

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

CUADERNO DE
DERECHO
INTERNACIONAL

NUMERO II

**EL DERECHO INTERNACIONAL
EN LAS SENTENCIAS
DE LA C.S.J.N.**

CÓRDOBA
2006

Ernesto J. Rey Caro

Director

Zlata Drnas de Clément

Coordinadora

Zlata Drnas de Clément

Arturo Santiago Pagliari

María Cristina Rodríguez

Graciela Rosa Salas

Susana Sartori

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen II*

El derecho internacional en las sentencias de la C.S.J.N. / Zlata Drnas de Clement ... [et al.]. - 1a ed. - Córdoba : Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007.
192 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1123-38-4

1. Derecho Internacinal Público. I. Drnas de Clement, Zlata
CDD 341

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

AUTORIDADES
(Período 2004 - 2007)

Dr. OLSEN A. GHIRARDI
Presidente

Dr. RICARDO HARO
Vicepresidente

Dr. ERNESTO J. REY CARO
Secretario

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ
Director de Publicaciones

Dr. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Revisor de Cuentas

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD
Tesorero

Dr. ARMANDO S. ANDRUET
Director de Publicaciones adjunto

Dr. HORACIO ROITMAN
Revisor de Cuentas suplente

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba
Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

PRESENTACIÓN

Desde su gestación, el ordenamiento jurídico internacional no ha sido aplicado sólo por los órganos jurisdiccionales internacionales, sino también por los tribunales nacionales o estatales. Esta función se ha ido incrementando paulativamente en razón del acrecentamiento notorio experimentado en los ámbitos material, espacial y temporal del derecho internacional, particularmente, en las últimas décadas. La jurisprudencia interna en materia de aplicación e interpretación de las normas internacionales constituye para el estudioso una interesante y atractiva parcela de la disciplina, apta para sustentar investigaciones y realizar variadas observaciones.

En el caso argentino, este dinamismo se pone de manifiesto en la gran cantidad de fallos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de tribunales inferiores en los que se abordan cuestiones atinentes al derecho de gentes. El repertorio es amplísimo y comprende materias tales como las fuentes normativas, los tratados y su jerarquía, la costumbre internacional, las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, cuestiones vinculadas con los agentes diplomáticos y consulares, la inmunidad de jurisdicción de los Estados, la inmunidad de ejecución, problemas de derecho del mar, de la pesca, derechos humanos, solución de controversias, organizaciones internacionales, etc.

La riqueza de la doctrina emanada de tales pronunciamientos, indujo a los integrantes del Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración de la Academia a centrar las actividades del 2005 en la profundización de esta temática. En las numerosas sesiones celebradas se expusieron y se discutieron muchos fallos, dando origen a sustanciosos intercambios de opiniones, en las que los acuerdos y las divergencias se manifestaron por igual. Con frecuencia se señalaron los desaciertos, no pocas veces notorios, de algunas sentencias, motivados quizá por la falta de especialización de los jueces. ¡Qué decir de la variada y confusa terminología utilizada! En más de una oportunidad, quedó la sensación de que la temática debía haber merecido mucho más tiempo para la reflexión. Pero lo importante es que las ideas que emergieron de los debates constituyeron un atrayente incentivo para la elaboración de los trabajos que se incorporan en esta publicación. La tarea ha de continuar. De ella dará fe la próxima edición de los Cuadernos.

Ernesto J. Rey Caro

EL *IUS COGENS* EN LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

*Zlata Drnas de Clément **

Sumario: Introducción. *Parte I.* Conceptualización del *ius cogens*. Naturaleza, origen y rango del *ius cogens*. Caracteres del *ius cogens*. Comportamientos violatorios del *ius cogens*. Algunos corolarios sustantivos y procesales de violaciones a normas de *ius cogens*. Sustantivos. Procesales. *Parte II.* Evolutividad del perfil del *ius cogens*. Argumentaciones contrarias a la aplicación evolutiva del *ius cogens* con capacidad de neutralizar los principios de legalidad del derecho penal en Argentina. Consideraciones finales. Convergencia entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Retroactividad. Contenido del *ius cogens*: paso del valor institucional al individual. Conclusiones.

Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (C.S.J.N.), en varios fallos, ha hecho referencia explícitamente al *ius cogens* ¹.

Esos pronunciamientos permiten observar, en amplio espectro, cómo percibe la Corte la conceptualización de este tipo de normas, de dónde hace derivar su origen y rango, cómo describe sus caracteres, qué comportamientos considera violatorios de esas obligaciones imperativas, qué corolarios sustantivos y procesales hace surgir de esas violaciones.

Consideraremos estos aspectos en la parte primera del trabajo. En la segunda, efectuaremos algunas reflexiones sobre la evolutividad del perfil de esas normas imperativas a través de la jurisprudencia y sobre las condiciones de legalidad para la aplicación del *ius cogens* por los tribunales nacionales ².

PARTE I

Conceptualización del *ius cogens*

La sentencia de la C.S.J.N. de 5 de diciembre de 1983 en el *Caso Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* ³ (“Caso Cabrera” de aquí en más) ha definido al *ius cogens* como **“norma imperativa de Derecho Internacional General, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados”** ⁴, siguiendo la terminología del art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 ⁵.

En el *Caso Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa N° 16063/94* ⁶ (“Caso Priebke” de aquí en más), en fallo de 2 de noviembre de 1995, los Dres. Nazareno y Moliné O’Connor, en voto separado, han entendido, en particular con referencia al derecho a la vida, que **“aun en tiempos de guerra en que ciertos derechos sufren un eclipse parcial o temporario subsiste siempre la conservación, como intangible, de la protección al bien jurídico vida dentro de un mínimo en el ámbito internacional o de un mínimo de orden jurídico interno admitido internacionalmente y que no se puede desconocer”** ⁷ (consid. 30), razón por la que a esas violaciones las han reputado como **“delitos contra el ‘Derecho de Gentes’ que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.”** y que **“merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales”** (consid. 32). En el considerando 43, los referidos magistrados han reiterado la condición de **“conductas punibles”** de esas violaciones.

En el considerando 59, los mismos magistrados han recordado que la Corte en Fallos 265:211 ⁸ ha dicho que **“ante crímenes graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común, ni la alegación de propósitos políticos, ni de las supuestas necesidades militares, puede ser admitida como fundamento para negar la extradición por tratarse de hechos delictivos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados dada su específica crueldad e inmoralidad”**.

El juez Bossert en voto separado en el mismo caso (Priebke), ha considerado a las normas de *ius cogens* como **“principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica y que se han ido desarrollando progresivamente en la formulación de un derecho internacional general en materia de sanción de actos atentatorios de intereses internacionalmente protegidos”** (consid. 33).

En el Caso *Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.* ⁹ (de aquí en más “Caso Suárez Mason”), el juez Boggiano, en opinión disidente, ha conceptualizado al *ius cogens* como **derecho inderogable**, más allá de que esta condición sea más bien uno de los caracteres de ese tipo de preceptos. Así, en el consid. 18 de su voto ha expresado: “(e)s misión de esta Corte, velar por el cumplimiento del derecho internacional con la contribución que ello **importa a la realización del interés superior de la comunidad internacional** con la cual nuestro país, en virtud de formar parte de ella, se encuentra obligado por los tratados celebrados. Y, además, por el ‘**ius cogens**’, esto es, el **derecho inderogable** que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada”. Es de observar que, si bien da la impresión de que el magistrado hace derivar la inderogabilidad del *ius cogens* de una convención, el párrafo anterior, referido a “tratados celebrados” y seguido de la expresión “además” permite pensar que el *ius cogens* no es concebido por el pronunciante como fruto exclusivo de una norma convencional. Ello se ve reforzado por el vocablo elegido al expresar que el *ius cogens* está “consagrado” en la convención de referencia ¹⁰.

En el Caso *Arancibia Clavel, Enrique L. s/ asociación ilícita* ¹¹ (de aquí en más “Caso Arancibia Clavel”), el juez Maqueda, en voto separado, ha señalado que “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe 62/02, caso 12285, ‘Michael Domingues v. Estados Unidos’, del 22/10/2002) ha definido el concepto de *ius cogens* en el sentido de que deriva de conceptos jurídicos antiguos de ‘**un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las Naciones no pueden contravenir**’ y ‘como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas’. Se considera que **la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obliga -a diferencia del derecho consuetudinario tradicional- a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia** (párr. 49º, con cita de la CIDH., ‘Roach y Pinkerton v. Estados Unidos’, caso 9647, Informe Anual de la CIDH. 1987, párr. 55º)” (consid. 28).

