

Völkerrechtliche Beurteilung des argentinischen Gesetzes Nr.23.521 über die Gehorsamspflicht

(*obediencia debida*)

Juliane Kokott*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausdrückliche Strafverpflichtungen im Völkervertragsrecht
- III. Die Strafverpflichtung in der Entwicklung des allgemeinen Völkerrechts
 1. Völkergewohnheitsrecht aus Verträgen?
 2. Die besondere Kategorie der internationalen Verbrechen und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit
 3. Die internationale Praxis im Anschluß an die Nürnberger Prozesse
 4. Der interstate Strafanspruch im Fremdenrecht
 5. Zwischenergebnis
- IV. Strafverpflichtung und Amnestie-/Abolitionsgesetze
 1. Kein absolutes Verbot von Amnestien/Abolitionen
 2. Der staatliche Beurteilungs-/Ermessensspielraum
- V. Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte
 1. Die Amerikanische Menschenrechtskonvention
 2. Die Charta der Organisation Amerikanischer Staaten in Verbindung mit der Amerikanischen Erklärung über die Rechte und Pflichten des Menschen
- VI. Schlußfolgerungen für Argentinien
 1. Die Rechtsfigur der *obediencia debida*
 2. Staatlicher Ermessens-/Beurteilungsspielraum bei der nachträglichen Zusicherung von Straffreiheit

* Assessorin, Dr.iur., LL.M., wissenschaftliche Referentin am Institut.

Abkürzungen: AMRK = Amerikanische Menschenrechtskonvention; BGBl. = Bundesgesetzblatt; ETS = European Treaty Series; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; FAZ = Frankfurter Allgemeine Zeitung; IAGMR = Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte; IAKMR = Interamerikanische Kommission für Menschenrechte; IGH = Internationaler Gerichtshof; ILM = International Legal Materials; UNTS = United Nations Treaty Series; UST = United States Treaties and Other International Agreements; WVRK = Wiener Vertragsrechtskonvention.

3. Die Aufhebung des Gesetzes über die Gehorsamspflicht und das Rückwirkungsverbot, Art.9 AMRK

4. Völkerrechtliche Anspruchslegitimation

VII. Mögliche verfahrensrechtliche Schritte

Anhang: Ley de Punto Final (»Schlußstrichgesetz«) vom Dezember 1986

Ley de Obediencia Debida (»Gesetz über die Gehorsamspflicht«) vom 8. Juni 1987

I. Einleitung

Das argentinische Gesetz über die Gehorsamspflicht¹ sichert insbesondere Militärs bis zum Range eines Brigadegenerals Straffreiheit zu. Das Gesetz ist auch auf alle bereits anhängigen Strafverfahren, ungeachtet des Prozeßstandes, anwendbar. Umstritten ist das Gesetz vor allem deshalb, weil es Straffreiheit auch für während der Diktatur begangene flagrante Menschenrechtsverletzungen zusichert, wie grausame Folterungen und das Verschwindenlassen Hunderter von Personen.

Die Militärs hatten sich bereits kurz vor der Machtübernahme durch Alfonsín durch Gesetz vom September 1983 selbst für alle während des sogenannten »schmutzigen Krieges« begangenen Menschenrechtsverletzungen amnestiert². Dieses Selbstamnestiegesetz wurde jedoch im Dezember 1983 unter der Regierung Alfonsín für verfassungswidrig und nichtig erklärt³. In dem historischen Prozeß, in dem fünf Mitglieder der ehemaligen argentinischen Junta (Agosti, Lambruschini, Massera, Videla und Viola) wegen Menschenrechtsverletzungen zum Teil zu lebenslangen Freiheitsstrafen verurteilt wurden, bestätigte der argentinische Oberste Gerichtshof am 30. Dezember 1986 die Unbeachtlichkeit des von der Junta erlassenen Selbstamnestiegesetzes⁴.

Das Gesetz über die Gehorsamspflicht vom 8. Juni 1987 drückt eine rückläufige Tendenz aus im Hinblick auf die von Alfonsín zunächst eingeleitete, in Lateinamerika und wohl weltweit bislang einmalige rechtliche Behandlung von Menschenrechtsverletzungen einer abgetretenen Militärregierung. Es können jetzt nur noch kommandierende Generäle von Armeekorps sowie Chefs von Militärregionen und Sicherheitskräften belangt

¹ Ley Nr.23.521.

² Ley del gobierno de facto Nr.22.924.

³ Durch das Gesetz Ley Nr.23.040.

⁴ Das Urteil ist abgedruckt in der Revista Jurídica Argentina de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, La Ley vom 2.3.1987, S.3–22. Das Urteil der Vorinstanz, des argentinischen Bundesappellationsgerichts, findet sich in englischer Sprache in ILM26 (1987), S.317–373 mit einer aufschlußreichen Einführung von Enrique Dahl und Alejandro M. Garro.

werden, gut 20 Generale und Oberste im Ruhestand⁵. Von den übrigen Militärs, Sicherheits- und Polizeikräften, Personal von Strafanstalten und Lagern vermutet das neue Gesetz hingegen unwiderleglich, daß sie im Zustand des Zwanges, der Unterordnung unter den Vorgesetzten und in Ausführung von Befehlen handelten, ohne Befugnis oder Möglichkeit, diese auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen oder sich zu widersetzen. Auch Kommandanten von Internierungslagern bleiben nach dem neuen Gesetz straffrei. Das Gesetz über die Gehorsamspflicht geht noch über das im Januar erlassene »Schlußstrichgesetz«⁶ hinaus, das zunächst eine zeitliche Begrenzung für die Erhebung von Strafanzeigen vorsah. Erwähnenswert ist, daß die gesetzliche Vermutung bzw. Fiktion einer unausweichlichen Zwangslage auf Grund militärischen Befehls in Widerspruch steht zu den Feststellungen des argentinischen Obersten Gerichtshofs im dem eingangs erwähnten Urteil gegen fünf Mitglieder der ehemaligen Junta. Deren mittelbare Täterschaft bei den Menschenrechtsverletzungen wurde ausdrücklich abgelehnt. Die höchsten Militärs seien nur Teilnehmer, da die nicht zu beanstandende Beweiswürdigung durch das Bundesappellationsgericht ergeben habe, daß die nachgeordneten Befehlsempfänger umfassende Freiheit hatten, über das Schicksal der Ergriffenen zu entscheiden; d. h. sie konnten die Ergriffenen der »Exekutive zur Verfügung stellen«⁷, sie freilassen, der ordentlichen oder der Militärgerichtsbarkeit überantworten oder sie physisch »eliminieren«. Das Gesetz über die Gehorsamspflicht führt also dazu, daß niemand mehr als Täter der begangenen Menschenrechtsverletzungen qualifiziert werden kann. Die obersten Militärs sind mangels Tatherrschaft, so der Oberste Gerichtshof, nur Teilnehmer, die Ausführenden – gemäß dem neuen Gesetz – strafrechtlich nicht verantwortliche Werkzeuge.

⁵ Vgl. Bericht in der FAZ vom 6.6.1987, S.6, und Latin American Weekly Report vom 30.7.1987, S.6.

⁶ Ley de punto final = Ley Nr.23.492. Der Text des Gesetzes ist abgedruckt in der argentinischen Tageszeitung La Nación vom 29.12.1986, siehe unten S.534.

⁷ Die Präventivhaft in der Verfügungsgewalt der Exekutive (Poder Ejecutivo Nacional, kurz PEN) war ein besonders gefürchteter Zustand. Die Interamerikanische Menschenrechtskommission beschreibt in ihrem 1980 angenommenen Bericht über Argentinien verschiedene typische Fallkonstellationen von PEN-Häftlingen. Die IAKMR stellt dabei in einzelnen Beispielfällen die Verletzung z. B. der Rechte auf Leben und persönliche Sicherheit (Art.I); auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art.IX); auf ein faires Verfahren (Art. XVIII); und des Rechts auf Schutz vor willkürlicher Festnahme (Art. XXV) der Amerikanischen Erklärung über die Rechte und Pflichten des Menschen fest. Sie empfiehlt Argentinien die Ermittlung der Verantwortlichen und deren Bestrafung. Vgl. IAKMR, Report on the Situation of Human Rights in Argentina, S.144–166, OEA/Ser.L/V/II.49, Doc.19 corr.1, 11 april 1980, Original Spanisch.

Der argentinische Oberste Gerichtshof hat bereits über das Gesetz über die Gehorsamspflicht entschieden und es am 23. Juni 1987 mit 4:1 Stimmen für verfassungsgemäß erklärt⁸. Das Gesetz sei weder willkürlich, noch verletze es den Gleichheitssatz. Im übrigen beruft sich der Oberste Gerichtshof auf *judicial self-restraint*. Nach Auffassung des dissentierenden Richters verletzt das Gesetz dagegen den Grundsatz der Gewaltenteilung. Außerdem dürften in Fällen der Folter, die gemäß Art. 18 der argentinischen Verfassung für immer abgeschafft ist, keine »Amnestien« ergehen⁹. Schließlich sei die vorliegende »Amnestie« nicht allgemein (Art. 67 Ziff. 17 Verfassung), da sie an bestimmte militärische Dienstgrade anknüpft.

II. Ausdrückliche Strafverpflichtungen im Völkervertragsrecht

Im folgenden soll untersucht werden, ob das argentinische Gesetz über die Gehorsamspflicht gegen geltendes Völkerrecht verstößt. Das kommt in Betracht, wenn Argentinien durch die Zusage der Gewährung von Straffreiheit für die begangenen Menschenrechtsverletzungen gegen eine Verpflichtung zur Bestrafung verstößt. Zahlreiche internationale Abkommen verpflichten im gegenwärtigen Völkerrecht die Staaten, bestimmte Handlungen von Individuen in ihren nationalen Rechtsordnungen unter Strafe zu stellen. Genannt seien nur:

- die Konvention zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen (Haager Konvention) von 1970 (Art. 2), sowie
- die Konvention zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt (Montrealer Konvention) von 1971 (Art. 3)¹⁰;

⁸ Vgl. Bericht in *La Nación*, Edición Internacional, vom 29.6.1987, S. 1 und 5, sowie in der *New York Times* vom 24.6.1987, A 5. Zu den Reaktionen von Menschenrechtsgruppen in Argentinien auf das Gesetz schreibt die *New York Times*: "Human-rights groups, which bitterly denounced the due obedience law signed June 8 as a *de facto* amnesty for crimes against humanity, say the number of people who disappeared and are presumed dead is closer to 30,000. (A leading human-rights lawyer, Marcelo Parrilli, said the ruling would 'free hundreds of assassins', according to Reuters. 'This is a historic ruling, because from now on, Argentina is the only nation in the world where the use of torture is legal')."

