

Comentarios y observaciones de la República Argentina al proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre "Crímenes de lesa humanidad"

29 de noviembre de 2018

La República Argentina tiene el honor de presentar los siguientes comentarios y observaciones a la Comisión de Derecho Internacional respecto del proyecto de artículos sobre "Crímenes de Lesa Humanidad" de conformidad con lo solicitado por la Comisión en su 69º período de sesiones (2017).

1. La definición de "desaparición forzada de personas" contenida en el Artículo 3.2.i) está en línea con la definición del Estatuto de Roma, pero difiere de la definición que contienen la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006.

La principal diferencia en la tipificación radica en que estos últimos tratados no incluyen la expresión "con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un tiempo prolongado". Se entiende que sería preferible una definición semejante a la de la Convención de 2006 que contiene la expresión "sustrayéndola a la protección de la ley" pero no agrega el requisito de la intencionalidad y del tiempo como lo hace el Proyecto de Artículos. Es cierto que el Proyecto de Artículos establece que las definiciones allí contenidas son sin perjuicio de otras definiciones más amplias previstas en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno. Sin embargo, y teniendo en cuenta que uno de los objetivos del Proyecto de Artículos es la armonización de las legislaciones nacionales, cabría tener una definición de "desaparición forzada de personas" que siga los últimos desarrollos en el derecho internacional.

2. La definición del término "género" contenida en el Artículo 3.3 expone un sistema binario de género basado en el estado biológico, sin tener en cuenta el concepto amplio de identidad de género. Si bien la disposición reproduce el lenguaje utilizado en el Estatuto de Roma, la propia Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha expandido la interpretación de la definición de género contenida en el Estatuto al entender que la misma incluye la construcción social del género (ver *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes* de la Oficina de la Fiscal, de 2014). Así, se entiende necesario que la definición de género utilizada en el Proyecto de Artículos sea actualizada a la luz de los últimos desarrollos en el derecho internacional.

3. En el Artículo 6 sobre "Penalización bajo el derecho interno", se debería incluir una disposición que imponga a los Estados la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar en sus derechos internos que los delitos de lesa humanidad sean investigados y juzgados por tribunales civiles. Ello para evitar la posibilidad de que tribunales militares se arroguen competencia en este tipo de delitos. La tendencia internacional es a prohibir la jurisdicción militar para los delitos comunes, del derecho internacional y las violaciones de derechos humanos. Solo los tribunales civiles están en condiciones de garantizar el derecho al juez imparcial y al debido proceso.

Asimismo, en el mismo Artículo 6 debería incluirse una disposición que prohíba la concesión de amnistías para los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad. Las amnistías son inconsistentes con la obligación de los Estados de investigar y juzgar, y con el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo.

4. El Artículo 7 podría resultar restrictivo del concepto amplio de Jurisdicción Universal, que "determina la facultad o la obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar por los tribunales internos los crímenes (...), con independencia del lugar donde se hayan cometido, de la nacionalidad del posible responsable, de las víctimas o de la existencia de cualquier otro vínculo de conexión con el Estado que ejerza jurisdicción, mediante la aplicación del Derecho Penal Interno y/o Internacional" (Principios de Madrid - Buenos Aires de Jurisdicción Universal).

5. En el Artículo 12 deberían mencionarse las asociaciones de víctimas y/o familiares. Así, el título debería rezar: "Víctimas, testigos, asociaciones de víctimas y/o familiares y otros".

Este Artículo debería contener una definición de "víctimas" e incluir el derecho de éstas a conocer la verdad sobre las circunstancias en las que ocurrieron los crímenes. Establecer la verdad es importante, dado que los ataques generalizados o sistemáticos contra poblaciones civiles suponen a menudo la difusión de información errónea con la que se promueve la comisión de los delitos o se justifica el ataque a las víctimas. Además, dada la magnitud de los delitos, éstos suelen ocultarse a la opinión pública y refutarse. La salvaguarda del derecho a la verdad, por un lado, se vincula con la salvaguarda de otros derechos de las víctimas como son el derecho a las garantías judiciales y el derecho de acceso a la información, y por otro, acarrea la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los delitos.

6. En cuanto al Artículo 13, éste no debería incluir la posibilidad de denegar la extradición en razón de la nacionalidad del requerido. Este beneficio no debería regir para posibles perpetradores de delitos de lesa humanidad. La colaboración entre Estados para perseguir a perpetradores es vital para lograr justicia y trabajar en garantías de no repetición. Por ello, los Estados no deberían ampararse en el concepto de nacionalidad para que posibles perpetradores queden fuera del alcance de la jurisdicción donde se cometieron los crímenes, por la única razón de ser nacionales del Estado al que se solicita la extradición. Este concepto, que tiene un viejo arraigo en el derecho internacional, debería ser analizado de manera crítica, ya que resulta en un grave perjuicio para el derecho a la verdad y a la justicia tanto de víctimas y familiares como de las sociedades en su conjunto. Máxime, cuando los ordenamientos jurídicos internos de muchos Estados parte de la comunidad internacional no cuentan con la figura jurídica de "condena en ausencia". Cabe destacar, además, que en muchos casos no resulta posible la aplicación del principio *aut dedere aut judicare*, por ejemplo en Estados donde hay impedimentos legales (e.g. amnistías, prescripción) para investigar delitos de lesa humanidad cometidos en sus propios territorios.

7. En cuanto a las cuestiones de cooperación judicial que aborda el Proyecto de Artículos, como se indica claramente en el proyecto de artículo 1, el propósito del Proyecto de Artículos es prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad.

En 2011, un *Core Group* de Estados (Argentina, Bélgica, Mongolia, Países Bajos, Eslovenia y Senegal, actualmente) lanzó una iniciativa internacional conocida como la "Iniciativa MLA", actualmente respaldada por 60 Estados provenientes de los cinco diferentes grupos regionales de Naciones Unidas. Como se afirma en la Declaración Permanente, en apoyo de la Iniciativa MLA, *"el marco legal existente para la asistencia judicial internacional en la investigación y el enjuiciamiento doméstico de [crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio] está desactualizado y resulta insuficiente (...)"*. Por lo tanto, en la Declaración se sugiere *"que la comunidad internacional de Estados inicien negociaciones sobre un tratado multilateral procedimental sobre asistencia legal mutua y extradición para cubrir esta brecha"*.

El tratado establecerá un conjunto uniforme, detallado y moderno de reglas restrictivas sobre la asistencia judicial internacional y la extradición de estos tres delitos, sobre la base de las definiciones existentes, que no se reabrirán, y sobre las disposiciones modernas de MLA y extradición, incluidas en los tratados penales internacionales más recientes y ampliamente, si no universalmente, ratificados.

El proyecto de la Comisión se centra en el crimen de lesa humanidad, su incriminación convencional universal, la prevención y el enjuiciamiento; mientras que la "Iniciativa MLA", tiene como objetivo proporcionar herramientas para la cooperación internacional entre los Estados que deseen reforzar lo antes posible el enjuiciamiento a nivel nacional por los tres delitos fundamentales internacionales, tal como están definidos actualmente, por tratados y el derecho internacional consuetudinario.

En conclusión, la "Iniciativa MLA" y el proyecto de la CDI tienen diferentes ámbitos, propósitos y dinámicas de negociación, y ambos merecen un examen claramente diferenciado por parte de la comunidad internacional, teniendo en cuenta su especificidad y la diferencia de foro en la que evolucionarán.