

Las normas de “*ius cogens*” y su reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina*

Por Federico P. Laurito

1. Introducción

El juzgamiento de los crímenes de Estado perpetrados durante la última dictadura cívico militar en la República Argentina, propició la aplicación por parte del máximo Tribunal nacional, de normas de derecho internacional contenidas en tratados internacionales y en otras fuentes no escritas, como la costumbre y los principios generales del derecho. La admisión como fuente normativa de la costumbre internacional en el orden interno implicó, en lo concreto, que la mayoría de las conductas atribuidas a los supuestos autores de crímenes de lesa humanidad ocurridos en Argentina entre el período 1976-1983, fueran consideradas imprescriptibles, a partir de estimar que al momento de su comisión existía una costumbre internacional que así las consideraba, circunstancia que permitió sortear los problemas de aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa, que hubieran podido suscitarse de fundarse únicamente tal imprescriptibilidad en la Convención Internacional sobre la materia, aprobada por nuestro país con posterioridad a la comisión de los hechos atribuidos (ley 24.584 de 1995)¹.

A lo largo del presente trabajo procuraremos examinar la trama de argumentos relativos a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) que ha desarrollado la Corte Suprema argentina en las causas sometidas a su conocimiento y decisión por crímenes contra el derecho de gentes. No obstante, entendemos que para una comprensión cabal del tema (controvertido si los hay) es necesario partir de una exposición histórica, examinar la naturaleza jurídica, el contenido, los caracteres y las consecuencias de la violación de las normas de *ius cogens*, sobre la base de las fuentes convencionales y jurisprudenciales, como de la doctrina.

2. Origen y evolución

Señala Puceiro Ripoll², que el origen de la expresión *ius cogens* y su concepto, se diluyen en la historia del derecho y su evolución a través del tiempo es la que le ha ido dando contenido en las distintas ramas de la ciencia jurídica.

Ya en el derecho romano antiguo regía el apotegma que prescribía que las reglas emanadas del *ius publicum* no podían ser alteradas por convenio individual. Ello implicaba que el acuerdo de partes se presentaba como ineficaz para eludir las

* Bibliografía recomendada.

¹ García Amuchástegui, Sebastián, *El ius cogens y su impronta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina*, “Revista In Iure”, año 2, vol. 2, La Rioja, 2013, p. 121.

² Puceiro Ripoll, Roberto, *Las normas de ius cogens ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional?*, en www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2000_Roberto_Puceiro_Ripoll.pdf, p. 380.

reglas jurídicas de índole públicas que imperaban, lo cual ha sido considerado, por algunos doctrinarios, como el arquetipo más remoto de la característica más esencial de la norma de *ius cogens*: su inderogabilidad por acuerdo entre partes³.

No obstante, según el autor Paul Guggenheim, la expresión *ius cogens* aparece por primera vez a finales del siglo XVIII con los pandectistas. Fue sobre todo Windscheid (jurista alemán miembro de aquella escuela), quien definió al *ius cogens* como el “conjunto de reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas; reglas que se aplican y se imponen aun en las hipótesis de que las partes quisieran excluirlas”⁴.

Como se puede advertir, los antecedentes rudimentarios de *ius cogens* establecen la distinción entre normas de derecho dispositivo (*iusprivatista*) y normas indisponibles o de derecho público, entre las que se encuentran las que configuran el derecho penal.

Respecto de éstas, los Estados han decidido sustraer de la voluntad de los individuos su creación, fijando normas estrictas de alcance general, insusceptibles de ser modificadas por acuerdo de partes.

En el plano del derecho internacional público, dado su carácter descentralizado, la función de la norma imperativa la cumplía el *ius naturalis*. La idea imperante en el ámbito del derecho internacional giraba en torno a la existencia de un derecho inmutable, imanente a todo sistema jurídico que tenía su fundamento en la ley natural⁵.