⁹ Nach deutscher staatsrechtlicher Terminologie betrifft die Amnestie nur rechtskräftig erkannte Strafen. Die Aufhebung noch nicht abgeschlossener Strafverfahren, die das argentinische Gesetz ebenfalls verfügt, wird als Abolition bezeichnet.

¹⁰ BGBl. 1972 II, S. 1516, und BGBl. 1977 II, S. 1230.

- die Europäische Konvention zur Bekämpfung des Terrorismus von 1977 (Art.7)¹¹;
- die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes von 1948 (Art.3ff.)¹²;
- die im Rahmen der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) 1971 unterzeichnete Konvention zur Verhinderung und Unterdrückung von terroristischen Handlungen, die Verbrechen gegen (= international besonders geschützte =) Personen darstellen, sowie damit in Zusammenhang stehender Erpressungen, die internationale Auswirkungen haben (Art.7f.)¹³;
- die vier Genfer Rotkreuzkonventionen von 1949 zum Schutze der Kriegsgesopfer, die in Art.49ff., 50ff., 129ff. und 146ff. die Bestrafung schwerer Verletzungen vorsehen, darunter der Folter und unmenschlicher Behandlungen, sowie das erste Zusatzprotokoll von 1977 zu den Genfer Konventionen (Art.85ff.)¹⁴. Diese Genfer Regelungen gelten aber nur im bewaffneten internationalen Konflikt. Der sog. Krieg gegen die Subversion in Argentinien fällt nicht hierunter. Das Zweite Zusatzprotokoll zu den Genfer Rotkreuzkonventionen findet zwar auf interne bewaffnete Konflikte Anwendung, enthält aber gerade keine Verpflichtung zu strafen, sondern normiert im Gegenteil in Art.6 Ziff.5, daß nach Beendigung der Feindseligkeiten denjenigen, die am bewaffneten Konflikt teilgenommen haben, weitestmögliche Amnestie zu gewähren ist.

Von besonderer Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere die Konvention der Vereinten Nationen gegen die Folter, die am 4. Februar 1985 zur Unterzeichnung aufgelegt wurde (Art.4), und die Interamerikanische Konvention zur Verhinderung und Bestrafung der Folter, die am 9. Dezember 1985 auf der 15. Generalversammlung der Organisation Amerikanischer Staaten unterzeichnet wurde¹⁵. Art.6 der Interamerikanischen Konvention gegen die Folter sieht auch angesichts des schwer-

¹¹ BGBl.1978II, S.321; ETS Nr.90. Die Europäische Konvention ist auch abgedruckt in ZaöRV37 (1977), S.685ff., dazu T. Stein, Die Europäische Konvention zur Bekämpfung des Terrorismus, *ibid.*, S.668.

¹² BGBl.1954II, S.730; internationale Quelle: UNTS76, S.277.

¹³ Serie Sobre Tratados Nr.37, OEA (Organización de los Estados Americanos) Documentos Oficiales OEA/SER.A/17 (SEFP).

¹⁴ Die dritte und vierte Genfer Rotkreuzkonventionen finden sich in BGBl.1954II, S.730, und in BGBl.1956II, S.1586. Internationale Quelle der vier Abkommen: UNTS75, 31, 85, 135 und 287. Die beiden Zusatzprotokolle sind abgedruckt in ILM16 (1977), S.1391 und 1442.

¹⁵ United Nations: Convention against Torture, ILM23 (1984), S.1027; OAS: Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, ILM25 (1986), S.519. Die Konven-

wiegenden Charakters dieses Delikts ausdrücklich schwere Strafen für jedwede Folterungen und Folterversuche vor. Beide Konventionen gegen die Folter wurden zwar von zahlreichen Staaten, auch von Argentinien, unterzeichnet, sie waren aber weder zum Zeitpunkt der begangenen Folterungen, noch am 8. Juni 1987, als das Gesetz über die Gehorsamspflicht erlassen wurde, für Argentinien in Kraft.

Keines der genannten internationalen Abkommen ist also auf die Menschenrechtsverletzungen in Argentinien unmittelbar anwendbar, da entweder der Vertragsgegenstand hier nicht relevant ist oder aber es an der Vertragsbindung fehlt.

III. Die Strafverpflichtung in der Entwicklung des allgemeinen Völkerrechts

1. Völkergewohnheitsrecht aus Verträgen?

a) Allgemein

Der Abschluß zahlreicher Verträge zeigt immerhin, daß eine Strafverpflichtung dem modernen Völkerrecht nicht fremd ist. Darüber hinaus ist zu erwägen, ob unter bestimmten Umständen von einer Verpflichtung der Staaten nach allgemeinem Völkerrecht ausgegangen werden kann, bestimmte besonders gravierende und deshalb die Interessen der internationalen Gemeinschaft nachhaltig berührende Verhaltensweisen Einzelner im nationalen Recht unter Strafe zu stellen. Der Nachweis von Völkergewohnheitsrecht, hervorgegangen aus völkerrechtlicher Vertragspraxis, ist durchaus geführt worden¹⁶. Allerdings kann die Behauptung allein, auf einem bestimmten Rechtsgebiet bestehe schon eine ausgedehnte Vertragspraxis, einen nicht durch derartige Verträge unmittelbar gebundenen dritten Staat noch nicht zu einem entsprechenden Verhalten verpflichten. Vielmehr müßte behauptet werden können, die betreffende Vertragspraxis bestätige ein unabwendbares, intensives und als lebensnotwendig empfunde-

tion der Vereinten Nationen gegen die Folter ist am 26.6.1987 in Kraft getreten. Argentinien ist Vertragspartei.

¹⁶ Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht aus Verträgen K. Doehring, *Gewohnheitsrecht aus Verträgen*, ZaöRV 36 (1976), S.77–95 mit weiteren Nachweisen; T. Buergenthal/H. Maier, *Public International Law in a Nutshell* (1985), S.25f.; U. Scheuner, *Internationale Verträge als Elemente der Bildung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht* (1977), in: *Schriften zum Völkerrecht* (Hrsg. Chr. Tomuschat) (1984), S.247ff.

nes Interesse der Staatengemeinschaft oder auch ein solches Interesse, dem dasjenige an der Aufrechterhaltung der staatlichen Souveränität nicht in besonderem Maße entgegengesetzt werden kann. Es wird betont, daß gerade, weil das Völkerrecht keinen Gesetzgeber kenne, diese Grundgedanken der sogenannten Interessenjurisprudenz im Völkerrecht durchaus anwendbar seien¹⁷.

b) Interessenlage

Die aufgezählten, Strafverpflichtungen enthaltenden, Verträge können im Hinblick auf das zugrundeliegende Interesse der Staatengemeinschaft hier von Bedeutung sein. Sie sollen durch die präventive Wirkung des Strafrechts rechtswidrige Akte gegen die zivile Luftfahrt, Völkermord, Terrorismus, Folter und unmenschliche Behandlungen verhüten. Sie dienen somit letztlich alle dem Schutz des Menschen und der Menschenrechte in einem weiteren Sinne. Ihr Schutzzweck geht über das Schutzinteresse nur einzelner Staaten bzw. nur der Vertragspartner hinaus. Auch die primär die zwischenstaatliche Zusammenarbeit regelnden Abkommen über die zivile Luftfahrt bezwecken doch letztlich die Verhütung terroristischer Akte gegen unbeteiligte Zivilpersonen. Hiermit sollte nur beispielhaft gezeigt sein, daß das Schutzobjekt eines solchen Vertrages über den Vertragsgegenstand im engeren Sinne hinausweist. Alle diese Verträge können durchaus als »humanitäre« Verträge im weitesten Sinne qualifiziert werden. Gerade der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat ausführlich den besonderen Charakter moderner humanitärer Verträge betont¹⁸. Sie sind nicht nur mehrseitige Verträge traditioneller Art, die ausschließlich zur Durchführung des gegenseitigen Austauschs von Rechten und zum wechselseitigen Nutzen der vertragsschließenden Staaten geschlossen werden. Das Reziprozitätselement als Ausdruck staatlicher Anspruchsbeschränkung ist hier für die Schutzwirkung des Vertrages nicht mehr von allein entscheidender Bedeutung. Humanitäre Verträge im weitesten Sinne dienen letztlich einem Interesse der gesamten Staatengemeinschaft. Wenn auch regelmäßig angenommen werden kann, daß Verträge nur die damit rechtlich geschützten Interessen der Vertragspartner betreffen, ihr Abschluß auf dem souveränen Recht beruht, über den Vertragsge-

¹⁷ Doehring, S.93–94.