El mismo juez, en el consid. 32, hizo presente que “**a pesar de que se parecen al derecho natural, las normas perentorias del *ius cogens* pueden de hecho desarrollar y cambiar en el tiempo, como las concepciones internacionales de correcto e incorrecto**”. La expresión referida, tal como es presentada por el juez Maqueda, da la impresión que pretende afirmar que el *ius cogens*, por el hecho de poder desarrollarse o variar en el tiempo, no puede ser norma de derecho natural ni ser confundido con ella. El magistrado cita como fuente bibliográfica de su aseveración un artículo de Christopher A. Ford, “*Adjudicating ius cogens*”, publicado en el *Wisconsin International Law Journal*, V.13, N°1, 1994, p. 145. Resulta objetable la referencia bibliográfica que hace el juez Maqueda, ya que si bien el párrafo está incluido en el texto del trabajo del autor de referencia (p. 148 y no 145 como indica el referente), no pertenece a ese autor. Además, contradiciendo el significado adjudicado a la cita por el juez Maqueda, Christopher Frank considera, por el contrario, que el *ius cogens* sí se funda en el derecho natural. Así expresa a nombre propio: “Thus, the *ius cogens* formulation is a modern, secular reincarnation of natural law theories, embodying the idea of higher moral order against which ordinary actions and legal rules must be judged” (p. 149) ¹². Por otra parte, la mutabilidad a la que hace referencia el párrafo seleccionado por el juez Maqueda, no está en el centro del mensaje de la selección, en tanto esa variabilidad ya está en el concepto mismo que da el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 del *ius cogens*.

En el mismo caso de referencia (Arancibia Clavel), el juez Boggiano en el consid. 30, definió a las normas de *ius cogens* como “**normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad**” ¹³, normas que “**han estado vigentes desde tiempo inmemorial**”. Cabe observar, por una parte, que esta referencia a “normas de justicia”, propias de la “conciencia jurídica de la humanidad” responde a una o variadas vertientes doctrinarias del derecho natural, entre ellas las que fundan el *ius cogens* en: la naturaleza del hombre y la humanidad; los elementos objetivos de moralidad que son los que le dan su fuerza obligatoria final; la primacía de los principios de moralidad y justicia en cualquier construcción jurídico-positiva; y la existencia de principios eternos, inmutables, más allá de las variaciones formales a la hora de expresar una determinación de voluntad positiva para un momento histórico dado.

Por otra parte, si la vigencia desde tiempos inmemoriales fuera tal que significara inmutabilidad total (no de sus principios de sostén sino de la percepción concreta propia de una sociedad en un momento histórico dado, manifestada por la práctica acompañada de la *opinio juris*), las afirmaciones del juez Boggiano colisionarían con la movilidad del contenido sustantivo de las normas imperativas tal como está enunciado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y con la falta de esa práctica en un largo período histórico en circunstancias que hubiesen justificado, incluso exigido su aplicación, de haber existido como norma en la conciencia de la humanidad ¹⁴.

Naturaleza, origen y rango del *ius cogens*

Los magistrados Nazareno y Moliné O'Connor, en voto separado, en el *Caso Priebke*, han señalado -siguiendo la redacción de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados- que las normas imperativas son por su naturaleza "**reglas establecidas consuetudinariamente que no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter**" (consid. 70).