Sin embargo, con el auge del positivismo, la concepción iusnaturalista ha ido perdiendo su vigor, al punto de que algunos autores enrolados en esta corriente han manifestado desde el principio una clara hostilidad hacia el concepto de *ius cogens*. Para Garibian y Puppo, “optar por el camino de las normas imperativas nos lleva fuera del derecho positivo. Esto no significa –según los autores– condenar al concepto: sencillamente, quienes lo invocan deben reconocer que están hablando desde una perspectiva iusnaturalista, olvidando el derecho como es y privilegiando el derecho como debe ser”⁶.

Lo cierto es que el *ius cogens*, tal como se lo conoce en la actualidad, adquirió “carta de naturalización” en derecho internacional, a través de las labores de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas⁷. Fue en la actividad desarrollada por la CD donde se elaboraron los primeros proyectos vinculados al *ius cogens*. En noviembre de 1947, la AGNU solicitó a la CDI que formulara los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de agosto de 1945 y en las sentencias del Tribunal de Núremberg, encomendándole la

³ Puceiro Ripoll, Roberto, *Las normas de ius cogens ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional?*, p. 380.

⁴ Guggenheim, Paul, *Traite de Droit international public*, Ginebra, Librairie Georg, 1967, p. 128, citado por García Amuchástegui, “El *ius cogens* y su impronta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina”, p. 124.

⁵ García Amuchástegui, *El ius cogens y su impronta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina*, p. 125.

⁶ Garibian, Sévane - Puppo, Alberto, *Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista*, “Isonomía”, n° 36, abril 2012, www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/216/654, p. 9 y 10.

⁷ Drnas de Clement, Zlata, *Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*. *Dimensión sustancial*, www.corteidh.or.cr/tablas/31463.pdf, p. 3.

preparación de un Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. Al año siguiente, el relator Jean Spiropoulos, tuvo a su cargo la elaboración de un Proyecto de Principios y Delitos (1950) y el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. Sin embargo, la AG decidió aplazar el examen de los mismos y recién en el año 1981 volvió sobre el asunto, confiando a la Comisión la tarea inconclusa. Luego de un largo periplo, fue aprobado por la CDI el Proyecto de establecimiento del Tribunal Penal Internacional (1994). En la Conferencia de Roma del 17 de julio de 1998, fue adoptado el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, y en 1996, la CDI aprobó un proyecto de veinte artículos designado Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad⁸.

Cabe destacar que la CDI dio inicio al proceso de codificación del derecho de los tratados en 1949. En el proyecto presentado por el jurista británico Sir H. Lauerpacht, se esbozó por primera vez el tema de la validez de los tratados en relación con la legalidad de su objeto, se enunció en sus notas y comentarios el carácter “cogent” de estas normas y se establecieron las orientaciones generales que fueron seguidas, en términos generales, por los relatores que lo sucedieron⁹. Específicamente, el art. 15 del documento, señalaba que “un tratado será nulo cuando su ejecución suponga un acto que el derecho internacional reputa ilícito”.

El jurista Sir G. Fitzmaurice ocupó también un rol importante en el desarrollo progresivo y en la codificación del derecho de los tratados, que se reflejó en su tercero y cuarto informe, donde presentó por primera vez ante la CDI la definición de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), desde una perspectiva de validez sustancial de los tratados, ordenadas en categorías enmarcadas en tres artículos diferentes (arts. 16, 17 y 18). El primero, analizaba la legalidad del objeto del tratado desde su perspectiva general; el segundo, desde la perspectiva del conflicto del tratado con una norma de derecho internacional y, el tercero, desde el conflicto con tratados anteriores¹⁰. El cuarto relator, Humprey Waldock, en su segundo informe, contempló el *ius cogens* y brindó ejemplos de tratados nulos por infracción a una norma o principio general de derecho internacional que revistiera aquella condición¹¹.