¹⁸ Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Gutachten vom 24.9.1982, Nr.OC-2/82, Die Wirkung von Vorbehalten auf das Inkrafttreten der Amerikanischen Konvention (Art.74, 75 AMRK), EuGRZ 11 (1984), S.202–207 (Ziff.29–33).

genstand verfügen zu können, und die Staaten daher nicht bereit sind, mehr als ausdrücklich übernommene Pflichten zuzugestehen, gilt das doch in dieser Striktheit bei Verträgen nicht, deren Ziel es letztlich ist, die Staatengemeinschaft insgesamt zu schützen. Für humanitäre Verträge gilt insbesondere der Grundsatz nicht, daß die Nichterfüllung durch einen Partner den anderen zur Nichterfüllung berechtigt¹⁹. Die aufgezählten Abkommen sind deshalb in besonderem Maße für den Nachweis der Möglichkeit des Entstehens von allgemeinem Völkerrecht aus einer Vertragspraxis geeignet, deren Motive auf einem Schutzgedanken für die gesamte Menschheit beruhen. Ihnen ist eine allgemeine und weltweite Auffassung über die Strafwürdigkeit unter anderem der Folter und der unmenschlichen Behandlung durchaus zu entnehmen. Die große Zahl entsprechender nationaler Strafvorschriften könnte darüber hinaus auf den Bestand einer Strafverpflichtung – auch im Sinne eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes (Art.38 Abs.1 c IGH-Statut) – hindeuten, wobei die Berufung auf ein solches *general principle of law*, außer im Rahmen des fremdenrechtlichen diplomatischen Schutzes, bisher nicht erwartet werden konnte, weil die Behandlung der eigenen Staatsangehörigen traditionell zum *domaine réservé* der Staaten zählt. So ist es auch zu erklären, daß die genannten Abkommen, mit Ausnahme der modernen Folterkonventionen, das Recht auf Leben und persönliche Integrität nur in bestimmten Situationen mit internationalem Bezug schützen.

Im Falle Argentiniens kommen überdies noch eine Reihe weiterer Gesichtspunkte hinzu, die dafür angeführt werden könnten, daß das materielle Völkerrecht die Bestrafung der während des sogenannten »schmutzigen Krieges« begangenen Menschenrechtsverletzungen fordern könnte.

Es sei aber hier schon darauf hingewiesen, daß aus einer Strafpflicht, falls man eine solche annimmt, nicht notwendigerweise auch ein absolutes Amnestie-/Abolitionsverbot folgt.

2. Die besondere Kategorie der internationalen Verbrechen und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Von Bedeutung ist, daß es sich im Hinblick auf Argentinien um systematische und massenhafte Verstöße gegen fundamentalste Menschenrechte handelt. Die Verletzungen sind nach Qualität und Quantität so schwerwiegend, daß sie die Interessen der sich des Gewichts der Menschenrechte immer bewußter werdenden internationalen Gemeinschaft sogar in noch

¹⁹ Vgl. Art.60 Abs.5 WVRK.

stärkerem Maße berühren als die oben unter II. aufgezählten Abkommen, die ausdrücklich Strafpflichten der Staaten normieren²⁰.

Das moderne Völkerrecht zeigt die Tendenz, zwischen internationalen Verbrechen und internationalen Delikten zu unterscheiden, wobei über die Rechtsfolgen bei Vorliegen eines *international crime* keine volle Klarheit besteht. Unter die internationalen Verbrechen fällt gemäß Art.19 Abs.3c des Entwurfs der International Law Commission über die Staatenverantwortlichkeit auch²¹: eine schwere, massenhaft auftretende Verletzung einer internationalen Verpflichtung, die von wesentlicher Bedeutung für den Schutz des menschlichen Wesens ist, sowie das Verbot der Sklaverei, des Völkermordes und der Apartheid. Dabei sind die drei genannten völkerrechtlichen Verbote nur beispielhaft aufgezählt. Von besonderem Interesse sind hier die Berichte der Menschenrechtsorganisationen, insbesondere der Interamerikanischen Menschenrechtskommission, um die in Argentinien vorgekommenen massenhaften Menschenrechtsverletzungen in ihrer Schwere den in Art.19 Abs.3c des Entwurfs ausdrücklich genannten gleichzuachten. Bei der Bedeutung, die den Menschenrechten in der Entwicklung des Völkerrechts nach dem Zweiten Weltkrieg zugemessen wird, kann sich demgegenüber ein Staat schwerlich darauf berufen, es handle sich bei den von ihm begangenen oder geduldeten Menschenrechtsverletzungen ganz überwiegend um eigene Staatsangehörige, und deshalb fehle die internationale Dimension. Es handelt sich in jedem Falle um internationale Verbrechen im Rahmen der Untergruppe der Verbrechen gegen die Menschlichkeit²². Das Internationale Militärgericht in Nürnberg hatte

²⁰ Zur Maßgeblichkeit des Interesses der Staaten bei der Entwicklung von allgemeinem Völkerrecht aus Verträgen vgl. Doehring (Anm.16), S.86ff. Ähnlich G. E. Do Nascimento e Silva, *Treaties as Evidence of Customary International Law*, in: *Le Droit International à l'Heure de sa Codification, Etudes en l'Honneur de Roberto Ago*, Bd.1 (1987), S.387ff. (391) unter Berufung darauf, daß der IGH im *Continental Shelf-Fall* (1969) die *opinio iuris* als wesentlich für die Entstehung von Gewohnheitsrecht aus Verträgen angenommen hat.

²¹ Vgl. Art.19 des Entwurfs, YILC 1980II (Part 2), S.30–34, Doc.A/35/10, Chap.III. Zur Unterscheidung zwischen Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit und allgemein zur Staatenverantwortlichkeit, siehe auch Kolloquium über Staatenverantwortlichkeit, ZaöRV 45 (1985), S.193–371; auf S.357ff. ist der ILC-Entwurf abgedruckt. Art.14 des Teils 2 des ILC-Entwurfs (*ibid.* S.370f.) regelt die Folgen internationaler Verbrechen allerdings nur im traditionellen zwischenstaatlichen Verhältnis und enthält keine Vorschrift über eine Strafpflicht.

²² Zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit H.-H. Jescheck, *International Crimes, 3c) Crimes against Humanity*, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law (EPIL)*, Instalment 8 (1985), S.334; S. Glaser, *L'imprescriptibilité des crimes de guerres et des crimes contre l'humanité et l'extradition de leurs auteurs à la lumière du*

zwar den neuen Begriff »Verbrechen gegen die Menschlichkeit« nicht auf Mißhandlungen der eigenen Staatsangehörigen anwenden wollen. Diese Einschränkung wurde aber durch Kontrollratsgesetz Nr.10 vom Dezember 1945 schon für die nachfolgenden Nürnberger Prozesse vor amerikanischen Richtern ausdrücklich unterbunden und hat keine Grundlage im geltenden Völkerrecht²³. Das Vorliegen von Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist, neben der oben genannten Entwicklung des Völkervertragsrechts bezüglich Folter, Terror und unmenschlicher Behandlung, ein zusätzliches Argument, das gleichfalls auf der oben schon erwähnten Interessentheorie beruht und die These einer völkerrechtlichen Verpflichtung Argentiniens zur Bestrafung in zumindest schlüssiger Weise zu stützen vermag.

3. Die internationale Praxis im Anschluß an die Nürnberger Prozesse

Hingewiesen sei des weiteren auf die Praxis der Staaten und der Organe der Vereinten Nationen im Anschluß an die Nürnberger Prozesse²⁴. Beschlüsse der Generalversammlung, des Wirtschafts- und Sozialrates und der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen drücken wiederholt und entschieden das Bestreben aus, daß keiner, der sich während der Nazi-Zeit der Begehung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht hat, der Bestrafung entgehe, wo immer er sich aufhalte und wann immer er entdeckt werde. Die Bemühungen der Vereinten Nationen und der, wegen sie besonders treffender Massenvernichtungen vorrangig interessierten östlichen Staaten gipfelten in der Konvention über die Nichtanwendbarkeit von *statutory limitations* auf Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit²⁵. *Statutory limitations* betrifft in erster Linie Verjährungsvorschriften und ist auch im historischen Kontext der drohenden Verjährung der national-sozialistischen

droit international, Schweizer Zeitschrift für Strafrecht, 90 (1974), S.24–47; J. Graven, Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription? Schweizer Zeitschrift für Strafrecht, 81 (1965), S.113–178.

²³ Vgl. B. Ferencz, Crimes against Humanity, in: EPIL, Instalment 8 (1985), S.107–109 (108).

²⁴ Dazu F. Ermacora, Die Verjährung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vor Organen der Vereinten Nationen, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 17 (1967), S.27–44 mit zahlreichen Nachweisen und Zitaten.

²⁵ ILM8 (1969), S.68. Die Konvention trat am 11.11.1970 nach Hinterlegung des Zehnten Ratifikations- oder Beitrittsinstruments in Kraft. Zum gegenwärtigen Ratifikationsstand vgl. ILM25 (1986), S.767.

Verbrechen nach deutschem Recht so zu verstehen. Trotzdem sei darauf hingewiesen, daß *limitation* vom Wortsinn her ganz allgemein Begrenzung oder Einschränkung bedeutet und in diesem Sinne auch Amnestie- oder Abolitionsgesetze umfassen kann²⁶. Außerdem spricht viel dafür, daß unverjähbare Strafen – erst recht – von Amnestien und Abolitionen ausgenommen werden müssen²⁷, insbesondere, wenn die Zusicherung der Straffreiheit nach relativ kurzer Zeit erfolgt. Das völkerrechtliche Verbot gesetzlicher Einschränkungen der Strafbarkeit aber setzt einen völkerrechtlichen Strafanspruch voraus, über den der nationale Gesetzgeber nicht verfügen kann²⁸.

Einwenden läßt sich, daß die Konvention über die Nichtanwendbarkeit von *statutory limitations* auf Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit bislang nur von 28 Staaten, und zwar ganz überwiegend von Ostblockstaaten, ratifiziert wurde, und daß sie in den politischen Kontext der Nachkriegszeit einzuordnen ist²⁹. Sie kann aber immerhin ein zusätzliches Argument für die Entwicklung des allgemeinen Völkerrechts bezüglich einer Strafpflicht bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit liefern, das bei der Auslegung vertraglicher Menschenrechtsbestimmungen zumindest nicht übersehen werden sollte.

4. Der interstaatliche Strafanspruch im Fremdenrecht

Aus der Staatenpraxis läßt sich nachweisen, daß die durch Maßnahmen gegenüber ihren eigenen Staatsangehörigen verletzten Staaten regelmäßig eine Bestrafung der Schuldigen jedenfalls in Fällen fordern, in denen Staatsorgane die Täter waren³⁰. Insoweit gehört sicherlich ein – interstaat-

²⁶ Auch Glaser (Anm.22), S.24, bemängelt die mißverständliche, weil zu enge Übersetzung von "Statutory limitations" mit «imprescriptibilité» (Unverjährbarkeit).

