en el sistema (prevención general integradora).

Las respuestas efectivas, en este sentido, sólo serán una realidad en la medida que la universalidad del conflicto deje de lado las distintas singularidades Estadales y permita la ejecución de mecanismos supraestatales de jurisdicción. Respecto de hechos futuros, esto comienza a materializarse con la creación de la Corte Penal Internacional, donde el punto de vista iuspositivista resulta coherente, es decir que la especificación del juez o tribunal competente sí constituye una realidad que debe fijarse en una ley.

El principio universal puede coadyuvar a la tutela de los derechos humanos, en la medida que sea interpretado como el motor que debe impulsar la creación de una jurisdicción universalmente aceptada por todos.

Hasta tanto ello ocurra, sólo servirá para generar mas conflictos que los que promete solucionar, provocando situaciones en donde el ser humano puede resultar mediatamente como una nueva víctima de un sistema, en donde nadie puede arrogarse esa jurisdicción en tanto resulta ser un par igual a los demás y ello por si sólo basta para inferir el conflicto. Sólo un órgano superior, creado del pluralismo y el consenso puede pasar por encima de los conflictos generados por cuestiones de soberanía.

Debe relevarse que subliminalmente estos conflictos de soberanía encierran un mensaje de menosprecio a

aquel Estado que no juzgó "sus delitos", por lo que resulta contradictorio sostener el interés de todos en la lucha contra los atentados a los derechos humanos y que ello justifica la jurisdicción "territorial-universal" de un Estado sobre otro y al mismo tiempo y en simultáneo hacerle ver a ese otro Estado que no fue capaz de juzgar dichos delitos, con lo que, implícitamente se le estaría reprochando que no respeta los derechos humanos.

Finalmente advertir que el Principio Universal será en realidad "universal", en la medida que ningún par Estatal quiera atribuirse su aplicación. Hasta tanto ello ocurra y en su defecto, el Principio Territorial debería seguir desplazando al mentado principio.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Cfr. BRANDIERI, Luis María, "Derechos humanos" y derechos del hombre" ¿son lo mismo?, ED, 189-2000, p. 608.

(2) "Ídem", p. 612, 2º párrafo.

(3) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., "Iusnaturalismo y Derechos Humanos", ED, 124-1987, p. 753.

(4) "Ídem", p. 755.

(5) Cfr. ALBANESE, Susana, "La operatividad de las normas convencionales a 16 años de vigencia de la convención americana". Jurisprudencia Argentina 2001-I, página 509. También de la misma autora "Interacción entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y el ámbito interno. Funciones de los órganos de control". ED, 162-693.

(6) Cfr. Caso "Pinochet", LA LEY, 2001-B, 1232 "passim".

(7) "Ídem", p. 11, párr. 2º.

(8) De la opinión de LORD NICHOLLS, en "Cámara de Los Lores, Londres, 1998/11/25- La Reina c. Evans y otro y el Comisionado Metropolitano de Policía y otros -Pinochet-", LA LEY, 1999-A, 431. En "ob. cit.", p. 37.

(9) ED, 135-323.