Comenta Varón Mejía¹² que, en términos generales, Sir. H Waldock no se aleja mucho de los conceptos inicialmente expuestos por sus antecesores, sobre todo en lo que respecta al concepto general de *ius cogens*, la existencia de un orden público internacional y la nulidad de los tratados incompatibles con estas normas. Dentro de los aportes más significativos de la relatoría de Waldock, está la concepción de las reglas *ius cogens* como reglas fundamentales de orden público internacional que no tienen un carácter inmutable, pudiendo ser derogadas o modificadas ulteriormente por

⁸ Dnas de Clement, *Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Dimensión sustancial*, p. 3 y siguientes.

⁹ Varón Mejía, Antonio, *Orden público internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*, <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/969/ordenpublicoi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 215.

¹⁰ Varón Mejía, *Orden público internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*, p. 217.

¹¹ Dnas de Clement, *Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Dimensión sustancial*, p. 5.

¹² Varón Mejía, *Orden público internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*, p. 219.

los Estados, posibilitando, de esta manera, que la noción de orden público evolucione de acuerdo con las necesidades y exigencias de la vida internacional¹³.

En síntesis, siguiendo a García Amuchástegui¹⁴, el debate en el proceso de codificación y desarrollo en el derecho internacional sobre la materia, evidenció la conformación de dos grupos antagónicos: por un lado, quienes reconocían la existencia de normas de derecho internacional general de carácter imperativo, pero veían problemas insuperables para identificarlas; por el otro, quienes consideraban que una vez incluidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, las mismas irían identificándose por la labor jurisprudencial, la *opinio iuris* expresada por los Estados y la doctrina.

Se impuso, finalmente, esta última posición, toda vez que la Convención de Viena incorporó expresamente en los arts. 53¹⁵ y 64¹⁶ a las normas de *ius cogens*, omitiendo precisar cuáles, en lo concreto, revestían tal carácter, con lo cual –como veremos– su identificación sigue constituyendo hasta nuestros días una cuestión en ciertos aspectos controvertida¹⁷.

3. Concepto, caracteres y naturaleza jurídica

Señalan Garibian y Puppo¹⁸, que la noción de *ius cogens* no puede ser disociada de la idea de un corpus de normas jurídicas que se imponen a todos los Estados, cuya existencia no depende de una inequívoca manifestación de voluntad. En la actualidad, no se discute que dichas normas forman parte del ordenamiento jurídico internacional y que se ubican en la cúspide del sistema normativo. Sin embargo, por su generalidad, su identificación se torna harto compleja, ya que no existe un catálogo elaborado por la CDI, por la jurisprudencia, ni un único e idéntico catálogo de fuente doctrinaria¹⁹.

El art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es genérico y solo permite reconocer estas normas en tanto y en cuanto la existencia de un tratado o su posterior aparición sea contraria a las normas de *ius cogens*. Además,

¹³ La mutabilidad de las normas imperativas de derecho internacional general se vio plasmada en la redacción dada al art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), al establecer que la norma *ius cogens* sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹⁴ García Amuchástegui, *El ius cogens y su impronta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina*, p. 127.

¹⁵ Art. 53: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

¹⁶ Art. 64: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

¹⁷ García Amuchástegui, *El ius cogens y su impronta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina*, p. 127.

¹⁸ Garibian - Puppo, *Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista*, p. 13.

¹⁹ Quispe Remón, Florabel, *Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*, “Anuario Español de Derecho Internacional”, vol. 28, 2012, p. 155.

como expresa Drnas de Clement²⁰, el hecho de que el *ius cogens* haya sido definido en dicha Convención, no significa que la conceptualización no tenga carácter externo al campo de los tratados, ya que implica el reconocimiento de la existencia de una categoría de normas distintas a las meramente obligatorias. En efecto, algunos autores las han calificado como normas de derecho consuetudinario, con independencia de que se hallen contenidas en normas convencionales. Otros, consideran que más que normas, se trata de principios generales de derecho internacional de carácter imperativo²¹. En este sentido, para Cassese²² existe un consenso general sobre la existencia de una serie de principios legales primordiales y cuyos efectos se extienden más allá del derecho de los tratados, pero que en la práctica no han alcanzado los resultados propios de la noción.