²⁷ So Klaus Marxen, Rechtliche Grenzen der Amnestie, Beiträge zu neueren Entwicklungen der Rechtswissenschaft, 13 (1984), S.58.

²⁸ Vgl. dazu auch den allerdings stark politisierenden Artikel von G. Wielandt, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind universell und unbefristet zu verfolgen, Neue Justiz 1978, S.416–421 (419). Siehe auch Slavomir Dabrowna, UN Convention on Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes – Present State and Prospects for Its Implementation, Polish Yearbook of International Law, 4 (1971), S.171–186. Der historisch-politische Kontext der Verjährungsdebatte ist offensichtlich.

²⁹ Immerhin sind von Staaten auch außerhalb des östlichen Lagers mittlerweile u.a. Bolivien (1983), Indien (1971), Kenia (1972), die Philippinen (1971) und St. Vincent und die Grenadinen (1981) beigetreten.

³⁰ Zahlreiche Nachweise aus der Staatenpraxis finden sich bei F. Wedler, Der Interstaatliche Strafanspruch in der Staatenpraxis (Diss. Heidelberg 1971).

licher – Strafanspruch zum allgemeinen Völkerrecht. In Argentinien gehörten die zu beurteilenden Menschenrechtsverletzungen zu einer von den höchsten staatlichen Stellen geplanten und angeordneten Strategie der Einschüchterung. Jeder Staat, dessen Angehörige während des »schmutzigen Krieges« in Argentinien Menschenrechtsverletzungen erlitten, könnte deshalb die Identifizierung und Bestrafung der Verantwortlichen verlangen. Dieser interstaatliche Strafanspruch ist nach der Staatenpraxis keinesfalls nur bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit, sondern bei allen einem Staat zurechenbaren Fremdenrechtsverletzungen nachweisbar.

Es wird nun zwar traditionell streng zwischen dem Fremdenrecht und allgemeinen Menschenrechten unterschieden, was einer Gleichsetzung von Fremdenrechtsverletzungen mit Menschenrechtsverletzungen entgegenstehen könnte. Im klassischen Fremdenrecht sind die Staaten die Rechtsträger und gegebenenfalls Anspruchsinhaber, ihre Angehörigen hingegen nur begünstigt durch die schützende Reflexwirkung der Ansprüche ihres Heimatstaats. Die Menschenrechte sind neu und wesensmäßig verschieden von diesem traditionellen zwischenstaatlichen Recht, indem der Einzelne durch ihre Anerkennung zum Träger internationaler Rechtsverbürgungen wird³¹. Trotzdem erscheint es nicht gerechtfertigt, diesen menschenrechtlichen Garantien gegenüber dem allgemeinen Fremdenrecht deswegen einen geringeren Schutz einzuräumen, weil ein diesen Schutz ausübender Heimatstaat bei der Verletzung eigener Staatsangehöriger nicht vorhanden ist. Es erscheint durchaus vertretbar, Menschenrechtsverletzungen, insbesondere Verbrechen gegen die Menschlichkeit, zumindest in gleichem Maße wie Fremdenrechtsverletzungen einer strafrechtlichen Sanktion zugänglich zu machen. Der für die Praxis bedeutsamere Unterschied zwischen dem Fremdenrecht und den Menschenrechten liegt letztlich in der internationalen Anspruchslegitimation, dem *standing*, und der Rechtsträgerschaft. Es sei aber darauf hingewiesen, daß eine neuere und wohl allgemein akzeptierte Auffassung auch bei Fremdenrechtsverletzungen zwei Verletzte annimmt, das Individuum und den Heimatstaat, wobei letzterer beide Ansprüche geltend macht. Wenn bei Menschenrechtsverletzungen der Heimatstaat die Verletzung des Menschen geltend machen und einen entsprechenden Strafanspruch erheben kann, ist schwer einzusehen, daß dort, wo kein Heimatstaat in diesem Sinne vorhanden ist, auch keine Strafpflicht besteht. Insoweit könnte der interstaatliche Strafanspruch im Frem-

³¹ Zu dieser Entwicklung vgl. L. Sohn, *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than States*, *The American University Law Review*, 32 (1982), S.1–64.

denrecht ein zusätzliches Argument für einen Strafanspruch bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen.

5. Zwischenergebnis

Durchaus schwerwiegende Gründe sprechen dafür, daß Argentinien aus Gründen des materiellen Völkerrechts zur Bestrafung der massenhaft vorgekommenen Menschenrechtsverletzungen höchst gravierender Art verpflichtet sein kann.

IV. Strafverpflichtung und Amnestie-/Abolitionsgesetze

1. Kein absolutes Verbot von Amnestien/Abolitionen

Aus einer völkerrechtlichen Verpflichtung zu strafen kann, worauf bereits hingewiesen wurde, nicht ohne weiteres auch auf ein absolutes Verbot von Amnestien und Abolitionen geschlossen werden. Diese können vielmehr, gerade wenn ein neues demokratisches Regime nach einer Periode bürgerkriegsähnlicher Zustände an die Macht gekommen ist, ein angemessenes Mittel zur inneren Befriedung sein. Das erkennt Art.6 Ziff.5 des Zweiten Zusatzprotokolls (1977) zu den Genfer Rotkreuzkonventionen von 1949, das auf interne Konflikte anwendbar ist, ausdrücklich an.

Man sollte vielleicht auch abgrenzen zu einem Regime, das für Folter und ähnliche Menschenrechtsverletzungen von vornherein keine Strafen vorsieht oder vorhandene nationale Strafvorschriften nicht durchsetzt, weil es die Menschenrechtsverletzungen duldet. Hier ist die Nichtbestrafung, im Vergleich zu einem Regime, welches nach einem Übergang von einer Militärjunta zu einer demokratischen Regierung Amnestie- oder Abolitionsgesetze erläßt, verstärkt als Zurechnungsfaktor relevant. Zu beachten ist aber auch, daß die präventive Wirkung von Strafen auch durch die Zusicherung von Straffreiheit nach Regierungswechseln gemindert wird. Das gilt insbesondere, wenn außerordentliche Regierungswechsel, wie in Lateinamerika, nicht eben selten sind. Außerdem könnte die Nichtbestrafung, wie dargelegt, einen neben den einem Staat durch Duldung oder Unterlassen zurechenbaren Menschenrechtsverletzungen selbständigen Verstoß gegen eine völkerrechtliche Verpflichtung darstellen. Erwähnt sei aber auch, was gegen ein aus einer Strafverpflichtung erwachsendes völkerrechtliches Amnestie-/Abolitionsverbot angeführt werden könnte, nämlich daß, soweit ersichtlich, bislang kein anderer Staat gegen das argentinische Gesetz über die Gehorsampflicht protestiert hat. Des weiteren erge-

hen gerade in Lateinamerika nicht selten – allgemeine – Amnestiegesetze nach Umstürzen oder im Rahmen eines augenscheinlich angestrebten Übergangs zur Demokratie, ohne daß international Protest erhoben wird.

Auf der anderen Seite wäre eine angenommene völkerrechtliche Strafverpflichtung weitgehend inhaltsleer, wenn sich die Staaten ihr durch unter allen Umständen und jederzeit zulässige Amnestie- oder Abolitionsgesetze entziehen könnten. Strafverpflichtung und nachträgliche Zusicherung der Straffreiheit stehen also in einem gewissen Widerspruch zueinander. Man könnte außerdem behaupten, daß, da über einen völkerrechtlichen Strafanspruch nur völkerrechtlich, nicht aber durch innerstaatliche Gesetze oder Maßnahmen disponiert werden kann³², bei Straffreiheit nationales Recht und Völkerrecht in einen Gegensatz geraten.

2. Der staatliche Beurteilungs-/Ermessensspielraum

Wegen der aufgezeigten Interessenkollision, die sich zwischen nationalem Recht und Völkerrecht ergeben kann, muß wohl ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum bei der Abwägung zwischen dem Strafanspruch und wichtigen nationalen Belangen, wie der Konsolidierung eines neuen demokratischen Regimes, zugestanden werden. Wo die Grenzen dieses Spielraumes zu ziehen sind, kann nur im Einzelfall festgestellt werden, wobei man durchaus zu verschiedenen Auffassungen gelangen kann.

Welches Ergebnis im konkreten Fall für Argentinien's Rechtslage angenommen werden könnte, wird unten, nach Berücksichtigung der Verpflichtungen Argentinien's aus dem interamerikanischen System zum Schutz der Menschenrechte, dargelegt.

V. Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte

Argentinien könnte durch Erlaß des Gesetzes über die Gehorsampflicht bzw. durch weitgehende Nichtbestrafung der Menschenrechtsverletzungen gegen aus dem interamerikanischen System zum Schutz der Menschenrechte sich ergebende Verpflichtungen verstoßen.

³² Das wird vorwiegend von östlicher Seite vorgebracht. Vgl. Lekschas/Renneberg/Schulz, Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit verjähren nicht, Staat und Recht, 18 (1969), S.4–28 (21), und Wielandt (Anm.28), S.416–421 (419).

1. Die Amerikanische Menschenrechtskonvention³³

Eine solche Verpflichtung könnte sich aus der Amerikanischen Menschenrechtskonvention ergeben, der Argentinien am 5. September 1984 beigetreten ist. Die AMRK enthält keine ausdrückliche Verpflichtung, bestimmte Menschenrechtsverletzungen unter Strafe zu stellen. Sie statuiert in den Art. 4 und 5 aber das Recht auf Leben und das Verbot der Folter sowie unmenschlicher, grausamer und entwürdigender Behandlungen. Aus diesen Verpflichtungen ließe sich möglicherweise als Sekundärpflicht auch die Pflicht zur Bestrafung von schwerwiegenden Verletzungen des Rechts auf Leben und des Folterverbotes herleiten. Zu beachten ist aber, daß Argentinien erst seit 1984 durch die Amerikanische Menschenrechtskonvention gebunden ist. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, Sekundärverpflichtungen aus Verstößen gegen das Recht auf Leben und das Folterverbot, die vor 1984 begangen wurden, aus der Amerikanischen Konvention abzuleiten. Denn dadurch würde man der AMRK in gewisser Weise eine von den Staaten kaum beabsichtigte Rückwirkung zuerkennen.