En el mismo caso, los magistrados han resaltado que la circunstancia de que la Corte tome como base una convención no significa que la incriminación internacional haya quedado librada a **la voluntad de los Estados particulares expresada convencionalmente**, ya que esa voluntad es el "**instrumento de cristalización de los principios y usos de la conciencia jurídica de la sociedad mundial de los que ningún Estado podría individualmente apartarse en la medida que la formulación de derecho internacional general establece, en la materia, una descripción suficientemente acabada de la conducta punible como así también que su configuración merece una sanción de contenido penal**" (consid. 43). Es de observar que una convención internacional puede ser cristalizadora de normas consuetudinarias, pero difícilmente podría serlo en la totalidad de su texto. Cuando se invoca que una norma convencional debe ser considerada norma general internacional por su condición de consuetudinaria al mismo tiempo, ello corresponde sea probado con relación a una o más formulaciones concretas de ese convenio y declarado en tal carácter por tribunal internacional.

En el considerando 70, los referidos magistrados han señalado que "**el concepto de *ius cogens* fue aceptado por la Comisión de Derecho Internacional e incorporado a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969 (art. 53) -ratificada por ley 19.865**". Cabe cuestionarse sobre el acierto en el uso de la expresión "aceptado" por parte de los magistrados. Ello, dado que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) es un órgano especializado de la Asamblea General de las Naciones Unidas, encargado de realizar estudios y hacer recomendaciones para impulsar, en forma permanente e institucionalizada la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. La naturaleza de sus labores es exclusivamente preparatoria y recomendatoria. Al ocuparse de sus estudios y proyectos con miras a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, la CDI *i.a.* puede contribuir a cristalizar el proceso de formación de la costumbre, a precisar el alcance y contenido de las formulaciones normativas ya existentes o a concertar, a determinar si el derecho existente satisface las necesidades de la sociedad, etc.¹⁵.

El magistrado Bossert, en voto separado en el mismo Caso (Priebke) ha señalado el **origen formal de las normas imperativas** internacionales (siguiendo a Cherif Bassiouni): "**a) la conducta en cuestión es considerada delictiva por las legislaciones nacionales; b) por medio de obras doctrinales y a partir de reuniones internacionales ha surgido la conciencia de la necesidad de su prohibición a nivel internacional; c) se ha elaborado un proyecto o un tratado, en una primera fase, únicamente para declarar la conducta como atentatoria o constitutiva de una violación del derecho internacional; d) a ello ha seguido generalmente uno o más convenios adicionales, cada uno de los cuales ha añadido determinaciones más específicas al precedente y, e) como paso final, se ha declarado que el comportamiento en cuestión constituye un delito internacional sometido al principio de competencia universal, en su persecución, a cuyo efecto los Estados signatarios se comprometen a tipificarlo en sus derechos penales internos y, en consecuencia, a perseguir a sus autores o a conceder su extradición**" (consid. 35).

El magistrado Maqueda, en el *Caso Arancibia*, en el consid. 90, ha señalado que "**la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del *ius 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**".

En el mismo caso (Arancibia Clavel), el fallo de la Corte en el consid. 30, recordando pronunciamiento anterior, reitera parte de lo expresado por el juez Maqueda y ya manifestado en voto separado por el juez Bossert: "**la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del *ius cogens*. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada**" (Fallos 318:2148, voto del juez

Bossert). Es de observar, que la posición de la Corte se vuelve circular en tanto la Corte toma como fuente de su fallo lo que en caso anterior (Priebke) perteneció al voto separado de uno de sus magistrados. Si bien, la referencia a “adhesión o ratificación” como “modalidad no exclusiva” para la existencia del *ius cogens* resulta errónea, esa referencia puede vincularse a la interacción entre tratados y normas consuetudinarias, es decir, a la posibilidad de que un tratado multilateral pueda adquirir valor de norma consuetudinaria de carácter general. Tal como está expresada la afirmación contradice pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.) y de la Corte Permanente de Justicia Internacional (C.P.J.I.) al respecto. Así, por ejemplo, con relación al surgimiento de que una norma consuetudinaria por la práctica acompañada de *opinio juris* manifestada en acuerdos multilaterales, la C.I.J. al respecto ha expresado: “*It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them.*” (*Continental Shelf [Libyan Arab Jamahiriya/Malta]*, ICJ Reports 1985, pp. 29-30, para. 27).