El maestro Bidart Campos ha definido al *ius cogens* como el conjunto de “normas internacionales imperativas e inderogables que tienen por fuente al derecho consuetudinario o al derecho de los tratados y constituyen la cúspide en el orden jerárquico del derecho internacional”²³.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el *ius cogens*, “deriva de conceptos jurídicos que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir”. Se trata “de normas que han sido aceptadas sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como necesarias para proteger la moral pública en ellas reconocidas”²⁴.

Entendemos que, de momento, la enunciación de un concepto acabado de *ius cogens* se encuentra alejada de un rigorismo técnico que posibilite la identificación precisa de tales normas. Sin perjuicio de ello, a partir de los conceptos ensayados podemos extraer los siguientes caracteres: 1) constituyen un orden público internacional; 2) son universales; 3) protegen el interés común de la comunidad internacional; 4) constituyen derecho coactivo, perentorio e imperativo; 5) sancionan con nulidad a toda norma derogatoria; 6) son supremas; 7) establecen límites a la voluntad de las partes; 8) son modificables por otra norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter²⁵.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de las normas de *ius cogens*, se ha señalado que son normas de derecho internacional general de condición especial:

²⁰ Drnas de Clement, *Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Dimensión sustancial*, p. 9.

²¹ Drnas de Clement, *Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Dimensión sustancial*, p. 9 y 10.

²² Cassese, Antonio, *For an Enhanced Role of Jus Cogens*, en Cassese (ed.), “Realizing Utopia: The Future of International Law”, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 158 y 159, citado por Dias, Leandro A., *La tendencia hacia un rol fortalecido de las normas de ius cogens en el derecho internacional: caminos, riesgos y utopías*, “Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja”, año VII, n° 10, 2013, p. 48.

²³ Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, t. 1, Bs. As., Ediar, 1998, p. 374, citado por Terrile, Ricardo A., “La soberanía y el *ius cogens*”, www.terrileyasociados.com.ar/post/la-soberania-y-el-ius-cogens-final.pdf, p. 27 y 28.

²⁴ Cfr. CIDH, “Roach y Pinkerton c. Estados Unidos”, caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párr. 55, en Terrile, *La soberanía y el ius cogens*, p. 28.

²⁵ Pagliari, Arturo S., *Fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos*, www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXVI_curso_derecho_internacional_2009_Arturo_Santiago_Pagliari.pdf, p. 134.

consuetudinarias (preexisten a los tratados) y de jerarquía superior. En consecuencia, su existencia genera obligaciones erga omnes y no se limita al ámbito regional. Constituyen, pues, un derecho elemental por la naturaleza especial del objeto que protegen (el interés común de la comunidad internacional) y, por tanto, se convierten en una exigencia del mundo²⁶.

Como necesaria consecuencia de su naturaleza consuetudinaria, se desprende que para su generación, deban reunir, en principio, los mismos requisitos exigidos para la conformación de toda norma consuetudinaria: por un lado, el elemento material, consistente en la repetición constante y uniforme de actos u omisiones; por el otro, el elemento espiritual, basado en la convicción de que la práctica obliga jurídicamente *opinio iuris sive necessitatis*.

El art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados exige que la norma imperativa sea aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto. Ello no significa que para alcanzar sus efectos propios sea indispensable la aquiescencia de todos los Estados de la comunidad internacional. Lo que se requiere es que sea aceptada por un amplio número de Estados, incluidos los más significativos; por lo que la oposición aislada de uno o algunos de ellos no condiciona la validez de la norma *ius cogens*.