2. Die Charta der Organisation Amerikanischer Staaten in Verbindung mit der Amerikanischen Erklärung über die Rechte und Pflichten des Menschen³⁴

Das Gesetz über die Gehorsamspflicht, das höchst gravierende Menschenrechtsverletzungen in weitgehendem Ausmaß straffrei stellt, könnte gegen Verpflichtungen Argentiniens aus der Charta der OAS in Verbindung mit der Amerikanischen Erklärung über die Rechte und Pflichten des Menschen verstoßen. Hier ergeben sich sogleich zwei rechtliche Probleme.

³³ Die Amerikanische Menschenrechtskonvention wurde am 22.11.1969 unterzeichnet und trat am 18.7.1978 in Kraft. Eine deutsche, auf der englischen Fassung basierende Übersetzung der Konvention ist abgedruckt in EuGRZ 7 (1980), S.435. Es ist aber vielfach ratsam, den spanischen Originaltext heranzuziehen. Manual de las Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, 27, OEA/Ser.LV/II, 65, Doc.6, Julio 19, 1985, Original Spanisch.

³⁴ Die beiden Dokumente sind abgedruckt in Buergenthal/Norris/Shelton, Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems (1986), S.232ff.

a) Bindungskraft

Die Charta der OAS ist zwar ein Argentinien schon im Zeitpunkt des »schmutzigen Krieges« bindender völkerrechtlicher Vertrag. Sie enthält aber nur sehr allgemeine Bestimmungen zur Beachtung der Menschenrechte, aus denen sich schwerlich eine Verpflichtung zur Bestrafung der Verletzung bestimmter Menschenrechte herleiten läßt³⁵. Die Amerikanische Erklärung über die Rechte und Pflichten des Menschen normiert hingegen eine Reihe spezifischer Menschenrechte, darunter die Rechte auf Leben, Freiheit und persönliche Sicherheit und auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. I, IX). Doch dieses Dokument wurde 1948 nur in Form eines unverbindlichen Konferenzbeschlusses von den Außenministern der amerikanischen Staaten angenommen.

Man muß immerhin folgende Besonderheit des interamerikanischen Systems beachten. Die Charta der OAS wurde durch das Protokoll von Buenos Aires mit Wirkung zum 27. Februar 1970 geändert. Diese Änderung der Charta stärkte das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte außerordentlich, denn die seit 1960 ohne vertragliche Basis bestehende Interamerikanische Menschenrechtskommission wurde in den Status eines Hauptorgans der Charta, der Verfassung der Organisation Amerikanischer Staaten, erhoben (Art. 51 e). Von besonderer Bedeutung ist dabei Art. 150 der geänderten Charta, der auf die »gegenwärtige Interamerikanische Menschenrechtskommission« Bezug nimmt, ohne deren Struktur, Zuständigkeit und Verfahren näher zu bestimmen. Deshalb kann Art. 150 nur die Kommission, wie sie nach Maßgabe ihres Statuts besteht und arbeitet, meinen. Insoweit inkorporiert der Terminus »die gegenwärtige Interamerikanische Menschenrechtskommission« das Statut der Kommission in die Charta der OAS. Das Statut der Kommission verwies wiederum und verweist noch heute für die Menschenrechtsverpflichtungen der Staaten, die die AMRK noch nicht ratifiziert haben, auf die Amerikanische Menschenrechtserklärung³⁶. Daraus wird geschlossen, daß Art. 150 der Charta auch die »Amerikanische Menschenrechtserklärung inkorporiert

³⁵ Vgl. die Präambel und Art. 3 (j) und 16 der Charta.

³⁶ Art. 1 Abs. 2 des gegenwärtigen Statuts der Kommission lautet: "(2) For the purpose of the present Statute, human rights are understood to be: a) The rights set forth in the American Convention on Human Rights, in relation to the States Parties thereto; b) the rights set forth in the American Declaration of the Rights and Duties of Man, in relation to the other member states".

und sie an der vertraglichen Bindungskraft der Charta teilhaben läßt³⁷. Daraus folgt für Argentinien, daß auch schon in der Zeit von 1970 bis 1984, in der die hier in Frage stehenden Menschenrechtsverletzungen begangen wurden, vertragliche Verpflichtungen zur Beachtung und zum Schutz der in der Amerikanischen Erklärung über die Rechte und Pflichten des Menschen garantierten Individualrechte bestanden. Seit 1984 wird diese Verpflichtung durch die Bindung Argentiniens an die AMRK überlagert. Diese Auslegung der Amerikanischen Menschenrechtserklärung als bindendes völkerrechtliches Dokument entspricht der ständigen Praxis der Interamerikanischen Menschenrechtskommission, die die Erklärung wie einen Vertrag anwendet und die Staaten wegen Verletzung der in der Erklärung enthaltenen Menschenrechte rügt.

b) Auslegung der Amerikanischen Menschenrechtserklärung im Lichte der Entwicklung des allgemeinen Völkerrechts

Die Amerikanische Menschenrechtserklärung enthält keine ausdrückliche Strafverpflichtung, also auch keine ausdrückliche Verpflichtung zur Bestrafung massenhafter Menschenrechtsverletzungen höchst gravierender Art. Beachtlich aber können im vorliegenden Zusammenhang die Rechte auf Leben, Freiheit und persönliche Sicherheit, auf Freizügigkeit und auf Unverletzlichkeit der Wohnung sein (Art. I, VIII, IX Amerikanische Erklärung).

Die Folter verbietet die Amerikanische Menschenrechtserklärung zwar nicht ausdrücklich; ein solches Verbot wird aber zweifellos vom Recht auf Leben, Freiheit und persönliche Sicherheit (Art. I) umfaßt.

Die genannten Bestimmungen der Amerikanischen Menschenrechtserklärung könnten nun im Lichte des allgemeinen Völkerrechts dahin auszulegen sein, daß sie auch eine Strafpflicht der Staaten bei schweren Verstößen umfassen. Die Annahme erscheint vertretbar, daß die Erklärung nicht hinter dem Standard des allgemeinen Völkerrechts zurückbleiben wollte. So hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, daß sich unter Umständen aus der bloßen Verpflichtung zur Achtung eines

³⁷ Die vertragsgleiche Wirkung der Amerikanischen Menschenrechtserklärung wurde insbesondere vom gegenwärtigen Präsidenten des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Thomas Buergenthal, angenommen. Vgl. T. Buergenthal, *The Revised OAS Charter and Human Rights*, AJIL 69 (1975), S.828-836, und ders., *Menschenrechtsschutz im interamerikanischen System*, EuGRZ 11 (1984), S.169-189 (183). Siehe auch J. Kokott, *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.92) (1986), S.25f.

Menschenrechts eine staatliche Strafpflicht ergibt³⁸. Diese Entscheidung, die sich auf eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts bezieht (Art.8 EMRK), ist aber wohl angesichts ihrer besonders gelagerten Fallkonstellation kaum verallgemeinerungsfähig, so daß sich aus ihr keine generelle Strafpflicht bei der Verletzung jedweder Menschenrechte ableiten läßt. Im vorliegenden Fall ist aber, falls man der Auffassung folgt, wonach schon das allgemeine Völkerrecht eine Strafverpflichtung enthält, in Erwägung zu ziehen, die materiellen Menschenrechtsverpflichtungen von Staaten, die sich durch ein vertraglich begründetes Menschenrechtsschutzsystem in besonderem Maße gebunden haben, in Übereinstimmung mit allgemeinem Völkerrecht auszulegen; gerade bei Abkommen, die letztlich humanitären Schutz bezwecken, erscheint eine so erweiternde Auslegung, d.h. eine solche, die dem Schutzzweck noch intensiver entspricht, zulässig. So würde jedenfalls schlüssig argumentiert werden können, daß Argentinien eine Strafverpflichtung auch durch das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte auferlegt ist.

c) Die »Empfehlungen« der Interamerikanischen Menschenrechtskommission zur Bestrafung

Dieses so begründbare Ergebnis scheint noch durch die Praxis der Interamerikanischen Menschenrechtskommission bestätigt. Die Kommission »empfiehlt« bei Fällen der Folter und des Verschwindenlassens von Personen den Staaten regelmäßig, die Verantwortlichen zu identifizieren und mit aller Strenge des Gesetzes zu bestrafen³⁹. Das hat sie auch in dem hier einschlägigen Bericht über die Lage der Menschenrechte in Argentinien auf der Grundlage eines Besuches dieses Landes im September 1979 getan⁴⁰.

³⁸ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, *X und Y gegen die Niederlande*, Serie A der Veröffentlichungen des Gerichtshofs, Bd.91, Ziff.24 ff. = EuGRZ 12 (1985), S.297, und dazu *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar (1985), Rz.8 zu Art.8.

³⁹ Vgl. hierzu die Jahres- und Länderberichte der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte, die von der OAS in unregelmäßigen Abständen in spanischer und englischer Sprache herausgegeben werden. Die »Empfehlungen« erscheinen bei den Länderberichten jeweils am Schluß.