Con relación a la aceptación tácita de una práctica determinada, la C.I.J. (al igual que la C.P.J.I.) ha planteado mayores exigencias que las que Bossert, Maqueda y la Corte argentina han señalado: “*(...) the Court has to emphasize that, as was observed in the North Sea Continental Shelf cases, for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned “amount to a settled practice”, but they must be accompanied by the opinio juris sive necessitatis. Either the States taking such action or other States in a position to react to it, must have behaved so that their conduct is “evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis”* (ICJ Reports 1969, p. 44, para. 77).

El requisito de la práctica acompañada de la *opinio juris*, había sido ya resaltado en la sentencia de la C.P.J.I. de 7 de noviembre de 1927 en el *Asunto Lotus*: “*Solamente si la abstención ha sido motivada por la conciencia de un deber de abstención se podrá hablar de costumbre internacional*” (C.P.J.I. Rec., p. 28).

No obstante, esta visión de la costumbre establecida en los referidos fallos ha sido considerada por las corrientes postmodernas como una visión tradicional de la costumbre, asentada en un proceso de determinación inductivo desde la práctica particular. Ello, a diferencia de la percepción postmoderna de la costumbre internacional, surgida de un proceso deductivo desde las formulaciones declarativas de carácter general y contenido normativo (v.gr. resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, textos convencionales adoptados en conferencias internacionales, etc.), las que se consideran manifestaciones multilaterales de posición jurídica internacional (más que manifestación de práctica de los Estados en particular), que pueden declarar normas consuetudinarias existentes, cristalizar costumbre en formación o generar una nueva costumbre, incluso de modo instantáneo^{16 17}. Posición esta última que predomina en los pronunciamientos de la Corte argentina y sus magistrados aun cuando intenta en varios fallos determinar la existencia del *jus cogens* por la vía inductiva del modelo tradicional¹⁸. Debe tenerse en cuenta que no corresponde a los jueces nacionales determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (como es el *jus cogens*). Es a los jueces internacionales a quienes corresponde ese rol¹⁹.

En el *Caso Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad*²⁰ (de aquí en más “Caso Simón”), el procurador general en el punto IX de su dictamen expresó: “*la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya lo adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal; en otras palabras, una manifestación más del proceso de codificación del Derecho Internacional no contractual existente*”. Agregó a ello: “*En conclusión, ya en la década de los años setenta, esto es, para la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (ius cogens)*”²¹. No acompaña el procurador referencia alguna doctrinaria o jurisprudencial internacional, si bien, significativos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos le hubiesen permitido cómodamente cubrir esa falencia. Incluso, habría podido referir a

varios fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, funcionales a su percepción de la protección de los derechos humanos en Argentina (v. *infra*). Es de resaltar que el fallo de la Corte se declaró “concordante con lo dictaminado por el procurador general de la Nación”.

En el *Caso Priebke*, la Corte ha entendido que la **existencia y calificación de las normas de ius cogens** “no **depende** de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens **del Derecho internacional**” (consid. 4). Esta consideración, que compartimos, debiera haber llevado a la Corte a probar, en primer lugar, la existencia en el plano internacional de la norma internacional de *ius cogens* y su aplicabilidad *ratione temporis*. Igual observación cabe aplicar a las manifestaciones del procurador general en el *Caso Simón* a que hiciéramos referencia en el párrafo anterior. Esta observación es plena en la visión tradicional de la aplicación de las normas de derecho y relativa en la tendencia actual internacional en materia de derechos humanos, la que se inclina a considerar que las limitaciones *ratione temporis* que conllevan la imposibilidad de sancionar a quienes cometieron graves violaciones de derechos humanos o derecho humanitario deben ser neutralizadas para alcanzar la debida sanción.

En el *Caso Arancibia Clavel*, el juez Maqueda ha señalado el rango de las normas de *ius cogens*, expresando: “esta doctrina relacionada con **obligaciones internacionales de un rango superior que prevalecen sobre las normas legales nacionales** existía ya antes de la Segunda Guerra Mundial, y posteriormente recibió el apoyo de diversos publicistas de Derecho Internacional en el sentido de que **la prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de ius cogens**, de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso **por sobre todas las fuentes del derecho**” (consid. 31) ²². Bien hace referencia el magistrado a “ciertos” crímenes. Sin embargo, no precisó qué crímenes era esos y qué perfil material han tenido en la práctica internacional según la evolución histórica.