4. Identificación de las normas de “ius cogens”

Si uno de los aspectos más complejos de las normas de *ius cogens* lo constituye su delimitación conceptual, no menos dificultosa resulta la identificación de su contenido propio. La CDI, ante la imposibilidad de precisar cuáles son esas normas de *ius cogens*, procuró que el contenido de cada una de ellas se forme en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. No obstante, en el comentario a lo que luego fue el art. 53 de la Convención de Viena, la CDI brindó algunos ejemplos de los tratados que violarían ese artículo por ser contrario al *ius cogens*: 1) un tratado relativo al uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas; 2) un tratado referido a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho internacional; 3) un tratado destinado a realizar o tolerar actos como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio²⁷.

En el Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados (1976), la CDI incorporó una lista ejemplificativa de crímenes que afectan los intereses generales de la comunidad internacional, entre los cuales pueden mencionarse: 1) La agresión; 2) El establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; 3) La esclavitud; 4) El genocidio y el apartheid; 5) La contaminación masiva deliberada de la atmósfera o de los mares²⁸.

Con sustento en la enunciación elaborada por la Comisión, la doctora Drnas de Clement²⁹ identifica las siguientes normas de *ius cogens*: *la proscripción del uso de

²⁶ Quispe Remón, *Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*, p. 148.

²⁷ Quispe Remón, *Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*, p. 156.

²⁸ Drnas de Clement, *Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Dimensión sustancial*, p. 15.

²⁹ Drnas de Clement, *Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Dimensión sustancial*, p. 15.

la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o de cualquier forma incompatible con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, siendo el crimen correlativo la agresión; *la proscripción del uso de la fuerza para el establecimiento o mantenimiento de una dominación colonial, siendo su crimen correlativo el sojuzgamiento colonial; *la proscripción de las acciones tendientes a la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, siendo su crimen correlativo el genocidio; *la proscripción de llevar a cabo planes o políticas violatorias de las normas fundamentales del derecho de guerra o la comisión a gran escala de ese tipo de violaciones, siendo su crimen correlativo el crimen de guerra; *la proscripción de la realización de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil que causen intencionalmente muertes o gran sufrimiento en esa población, siendo su crimen correlativo el crimen de lesa humanidad; *la proscripción de la instauración o mantenimiento de la dominación y opresión sistemática de un grupo racial sobre otro, siendo su crimen correlativo el apartheid; *la proscripción de la cosificación y comercialización de seres humanos, siendo su crimen correlativo la esclavitud; *la proscripción de la contaminación masiva y deliberada de la atmósfera y de los mares.

En la actualidad, existe consenso entre los diferentes Estados en consagrar como normas de *ius cogens* siete principios consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): 1) la proscripción de la amenaza o el empleo de la fuerza; 2) la solución pacífica de los conflictos; 3) la no intervención en los asuntos internos de los Estados; 4) la cooperación internacional en la promoción de los propósitos y principios de las Naciones Unidas; 5) la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos; 6) la igualdad soberana de los Estados, y 7) el principio de buena fe³⁰.

Debe tenerse presente que el contenido de las normas de *ius cogens* puede variar en función de las nuevas realidades y exigencias de la comunidad internacional. Sin perjuicio de la tendencia a su individualización, “los delitos *iuris gentium* no tienen ni pueden tener contornos precisos. Por ello, el art. 118 de la Const. nacional es una “cláusula abierta en el sentido de que capta realidades de su época (realidades mínimas ya que el catálogo de delitos *iuris gentium* era en ese momento reducido) y realidades del presente como del futuro (puesto que engloba a figuras penales posteriores a su sanción)”³¹.

De nuestra parte, entendemos que existen normas de *ius cogens* cuyo contenido esencial resulta invariable y las contingencias históricas sólo podrían dar lugar a una ampliación del ámbito de protección de la norma, pero no admitirían modificaciones sustanciales ni, muchos menos, recortes: ellas serían la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza, la proscripción del mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial, las que prohíben el genocidio, el apartheid, la esclavitud y, en definitiva, aquellas que protegen a la persona humana en su estructura y dignidad fundamental.