⁴⁰ IAKMR, Report on the Situation of Human Rights in Argentina, OEA/Ser.L/V/II.49, Doc.19 corr.1, 11 april 1980, S.265, und speziell unter Bezug auf einen auch *incommunicado* gehaltenen PEN-Häftling (Anm.7), S.147.

aa) Rechtscharakter der »Empfehlungen«

a) *Gegenüber Vertragsstaaten:* Man könnte nun fragen, ob Argentinien durch die Nichtbestrafung eine eigenständige, aus den »Empfehlungen« der Interamerikanischen Menschenrechtskommission erwachsene völkerrechtliche Pflicht verletzt. Bei Staaten, die der AMRK beigetreten sind, ließe sich diese Auffassung im Hinblick auf die Formulierung des Art.51 Abs.2 AMRK durchaus vertreten. Danach setzt die Kommission dem betreffenden Staat eine Frist, innerhalb derer er ihren »Empfehlungen« »nachkommen muß«⁴¹. In einem gewissen Widerspruch zu dieser Schlußfolgerung stünde allerdings, daß auch in Art.51 nur von »Empfehlungen« (*recomendaciones*) die Rede ist. Jedenfalls aber ist Argentinien der Amerikanischen Menschenrechtskonvention erst 1984 beigetreten, so daß eine unmittelbare Bindung an »Empfehlungen«, auch wenn man eine solche annimmt, nicht in Betracht kommt.

b) *Gegenüber Mitgliedstaaten:* Argentinien war zum maßgeblichen Zeitpunkt nur Mitgliedstaat der OAS und nicht der Konvention⁴². In Bezug auf solche Mitgliedstaaten fehlt eine entsprechende Regelung, wonach ein Staat die empfohlenen Maßnahmen ergreifen »muß«. Eine rechtlich bindende Verpflichtung, empfohlene Bestrafungen durchzuführen, ließe sich allenfalls daraus herleiten, daß alle Mitglieder der Organisation Amerikanischer Staaten die Interamerikanische Menschenrechtskommission in der Charta, ihrer Verfassung, als das maßgebliche Organ im Bereich der Menschenrechte anerkannt haben (Art.51 e, 112, 150 Charta). Aber ein solches

⁴¹ Die spanische Originalfassung lautet: «Artículo 51: 1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe». (Hervorhebung von der Verf.).

⁴² Die Amerikanische Menschenrechtskonvention, Statut und Verfahrensordnung der Interamerikanischen Menschenrechtskommission unterscheiden durchgehend zwischen »Vertragsstaaten« (Estados Partes), und »Mitgliedstaaten« (Estados miembros). – Zu der erstaunlichen Tatsache, daß die AMRK auch Regelungen für die übrigen Mitgliedstaaten der OAS enthält, die die Konvention nicht ratifiziert haben, vgl. J. Kokott, *Le système interaméricain de protection des droits de l'homme*, Recueil des Cours, Textes et Sommaires, Institut International des Droits de l'Homme, 6–31 juillet 1987, S.13 f.

Argument, mit dem zwar die Bindung an die Menschenrechtserklärung begründet werden kann, ist für eine solche auch an die »Empfehlungen« der Kommission nicht voll überzeugend.

c) *Verweis auf das nationale Strafrecht*: Erwähnt sei aber noch und trotz der Zweifel an der Bindung Argentiniens an »Empfehlungen«, daß die Kommission regelmäßig Bestrafung mit aller Strenge des Gesetzes empfiehlt, worin ein Verweis auf das nationale Recht gesehen werden kann⁴³. Sieht nun das nationale Gesetz Amnestien und Abolitionen vor, so – könnte man argumentieren – gehe eine solche Empfehlung ins Leere. So scheint denn eine Vermutung dafür zu sprechen, daß die Interamerikanische Menschenrechtskommission bei höchst gravierenden Menschenrechtsverletzungen der hier in Frage stehenden Art als selbstverständlich auch von der Bestrafung nach nationalem Recht ausgeht.

Jedenfalls stellt die Empfehlungspraxis eines Hauptorgans der OAS, der Interamerikanischen Menschenrechtskommission, die Verantwortlichen mit aller Strenge des Gesetzes zu bestrafen, einen durchaus gewichtigen Beleg aus der internationalen Praxis für eine völkerrechtliche Strafpflicht gerade der amerikanischen Staaten bei höchst gravierenden Menschenrechtsverletzungen dar.

bb) Die Praxis der Interamerikanischen Menschenrechtskommission bei Regierungswechseln und Amnestien

Der Praxis der Interamerikanischen Menschenrechtskommission läßt sich auch entnehmen, daß die Tatsache, daß eine neue Regierung den Willen zeigt, demokratische Verhältnisse einzuführen und die Menschenrechte zu achten, nichts daran ändert, daß sie gehalten bleibt, auch unter der Kontrolle und Verantwortung ihrer Vorgängerin begangene Menschenrechtsverletzungen aufzuklären und die Verantwortlichen zu strafen⁴⁴.

Im Hinblick speziell auf Amnestiegesetze läßt sich auf Grund der Praxis

⁴³ Mitunter empfiehlt die IAKMR ausdrückliche Bestrafung in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht. Vgl. Res.22/86 (30/83) der Kommission vom 18.4.1986, die in Honduras verschwundene Personen betrifft, EuGRZ 14 (1987), S.38.

⁴⁴ Vgl. die gleich zu Anfang des Berichts abgedruckte Resolución der IAKMR in: Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala, OEA/SER.L/V/II.66, Doc.16, 3 octubre 1985, Original Spanisch, und IAKMR, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala 148, OEA/Ser.L/V/II.61, Doc.47, 5 octubre 1983, Original Spanisch.

der Kommission keine allgemeine oder für den vorliegenden Fall entscheidende Aussage treffen. Die IAKMR hat z. B. das kolumbianische allgemeine Amnestiegesetz für politische Verbrechen und damit zusammenhängende gemeine Verbrechen von 1980, das wesentlich den vormaligen Regimegegnern zugute kam, als achtenswerten demokratischen Kompromiß im Sinne einer Befriedung gewertet⁴⁵. Doch ging es dabei nicht um massenhafte Verbrechen gegen die Menschlichkeit, sondern wohl eher um politische Straftaten im engeren Sinne. Es liegt so auf der Hand, daß dieses Amnestiegesetz wenig mit dem argentinischen Gesetz über die Gehorsamspflicht gemeinsam hat.

Im Hinblick auf ein guatemaltekisches Gesetz von 1982, das nach seiner Formulierung ebenfalls für politische und damit zusammenhängende gemeine Verbrechen galt, stellte die Kommission immerhin kritisch fest, daß *de facto* nur sehr wenige der vormaligen Regimegegner in den Genuß dieses Gesetzes kamen, wohingegen alle, die für die vorangegangene Regierung gemordet und schwere Menschenrechtsverletzungen begangen hatten, automatisch durch das Gesetz begünstigt wurden. Für die letztgenannten habe das »Amnestiegesetz« einen Mantel der Immunität über die begangenen Menschenrechtsverletzungen gebreitet und sie vor Untersuchungen und Bestrafungen geschützt, die sie sonst unter der neuen Regierung zu gewärtigen gehabt hätten⁴⁶. In demselben Bericht empfiehlt die Kommission ausdrücklich die Aufklärung und Bestrafung aller schweren Menschenrechtsverletzungen vor und nach dem Regierungswechsel⁴⁷.

Das argentinische Gesetz über die Gehorsamspflicht ist schon nach Wortlaut und Intention ausschließlich auf Angehörige des Militärs und der Sicherheitskräfte anwendbar, die unter staatlicher Deckung die Menschenrechte gravierend verletzen, und daher auch mit dem guatemaltekischen Gesetz kaum vergleichbar.

VI. *Schlußfolgerungen für Argentinien*

Es soll nun das argentinische Gesetz über die Gehorsamspflicht an den oben in Betracht gezogenen Grundsätzen über die Strafverpflichtung und ihr Verhältnis zu der Möglichkeit einer nachträglichen Zusicherung von Straffreiheit bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemessen werden.

⁴⁵ IAKMR, Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Colombia 53, OEA/Ser.L/V/II.53. Doc.22, 30 June 1981, Original Spanisch.

⁴⁶ Vgl. Guatemala-Bericht 1983 (Anm.44), S.31 f.

⁴⁷ *Ibid.*, S.133.

1. Die Rechtsfigur der *obediencia debida*

a) Keine strafrechtliche Zurechnungsnorm

Als erstes soll der mögliche Einwand gegen die Unzulässigkeit einer »Amnestie« behandelt werden, der lauten könnte, Argentinien sei seiner Strafverpflichtung bereits durch Bestrafung der allerhöchsten Militärs (als Teilnehmer) nachgekommen. Das Gesetz über die Gehorsamspflicht sei nur eine strafrechtliche Zurechnungsnorm, die die Strafverpflichtung als solche nicht in Frage stelle. Dieser Einwand hielte aber nicht stand, folgt man der Auffassung, wonach Bestrafung geboten sei. Das Gesetz vermutet bzw. fingiert nämlich allgemein und unwiderleglich Zwangslagen, die nach den Feststellungen der Gerichte, die auch vom Obersten Gerichtshof Argentiniens bestätigt wurden, tatsächlich nicht gegeben waren⁴⁸. Es hat deshalb nicht den Charakter einer strafrechtlichen Norm, die individuelles Unrecht oder individuelle Schuld zurechnet, sondern schaltet alle spezifisch strafrechtlichen Beurteilungen aus.

b) Keine »Kriegs«notwendigkeit

Desgleichen kann eine Rechtsfigur der militärischen Gehorsamspflicht im Sinne von *obediencia debida* oder *command responsibility* völkerrechtlich hier nicht undifferenziert als Rechtfertigung anerkannt werden⁴⁹. Zwar herrscht in Argentinien zum Teil noch heute die Vorstellung, die Militärs hätten, als Fortsetzung ihrer Politik zur Rettung des Landes vor der Subversion, einen »Krieg« besonderer Art geführt, für den eigene militärische Grundsätze galten, und in diesem Zusammenhang wird argumentiert, jeder »Krieg« sei notwendigerweise grausam und die Kriegraison

⁴⁸ Vgl. z.B. das Urteil gegen fünf Mitglieder der ehemaligen argentinischen Junta (Ago-
sti, Lambruschini, Massera, Videla, Viola), Corte Suprema, Revista Jurídica Argentina de
Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía La Ley vom 2.3.1987, S.3–22, und das Urteil des
Bundesappellationsgerichts, ILM 26 (1987), S.317–373.