El mismo juez, en el mismo caso, recordó que la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase”, Judgement, ICJ Reports, 1970*, p. 3, había declarado específicamente que “... una esencial distinción debe ser trazada entre las **obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo**, y aquellas que surgen en relación con otro Estado en el campo de la protección diplomática. **Por su misma naturaleza las primeras son de interés de todos los Estados**. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede ser sostenido que **todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes**” (consid. 30) ²³.

En consid. 36, ha tratado la cuestión vinculada al origen de las normas de *ius cogens* conocidas como crímenes contra la humanidad, señalando que “*habían sido considerad[a]s ya en el Prólogo a la Convención de La Haya de 1907, en cuanto se señalaba que hasta que se haya creado un más completo Código de leyes de la guerra, las altas partes contratantes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas por ellas los habitantes y beligerantes quedan bajo la protección y la regla de los principios del derecho de las Naciones (law of nations), como resultan de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad, y los dictados de la conciencia pública (un lenguaje similar había sido usado en el punto 9 del Preámbulo de la Convención de La Haya de 1899 y posteriormente fue utilizado en los protocolos I y II de 1977 de la Cuarta Convención de Ginebra)*”. El magistrado no efectúa consideración alguna sobre la separación existente (en el tiempo a que hace referencia) entre el emergente derecho internacional humanitario y el entonces incipientísimo y aislado intento de protección de los derechos humanos. Tampoco justifica la referencia a normas del derecho de guerra *ius in bello* en la situación fáctica ventilada en el *Caso Arancibia*.

En el consid. 42 recuerda el voto separado del juez Bossert en el *Caso Priebke*, al que ya hiciéramos referencia: “**la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional (conf. arg. Fallos 318:2148, consid. 4), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos**”. Despierta dudas la expresión “principios” del *ius cogens* usada por Bossert y retomada por Maqueda y la propia Corte en el caso bajo comentario. Tal vez, con la expresión “principios” han pretendido hacer referencia a un sustrato que se halla en la base del *ius cogens*, es decir, máximas permanentes, nociones inmutables más allá de cualquier determinación de voluntad práctica, contradiciendo con ello la posición positivista que han querido sostener en reiteradas manifestaciones. Ello es particularmente observable en el consid. 32 del voto separado del juez Maqueda en el mismo caso y al que ya hiciéramos referencia *supra* ²⁴.

Abona esta percepción lo expuesto por el juez a continuación, en el mismo párrafo: “*En realidad, se ha edificado, en primer lugar, sobre nociones de protección de los derechos de todos los hombres a la vida, a*

la seguridad y a la propiedad, y su consolidación se ha configurado por la **práctica consuetudinaria general de las naciones civilizadas**. Sin embargo, resulta claro también que **este derecho penal internacional de protección de los derechos humanos contra los crímenes de lesa humanidad** ²⁵ **se afirma sobre el concepto de jus cogens o de orden público internacional** ²⁶, **en cuanto todos los Estados se encuentran obligados a su aceptación, independientemente de la existencia de un consenso previo**. Era admitido que ningún Estado podía -al ingresar al concierto de las Naciones- encontrarse ajeno al derecho de gentes al momento de la sanción de nuestra Constitución ²⁷. Del mismo modo, es también obvio que **ningún Estado de la comunidad internacional actual** ²⁸ **puede encontrarse ajeno a la vigencia de este ius cogens** ²⁹, **que obliga a las organizaciones gubernamentales a proteger a sus ciudadanos y a los ciudadanos de otros Estados de la comisión de crímenes de lesa humanidad**. Por consiguiente, corresponde verificar si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de acuerdo con las reglas consuetudinarias de Derecho Internacional o el Derecho Internacional convencional, o en virtud de los principios de derechos reconocidos por la comunidad de las Naciones, constituya o no una contravención al derecho vigente en el tiempo y lugar de su comisión en el sistema normativo nacional (ver al respecto la *Ley contra los Crímenes contra la Humanidad y de Guerra de Canadá -Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000-*, art. 4 inc. 3)". Bien señala el juez Maqueda, en esta última frase, que corresponde verificar: a) si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de conformidad al derecho internacional consuetudinario, el derecho internacional convencional ³⁰ u otra fuente de derecho internacional. El autor -coincidiendo con la enunciación de las fuentes del derecho internacional contenidas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia- se refiere, aparentemente, al expresar "otra fuente de derecho internacional", a la tercera fuente jurídica principal del derecho internacional: principios generales del derecho. Sin embargo, en la cita de la fuente y hace referencia a "principios de derechos" reconocidos por la comunidad de Naciones, fuente inexistente en el DIP. La ley canadiense (*Crimes Against Humanity and War Crimes Act* de octubre de 2000) citada por el juez Maqueda, en su art. 4.3, hace referencia a "general principles of law recognized by the community of nations". Es de observar que, de las referencias a fuentes del derecho internacional, se infiere que el Juez ha entendido que *la norma internacional debe haber existido como tal al tiempo de la comisión del delito*. Por otra parte, ante la referencia a la ley canadiense, cabe preguntarse qué valor tiene esa fuente de derecho comparado para definir qué es o no es el derecho internacional. Esa norma es simple manifestación de una práctica particular. La suma de esas prácticas, despojadas de sus particularidades locales, podría permitir a un árbitro o tribunal internacional determinar si una norma consuetudinaria internacional general existe, si un convenio está o no en vigor, si existe un principio general de derecho aplicable a la situación. A pesar de las críticas expuestas, es necesario reconocer y ponderar la moderación del juez Maqueda al no hacerse eco de otros artículos de la ley canadiense, la que se adjudicó el rol de vocera de la sociedad internacional y determinadora/creadora de su sistema normativo ³¹.