³⁰ Terrile, *La soberanía y el ius cogens*, p. 43.

³¹ Sagüés, Néstor P., *Los delitos contra el derecho de gentes en la Constitución Argentina, ED*, 146-938, citado por Terrile, “La soberanía y el ius cogens”, p. 43.

5. Las normas de “ius cogens” en la jurisprudencia de la CSJN

El reconocimiento y la aplicación de las normas de *ius cogens* por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien adquirió preminencia en los procesos penales donde se juzgó a los presuntos autores de crímenes cometidos durante la última dictadura cívico militar, puede rastrearse incluso en la etapa anterior a la reforma constitucional de 1994.

En el caso “Cabrera, Washington Julio Efraín vs. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”³², la CSJN definió al *ius cogens* como “norma imperativa de Derecho Internacional General, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados”, empleando la terminología del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En “Priebke”³³, el procurador general señaló que los actos por los que se solicitó la extradición participan de la naturaleza de los crímenes que afectan “a través de su perpetración, principios superiores a aquellos tutelados por los ordenamientos estatales: se considera que por ser cometidos contra la humanidad en su conjunto, ofenden las aceptadas normas del derecho de gentes”. Afirmó que la naturaleza de los homicidios perpetrados por Priebke configuraba crímenes de lesa humanidad y que, desde esas características “ínsitas en la noción de lesión universal, involucran el principio de inexorabilidad en su juzgamiento, del cual deriva, como lógico colofón, el de imprescriptibilidad”³⁴.

En relación a esta cuestión, el ministro Bossert sostuvo en aquél precedente que “como consecuencia de ese movimiento de opinión, fue aprobada la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad por res. 2391 (XXIII) de la Asamblea General del 26/11/68, que entró en vigor el 11/11/70. Esta declaró imprescriptibles, tanto los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, del 8/8/45 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13/2/46 y 95 (I) del 11/12/46, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12/8/49 para la protección de víctimas de guerra como los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz... así como el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos” y “que ello es así toda vez que la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del *jus cogens*. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada ya que si un Estado no reacciona abiertamente contra ella, especialmente cuando ese proceder sería esperable la presunción surge de que está conforme con la práctica o, por lo menos, que es indiferente a ella y a sus consecuencias legales y esto es lo decisivo para la formación de una costumbre internacional y, en consecuencia, para el establecimiento de una regla de la costumbre” (consid. 90).

³² CSJN, 5/10/83, “Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salta Grande s/despido”, *Fallos*, 305:2150.

³³ CSJN, 2/11/94, causa 16.063.

³⁴ Terrile, *La soberanía y el ius cogens*, p. 27.

En “Arancibia Clavel”³⁵, el ministro Maqueda desarrolló el alcance del *ius cogens*. Lo definió como “la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países, independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas de *ius cogens* se basan en la común concepción desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones más civilizadas”.

Como se advierte, el doctor Maqueda ubica a las normas de *ius cogens* en la cúspide del sistema normativo, incluso por encima de la ley estatal. En lo que respecta a su operatividad, señala que su aplicación deviene obligatoria para los tribunales internos, con independencia de su aceptación expresa por parte de los órganos competentes. Por lo demás, destaca el carácter inderogable de las normas *ius cogens*.

En el mismo fallo, los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco sostuvieron que la “Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del Derecho Internacional Público de origen consuetudinario”, por lo que “no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de los hechos (consid. 27). En razón de lo expresado, concluyeron que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad sólo representó la “cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado nacional como parte de la comunidad internacional” (consid. 32). En definitiva, los ministros reafirmaron la naturaleza consuetudinaria y preexistente de la norma de *ius cogens* que establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes, que luego se plasmó en la Convención de 1968, aprobada en nuestro país por ley 24.584 de 1995 y otorgada su jerarquía constitucional por ley 25.778 de 2003.