⁴⁹ Zu *command responsibility* und *obediencia debida*, siehe A. D'Amato, Superior
Orders v. Command Responsibility, AJIL 80 (1986), S.604–608, und die Erwiderung von
H. Levie, *ibid.*, S.608–611; L. C. Green, Israel Yearbook on Human Rights (1984)
17–53; O. Igounet, La obediencia debida militar como causal de justificación, Revista
Jurídica Argentina de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía La Ley vom 4.8.1986, S.1–5,
und ders., La obediencia debida militar, Comentarios sobre el dictamen del procurador
general de la Nación en la llamada «causa Camps», Revista Jurídica Argentina de Doctrina,
Jurisprudencia y Bibliografía La Ley vom 21.5.1987, S.2–3.

fordere unbedingten Gehorsam⁵⁰. Eine solche Argumentation hält aber völkerrechtlich nicht stand. Zum einen fand in Argentinien kein Krieg im völkerrechtlichen Sinne statt, weshalb auch keine militärischen Rechtfertigungsgründe, wie die Kriegsnotwendigkeit, zu erwägen sind. Zum anderen würde auch eine vermeintliche Kriegsnotwendigkeit völkerrechtlich nicht die Durchführung offensichtlich grausamer, die Menschenrechte verletzender Befehle ohne Not rechtfertigen⁵¹, wie sich das auch aus den oben genannten Genfer Rotkreuzkonventionen über den Schutz von Kriegsopfern unbestritten ergibt. Das gilt, obwohl das argentinische Militärsetzungsbuch – jedenfalls zur Zeit der Herrschaft der Militärs und anders als heute in der Mehrzahl der Staaten – keine Ausnahmen von der Gehorsamspflicht bei evident rechtswidrigen Befehlen, etwa zur Verletzung von Menschenrechten, vorsah. Der durch einen derartigen Befehl geschaffenen Kollisionssituation zwischen Gehorsamspflicht und Pflicht zur Achtung elementarer humanitärer Grundsätze wäre durch eine individuelle Betrachtungsweise Rechnung zu tragen, die das Gesetz über die Gehorsamspflicht gerade ausschließt. Das Gesetz kann demnach für die Belange des internationalen Rechts nicht als anzuerkennende strafrechtliche Zurechnungsnorm gerechtfertigt werden.

2. Staatlicher Ermessens-/Beurteilungsspielraum bei der nachträglichen Zusicherung von Straffreiheit

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß das argentinische Gesetz, anders als häufig bei Amnestien, nicht den vormaligen politischen Gegner, sondern jene begünstigt, die unter staatlicher Deckung gehandelt haben. Auch handelt es sich bei den nach dem »Amnestiegesetz« nicht mehr zu verfolgenden Taten nicht um gewöhnlich im Rahmen interner, bürgerkriegsähnlicher Konflikte vorkommende Kampfhandlungen und Gewalttätigkeiten, sondern um Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Es könnte daher angenommen werden, daß nationale Interessen zurückzutreten haben, wenn und insoweit man ein völkerrechtliches Gebot annimmt, daß im überwiegenden Interesse der Staatengemeinschaft Strafverfolgung die

⁵⁰ So Igounet, *ibid.*

⁵¹ Vgl. A. Andries, *L'obéissance militaire et les interdictions du droit international public*, in: *Licéité en droit positif et Références légales aux valeurs*, X^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par l'Unité de droit pénal (1982), S.549–598; E. David, *L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité*, *Revue belge de droit International*, 14 (1978/79), S.65–84; J. Rocca, *Superior Orders as a Qualified Defense in International Law*, in: *Ius Humanitatis*, Festschrift für Alfred Verdross (1980), S.607–630.

Menschenrechte zu schützen habe. Es könnte auch eine Befriedungsfunktion durch Zusicherung der Straffreiheit gerade für Menschenrechtsverletzungen der hier in Frage stehenden Art bezweifelt werden, da dadurch das Vertrauen insbesondere der überaus großen Zahl der Opfer der staatlich zu verantwortenden Menschenrechtsverletzungen bzw. ihrer Angehörigen in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zu einem hohen Grade erschüttert werden kann.

Begrüßenswert ist, daß der argentinische Gesetzgeber eine gewisse Abwägung vorgenommen hat, indem Vergewaltigung, bestimmte Delikte zum Nachteil Minderjähriger und die erpresserische Aneignung unbeweglicher Sachen von der generellen Rechtfertigung kraft fingierten Befehlsnotstandes ausgenommen sind⁵². Das mag darauf zurückzuführen sein, daß es absurd erscheinen würde, diese Delikte, d. h. also solche mit extrem eigennützigem Charakter, in Zusammenhang zu setzen mit der behaupteten Notwendigkeit, besonderen Gehorsam bei einem ideologisch geführten »Krieg« gegen die Subversion verlangen zu können. Dieser Ansatz einer differenzierenden Betrachtungsweise kann jedenfalls nichts daran ändern, daß dann, wenn man mit den oben angeführten Gründen eine völkerrechtliche Strafpflicht annimmt, dieser nicht genügt ist und daß die allgemeine Zusicherung von Straffreiheit bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach Ablauf von nur vier Jahren einer wieder funktionierenden Strafrechtspflege einer sehr eingehenden und überzeugenden Begründung bedürfte, um als völkerrechtlich zulässige Ermessensausübung gelten zu können.

Es ist zu bedauern, daß Akte einer jungen, fragilen, demokratischen Regierung, die bislang zum Teil eine vorbildliche Haltung im Hinblick auf die Menschenrechte an den Tag gelegt hat, bei juristischer Beurteilung dieses »Amnestiegesetzes« in ein Zwielicht geraten. Zurechnungsobjekte für die völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit sind prinzipiell die Staaten, nicht einzelne Regierungen. Deshalb kommt dem Übergang Argentiniens zu einem demokratischen, grundsätzlich heute die Menschenrechte respektierenden Regime im vorliegenden Zurechnungszusammenhang kein ausschlaggebendes Gewicht zu. Verantwortlich für die Strafverfolgung bleibt der Staat Argentinien, wenn man eine solche internationale Pflicht mit den oben angegebenen Gründen annimmt. Argentinien könnte demnach zur Aufhebung des Gesetzes über die Gehorsampflicht verpflichtet sein, soweit nicht überwiegende Gründe angeführt werden können, die eine Ermessensentscheidung bezüglich der Unterlassung der Strafverfolgung trotz der Verbrechen gegen die Menschlichkeit rechtfertigen.

⁵² Vgl. Art. 2 des Gesetzes Nr. 23521.

3. Die Aufhebung des Gesetzes über die Gehorsamspflicht und das Rückwirkungsverbot, Art.9 AMRK

Käme man so zu dem Ergebnis, daß eine Verpflichtung zur Aufhebung des »Amnestiegesetzes« im Bereich möglicher internationaler Forderungen liegt, erhebt sich die Frage, ob das aus besonderen Rechtsgründen dennoch unzulässig wäre, denn die Aufhebung des Gesetzes dürfte jedenfalls kein rückwirkendes Strafgesetz im Sinne des Art.9 AMRK darstellen.

Die argentinischen obersten Militärs hatten sich bereits gegen die Aufhebung ihres Selbstamnestiegesetzes von 1983 vor dem argentinischen Obersten Gerichtshof auf das verfassungsrechtliche Verbot rückwirkender Strafgesetze berufen⁵³. Der Oberste Gerichtshof stellte aber zutreffend fest, daß die Aufhebung eines Amnestiegesetzes nicht als rückwirkendes Strafgesetz zu qualifizieren ist. Zum gleichen Ergebnis kommt man bei der Überprüfung des neuen aus Opportunitätsgründen erlassenen Gesetzes über die Gehorsamspflicht, wenn man es am Maßstab des Art.9 AMRK mißt. Das Gesetz ist dem Verfahrensrecht zuzuordnen, für das das Rückwirkungsverbot nicht gilt. Außer jeden Zweifels steht, daß die begangenen Menschenrechtsverletzungen zum Tatzeitpunkt strafbar waren, und zwar auch nach argentinischem Recht, das lediglich nicht durchgesetzt wurde. Die Täter konnten bei Tatbegehung nicht darauf vertrauen, daß ihr Handeln nicht strafwürdig sei.

4. Völkerrechtliche Anspruchslegitimation

Die Unterlassung internationaler Verbrechen kann – so jedenfalls eine starke Tendenz im gegenwärtigen Völkerrecht – jeder Staat fordern und unter Umständen auch durch Repressalien durchsetzen, selbst wenn er nicht in eigenen Rechten verletzt und nicht das Opfer des *international crime* ist⁵⁴. Um aber die Bestrafung internationaler Verbrechen, deren Unterlassung selbst kein internationales Verbrechen ist, auf völkerrechtlicher Ebene fordern zu können, bedarf es hingegen einer besonderen Berechtigung, wie sie etwa bei einem Strafanspruch des Heimatstaates bei Verletzungen des Fremdenrechtes gegeben ist. Bezüglich Argentiniens wäre aber auch daran zu denken, daß, da sich seine Strafverpflichtung auch aus dem interamerikanischen System zum Schutz der Menschenrechte er-

⁵³ Zum Selbstamnestiegesetz, siehe oben S.507.

⁵⁴ Vgl. R. Hofmann, Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit ZaöRV 45 (1985), S.195–231.

geben kann, jeder Mitgliedstaat der OAS sowie die Interamerikanische Menschenrechtskommission eine Rechtsverletzung geltend machen kann. Die Mitgliedstaaten und die Kommission könnten dann von Argentinien Aufhebung des Gesetzes über die Gehorsamspflicht verlangen.

Wiederholt sei an dieser Stelle, daß, soweit fremde Staatsangehörige Betroffene sind, auch deren Heimatstaaten Bestrafung fordern können, unabhängig dann davon, ob sie Mitglieder der Organisation Amerikanischer Staaten sind. Ferner sind alle Staaten berechtigt, die für internationale Verbrechen verantwortlichen Einzelnen selbst zu bestrafen, sofern sie in ihren Hoheitsbereich gelangen⁵⁵.