En el consid. 43, manifiesta el juez Maqueda que se trata de **"las pautas y principios que el Derecho Internacional ha construido en el último medio siglo para punir la práctica de delitos aberrantes y para evitar que, bajo cualquier procedimiento formal, la búsqueda y punición de sus responsables sea evitada mediante el solo fundamento en procedimientos legislativos -previos o post facto- que puedan convalidar tales crímenes"**.

En el *Caso Simón*, la Corte en su fallo señala, en el consid.17, que "tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la **jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una **imprescindible pauta de interpretación** de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ³² (conf. Fallos 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas ³³). También expresa que "si bien es cierto que el art. 75 inc. 20 CN. mantiene la **potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales**, tal facultad ha sufrido importantes **limitaciones en cuanto a sus alcances**. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente ³⁴ como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23492 y 23521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre "civiles y militares". Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orienta al **"olvido" de graves violaciones a los derechos humanos**, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, **constitucionalmente intolerables** (arg. art. 75 inc. 22 C.N.)" (consid. 16). Recordó asimismo que "la sentencia en el caso *"Barrios Altos"* no constituye un precedente aislado, sino que señala una **"línea jurisprudencial constante"**. Así, en la sentencia del 3/9/2001, al interpretar el alcance de dicho caso, la Corte Interamericana ratificó su decisión anterior y señaló que lo allí resuelto se aplicaba con efecto general

a todos los demás casos en que se hubieran aplicado las leyes de amnistía examinadas en aquella oportunidad, y volvió a insistir en que “(...) *la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención constituye ‘per se’ una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado*” (consid. 29)³⁵.

La Corte Suprema de la Nación argentina, en el mismo caso, señaló que “*tal principio conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el Derecho Internacional Humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del Estado argentino*” (consid. 48). Creemos que la tendencia de las “valoraciones actuales” carece de generalidad ya que, por ejemplo, el *Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)*, expresamente, dispone la vigencia de los principios *nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege, irretroactividad ratione personae* (arts. 22, 23 y 24 respectivamente) con respecto a los crímenes de su competencia, los “más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, como señala su Preámbulo.

Caracteres del *ius cogens*

En el *Caso Cabrera*, la Corte ha destacado que la norma de *ius cogens* es “**insusceptible de ser dejada de lado por acuerdos en contrario** conforme al art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” (consid. 9). Reafirmó tal precisión, en el mismo considerando, al señalar que esas normas constituyen un “**claro límite a la facultad de convenir internacionalmente**”.