Por el contrario, Belluscio se pronunció a favor de la inaplicabilidad al caso de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, pues lo contrario conlleva –según su opinión– la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa, proscripta por la Constitución Nacional, sobre la base del principio de legalidad (art. 18). Consideró, asimismo, que no puede identificarse al tiempo de los hechos una norma de *ius cogens* que rigiera en Argentina, aun considerando que los hechos juzgados constituyen crímenes de lesa humanidad y, por tanto, “no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del derecho de gentes”, ya que la convención que estableció la imprescriptibilidad de tales crímenes fue incorporada al ordenamiento jurídico nacional con posterioridad. Sostuvo, además, que “la aplicación de los principios y normas del derecho de gentes... equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos cuyo juzgamiento se trata” (consid. 16).

Por su parte, el ministro Boggiano sostuvo que ante el conflicto entre el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa que favorecía al autor del delito contra el derecho de gentes y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer el último, que tutela normas

³⁵ Fallos, 327:3312.

imperativas de *ius cogens*, aclarando que el conflicto sólo es aparente, pues las normas de *ius cogens* que castigan delitos de lesa humanidad “han estado vigentes desde tiempo inmemorial” (consid. 30), reafirmando de esta manera su naturaleza consuetudinaria y preexistente al derecho convencional.

Para Boggiano, el art. 118 de la Const. nacional que consagra las normas de *ius cogens* y el art. 18, continente del principio de legalidad, no colisionan, sino que se complementan, ya que el segundo incorpora aquellas normas imperativas como integrantes del principio de legalidad.

La misma doctrina fue reiterada en el precedente “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad”³⁶. Aquí la Corte afirmó el deber de dar cumplimiento a los tratados internacionales de derechos humanos, lo cual conllevaba la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida; deber que se extiende al acatamiento de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por los demás tribunales internacionales cuyas sentencias se funden en normas que tutelén derechos esenciales de la comunidad internacional, como la prohibición de la tortura, el genocidio y la desaparición forzada de personas. Que en tal tesitura, la Corte Interamericana en el precedente “Barrios Altos vs. Perú” afirmó el deber de los Estados de no limitar la persecución de delitos que configuren violaciones graves a los derechos humanos. Por tanto, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, el de prescripción y cualquier otro que represente una restricción a la persecución penal de esos delitos pueda ser invocado para incumplir una norma imperativa de derecho internacional general, convencional o consuetudinario.

Cabe destacar que la obligación del Estado argentino con relación a los deberes de investigación, persecución y eventual sanción de crímenes de lesa humanidad, también fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas “Suárez Mason”³⁷, “Ganora”³⁸ y más recientemente en “Hagelin”³⁹.

En lo relativo a su operatividad en el ámbito interno, el ministro Boggiano sostuvo en “Simón”, que el art. 75, inc. 22 de la Const. nacional presenta un fenómeno jurídico que puede caracterizarse como de “referencia” al derecho internacional de los derechos humanos, lo cual significa la remisión a un tratado internacional que tutele esos derechos y de los cuales el Estado argentino es parte. La “referencia” implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional, esto es, “en las condiciones de su vigencia”. En efecto, la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista en materia de derechos humanos “a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones, evitando todo apego a soluciones de *genius loci* particularista” (consid. 9). Ello importa la obligación del Estado argentino de aplicar el tratado internacional tal y como rige en el ordenamiento jurídico internacional, incluyendo la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente.

³⁶ CSJN, 14/6/05, causa 17.768.

³⁷ Fallos, 321:2031, disidencia del juez Boggiano.

³⁸ Fallos, 322:2139.

³⁹ Fallos, 326:3268.