VII. Mögliche verfahrensrechtliche Schritte

Angesichts dieser Erwägungen wäre es erstrebenswert, ein Gutachten des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte herbeizuführen. Argentinien hatte ursprünglich selbst erwogen, dem Gerichtshof die geplante Gesetzgebung im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit seinen Menschenrechtsverpflichtungen zu unterbreiten (Art.64 Abs.2 AMRK), dann aber wieder von dem Vorhaben Abstand genommen⁵⁶. Die Schwierigkeit liegt darin, daß nur Mitgliedstaaten der OAS und die Interamerikanische Menschenrechtskommission als Antragsteller vor dem Gerichtshof in Betracht kommen (Art.64 AMRK). Individuen und nichtstaatliche Organisationen haben vor dem Gerichtshof kein Antragsrecht. Sie können sich jedoch an die Interamerikanische Menschenrechtskommission wenden (Art.44 AMRK). Die Erfolgsaussichten vor der Kommission sind allerdings zweifelhaft. Argentinien ist nicht der einzige lateinamerikanische Staat, der vor der wirklichen oder vermeintlichen Alternative eine Amnestie/Abolition oder eines Verlustes der Kontrolle der demokratischen Kräfte über das Land steht.

⁵⁵ Insoweit kann heute von der Geltung des Universalitätsprinzips ausgegangen werden. Vgl. z.B. aus der Praxis der Vereinigten Staaten den Fall *Filartiga v. Peña-Irala*, 630f. 2d 876 (2d Cir.1980); siehe auch R. Baxter/O. Triffterer, Jurisdiction over War Crimes and Crimes against Humanity: Individual and State Accountability, in: Bassiouni/Nanda (Hrsg.), International Criminal Law, Bd.II (1973), S.65ff. (95f.); W. D'Zurilla, Individual Responsibility for Torture under International Law, Tulane Law Review, 56 (1981/82), S.186–226.

⁵⁶ Nach Art.64 Abs.2 AMRK können die Mitgliedstaaten der OAS beim Gerichtshof Gutachten über die Vereinbarkeit von Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts mit ihren internationalen Menschenrechtsverpflichtungen beantragen. Der IAGMR kann dabei auch Gesetzesentwürfe auf ihre Vereinbarkeit mit den Menschenrechten überprüfen, vgl. Gutachten OC-4/8 des IAGMR vom 19.1.1984, EuGRZ 12 (1985), S.502–511 (Ziff.15ff.).

Summary*

The Argentine Due Obedience Law

The Argentine Due Obedience Law of June 8, 1987 exempts from punishment members of the military and security forces as well as the staff of detention camps, who, during the so-called dirty war against subversion, had committed widespread and very serious violations of human rights. There are roughly 20 retired generals and colonels left to penal prosecution. Otherwise, torture and the forced disappearance of hundreds of innocents is cloaked with immunity.

There are doubts whether this statute complies with public international law. There was no specific treaty binding upon Argentina at the time of the human rights violations which contains an obligation to punish such large-scale human rights violations and therefore could also bar the Due Obedience Law. The UN Convention against Torture, Art.4 of which establishes torture as an offense which the State parties are obliged to punish, only entered into force on June 26, 1987. But the great number of treaties against torture and inhumane treatment, against terrorism and racism explicitly containing the duty to punish, indicates a tendency in current international law, that certain of the most serious human rights violations should be prosecuted. These treaties, which could be characterized as humanitarian treaties in a wider sense, constitute evidence for the development of general international law from treaty practice. This group of treaties ultimately serves the interests of the whole community of States; the traditional principle of reciprocity is no longer the only decisive factor.

As to Argentina, there are still further arguments supporting her obligation to punish the flagrant human rights violations committed during the so-called dirty war. These systematic and widespread human rights violations could – according to a tendency in current public international law – be considered as crimes against humanity. There is a special interest of the international community to prevent such crimes also by the deterrent effect of penal law. Furthermore, the practice of States and organs of the United Nations following the Nuremberg trials shows that the prosecutions of crimes against humanity ought not to be subject to statutory limitations. Finally, an – inter-State – claim to punish results from State practice in the area of the law of aliens.

However, an eventual obligation to punish does not necessarily amount to an interdiction of subsequent amnesty laws. Such measures may rather be appropriate means of attaining inner pacification after periods of upheaval.

It is presumably best to concede States a margin of discretion when balancing an eventual obligation to punish against important national interests, e.g. the consoli-

* Summary by the author.

dition of a new democratic régime. Any evaluation of compliance with public international law then becomes a matter to be determined in each particular instance. Here, Argentina's obligation under the Inter-American System for the Protection of Human Rights must be taken into account. Argentina only ratified the American Convention on Human Rights after her return to democracy, in 1984. But, as a member State of the Organization of American States, Argentina was bound to respect the human rights proclaimed in the American Declaration on the Rights and Duties of Man, as though the Declaration had force comparable to that of a treaty. The American Declaration contains no explicit obligation to punish serious human rights violations. However, the human rights obligations of States which specifically bind themselves by a treaty-based human rights system, could be construed in accordance with the above-mentioned tendency in public international law, that is as entailing an obligation to punish the most serious violations of human rights.

The practice of the Inter-American Commission on Human Rights, which is a principal organ of the OAS, apparently confirms such an interpretation. The Commission recommends States to identify and to punish those responsible with the full rigor of the law in cases of torture or of the forced disappearance of people. The practice of the IACHR also shows that an apparent return to democracy or willingness of a new government to comply with its human rights obligations would not affect an obligation to investigate and to punish human rights violations committed by or under the former government. As to amnesties the Commission already criticized the fact that an amnesty statute of 1982, which was general in wording, *de facto* only applied to very few former "subversives", whereas those having murdered and committed serious human rights violations for the former government were exempted nearly totally and quasi automatically from prosecution. This critique may be transposed *de minore ad maius* to the Argentine law which by its very wording and intention exclusively applies to military and security forces. This latter aspect, along with the fact that we are confronted with crimes against humanity or similar widespread human rights violations of the most serious kind, suggests that Argentina, on the presumption of an obligation to punish, exceeded her discretion by promulgating the Due Obedience Law.

Anhang

Ley de Punto Final («Schlußstrichgesetz»)
vom Dezember 1986¹

El siguiente es el texto de ley de punto final sancionado por el Parlamento:

Artículo 1°. – Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona, por su presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10° de la ley 23.049, que no estuviera prófugo o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria por el tribunal competente antes de los 60 días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

En las mismas condiciones, se extinguirá la acción penal, contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de septiembre de 1983.

Artículo 2°. – Dentro del término establecido por el artículo precedente, las cámaras federales competentes podrán examinar el estado de las causas que tramitan ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los efectos del artículo 10°, última parte, de la ley 23.049.

Las denuncias que formulen en este término ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas deberán ser informadas dentro de las cuarenta y ocho horas por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a la Cámara Federal que corresponda, quienes deberán examinarlas y en su caso avocarse.

Artículo 3°. – Cuando en las causas en trámite se ordenare respecto del personal en actividad de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, cualquiera sea su rango, la detención o prisión preventiva previstas en los artículos 363 a 375 del Código de Procedimientos en materia penal o en los artículos 309 a 318 del Código de Justicia Militar.

Tales medidas se harán efectivas bajo el régimen del inciso segundo del artículo 315° de este último código, a petición del jefe de la unidad en que prestare servicio aquel personal, o de cualquier otro oficial superior de quien dependiese.

En este caso, el superior será responsable de la comparencia inmediata del imputado todas las veces que el tribunal lo requiera.

Artículo 4°. – Las cuestiones de competencia que se susciten entre el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y las cámaras federales o entre éstas últimas, así como la pendencia de recursos que impidan resolver sobre el mérito para disponer la indagatoria al tribunal competente, suspenderán el plazo establecido en el artículo 1°.

Tampoco se computará el lapso comprendido entre la fecha de notificación al

¹ La Nación, Buenos Aires, 29 de diciembre de 1986.

Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas del requerimiento de la Cámara Federal competente en el caso del artículo 2° y la fecha de recepción de la causa por ésta.

A los fines del artículo 1°, no será de aplicación el artículo 252*bis* última parte del Código de Justicia Militar.

Artículo 5°. – La presente ley no extingue las acciones penales en los casos de delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores.

Artículo 6°. – La extinción dispuesta en el artículo 1° no comprende a las acciones civiles.

Artículo 7°. – De forma.

Ley de Obediencia Debida (»Gesetz über die Gehorsampflicht«) vom 8. Juni 1987²

Artículo 1°. – Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la Ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

Artículo 2°. – La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles.

Artículo 3°. – La presente ley se aplicará de oficio. Dentro de los cinco (5) días de su entrada en vigencia, en todas las causas pendientes, cualquiera sea su estado procesal, el tribunal ante el que se encontraren radicadas sin más trámite dictará respecto del personal comprendido en el artículo 1°, primer párrafo, la providencia que se refiere el artículo 252 *bis* del Código de Justicia Militar o dejará sin efecto la citación a prestar declaración indagatoria, según correspondiere.

El silencio del tribunal durante el plazo indicado, o en el previsto en el segundo

² Boletín Oficial de la República Argentina, No.26.155, 9 de junio de 1987, Suplemento Esp., la legislación y avisos oficiales, S.1.

párrafo del artículo 1º, producirá los efectos contemplados en el párrafo precedente, con el alcance de cosa juzgada.

Si en la causa no se hubiere acreditado el grado o función que poseía a la fecha de los hechos la persona llamada a prestar declaración indagatoria, el plazo transcurrirá desde la presentación de certificado o informe expedido por autoridad competente que lo acredite.

Artículo 4º. – Sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley N° 23.492, en las causas respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo previsto en el artículo 1º de la misma, no podrá disponerse la citación a prestar declaración indagatoria de las personas mencionadas en el artículo 1º, primer párrafo, de la presente ley.

Artículo 5º. – Respecto de las decisiones sobre la aplicación de esta ley, procederá recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que podrá interponerse dentro de los cinco (5) días de su notificación. Si la decisión fuere tácita, el plazo transcurrirá desde que ésta se tuviere por pronunciada conforme con lo dispuesto en esta ley.

Artículo 6º. – No será aplicable el artículo 11 de la Ley N° 23.049 al personal comprendido en el artículo 1º de la presente ley.

Artículo 7º. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a los cuatro días del mes de junio de mil novecientos ochenta y siete.