En cuanto a la naturaleza jurídica de tales normas, Boggiano señaló que aun antes de la jurisprudencia internacional sobre la materia, vinculante para el Estado argentino, “los delitos contra el derecho de gentes hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional”, con fundamento en el art. 118 (consid. 28). Expresó, asimismo, que los delitos contra el derecho de gentes “pueden fundar la jurisdicción universal de cualquier Estado según la costumbre internacional por violar una norma de *ius cogens* en modo sistemático lesionando el derecho internacional” (consid. 29). Aun más claro lo expresa: “Que de antaño y hogaño, esta Corte ha considerado que las normas del *ius cogens* del derecho internacional consuetudinario forman parte del derecho interno” (consid. 36).

Como se advierte, el máximo Tribunal ha hecho prevalecer en los casos de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, a las normas de *ius cogens* por sobre la primera parte de la Constitución Nacional y los principios de derecho público por ellas reconocidos, en especial, el de prescripción de la acción penal y el de prohibición de la aplicación retroactiva de la ley más gravosa. Sin embargo, no se ciñó a su mera invocación, sino que procuró definirla, estableció su contenido, jerarquía, se expidió sobre su naturaleza jurídica, caracteres y operatividad en el derecho interno. Además, prescribió determinadas consecuencias en casos de violación a tales normas, añadiendo la premisa de que la norma de *ius cogens* reconocida por el constituyente en el art. 118 de la Const. nacional integra el principio de legalidad.

6. Conclusiones

La aplicación de las normas de *ius cogens* por parte del máximo tribunal en las causas donde se juzgaron delitos de lesa humanidad implicó, en los hechos, la relativización de algunos principios del derecho penal liberal y del concepto mismo de soberanía estatal que ha prevalecido en el concierto internacional a partir de la “Paz de Westfalia”.

El proceso de ruptura con el hermetismo del sistema normativo interno se inició en nuestro país con la reforma constitucional de 1994, al incluirse al catálogo de derechos fundamentales los tratados internacionales de derechos humanos. A partir de entonces, todos los órganos estatales (los tribunales como principales destinatarios de esta ampliación), quedaron obligados a respetar y a promover los contenidos incorporados.

En ese contexto, la Corte Suprema ha tenido que someter a examen las causas llevadas a su conocimiento por delitos contemplados en esos tratados que implicaban graves violaciones a los derechos humanos. La remisión a las normas de *ius cogens* como fundamento normativo de sus sentencias significó, entonces, la subordinación del estricto principio de legalidad y de los postulados constitucionales a principios supranacionales reconocidos por la comunidad internacional.

En los fallos de la Corte tales principios gozaban de operatividad en el derecho interno no sólo por la comprobación de la existencia al momento de los hechos de una costumbre internacional que proscribía la prescripción de los delitos de lesa humanidad, puesto que la convención sobre la materia fue aprobada en nuestro país con posterioridad; sino que la misma convención resultaba operativa, con independencia

de su aprobación posterior, en el sentido de que la misma únicamente entrañaba la cristalización de una norma de jerarquía superior ya vigente en la costumbre internacional.

Por otro lado, no puede desconocerse que la República Argentina al someterse a la jurisdicción supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reconoce como órgano jurisdiccional superior, lo cual acarrea la obligación de ajustar sus fallos a la doctrina sentada por esta última. En tal tesitura, la Corte Interamericana ha señalado el deber de los Estados de no limitar la persecución de delitos que configuren graves violaciones a los derechos humanos a principios de derecho público interno, como el de prohibición de la aplicación retroactiva de la ley más gravosa y el de prescripción de la acción penal, siendo obligación de la autoridad estatal competente, perseguir y juzgar sin restricciones a los autores de aquellos crímenes contra el derecho de gentes.

Podemos concluir que, con sus decisiones, la Corte no sólo se ha ajustado a las pautas fijadas por las convenciones y por la jurisprudencia internacional, sino que en cierto punto ha reivindicado a las víctimas del terrorismo de Estado, a sus familiares y a una sociedad ávida de justicia.

© Editorial Astrea, 2021. Todos los derechos reservados.