En el *Caso Priebke*, los Dres. Nazareno y Moliné O’Connor, en voto separado, expresaron que las violaciones, base del pedido de extradición, “**conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional**” (consid. 70).

En el *Caso París Video Home S.A. v. Società Per Azioni Commerciale Iniziative Spettacolo /SACIS*³⁶ (“Caso París Video Home” de aquí en más), el magistrado Moliné O’Connor, en voto disidente ha considerado que las normas imperativas son de **invulnerable supremacía** (consid. 12).

El juez Boggiano, en voto separado en el *Caso Arancibia Clavel*, ha señalado que el *ius cogens* equivale a “**normas imperativas e inderogables de Derecho Internacional consuetudinario**” (consid. 11). Manifestación que se complementa con la reiteración del carácter “inderogable” señalado por el mismo juez en el consid. 34 del mismo fallo y en el consid. 18 del voto separado del juez Boggiano en el *Caso Suárez Mason*.

El mismo juez, en el *Caso Arancibia*, se ha referido al *ius cogens* como derecho **intemporal/retroactivo** y ha expresado que: “**en el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo, pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el Derecho Internacional: antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario**” (consid. 29). Además, ha recordado fallo anterior y afirmado que “**la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente, en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos 319:2779)**” (consid. 35). Surgen dudas sobre la legitimidad del enunciado atento a que vulnera el principio de temporalidad y modificabilidad en el tiempo de las normas de *ius cogens*, tal como están enunciadas en los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Cabe preguntarse qué perfil tiene el “principio de actualidad del orden público internacional” y si el juez Boggiano lo considera derecho internacional vigente, o bien, un enunciado de *lege ferenda*, que pretende eliminar el *ius cogens superviniens* (*ius cogens* sobreviniente).

En el consid. 30, el mismo magistrado ha afirmado: “[E]l principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Éste rige cuando la nueva ley es más rigurosa, pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre **imprescriptibilidad y retroactividad**” (art. I)³⁷. En el mismo considerando agregó que “**ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el jus gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de jus cogens, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (“Regina v. Finta”, Suprema Corte de Canadá, 24/3/1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente, pues las normas de ius cogens que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial**”. Es de observar que el fallo de la Suprema Corte de Canadá al que se refiere el Juez invoca un fundamento distinto para la aplicación del principio de retroactividad: “The

impugned sections do not violate ss. 7 and 11(g) of the *Charter* because of any allegedly retrospective character. The rules created by the *Charter of the International Military Tribunal* and applied by the Nuremberg Trial represented “a new law”. **The rule against retroactive legislation is a principle of justice.** A retroactive law providing individual punishment for acts which were illegal though not criminal at the time they were committed, however, is an **exception to the rule against ex post facto laws.** Individual criminal responsibility represents certainly a **higher degree of justice than collective responsibility.** Since the internationally illegal acts for which individual criminal responsibility has been established were also morally the most objectionable and the persons who committed them were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them cannot be considered as incompatible with justice. Justice required the punishment of those committing such acts in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they were performed. It follows that it was appropriate that the acts were made punishable with retroactive force”. (El resaltado nos pertenece) (v. *Supreme Court of Canada (Regina Finta v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf>*).

En el consid. 40, el juez Boggiano sostiene que “no es posible afirmar que el art. 18 CN., que establece el principio de legalidad y de irretroactividad, consagre una solución distinta en el art. 118 respecto de la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del Derecho Internacional como **integrantes del principio de legalidad.** La ley de lugar del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes”. Olvida el magistrado demostrar que el principio de retroactividad existe en derecho internacional como norma de *lege lata*. Tal como lo señaláramos con anterioridad, debe tenerse presente que el derecho comparado, la jurisprudencia comparada o la invocación unilateral por parte de uno o de varios Estados de principios generales del derecho como fuente de una decisión no pueden ser equiparados a ninguna fuente del derecho internacional.

En el consid. 34 reitera la **especial responsabilidad** para el Estado que engendra la violación de una norma de *ius cogens*. Entiende el magistrado que esa responsabilidad es puesta en evidencia por el art. 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el que establece la facultad de cualquiera de las Partes para someter a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia las controversias en que se cuestiona una norma de *ius cogens*. Debe observarse que la Convención se refiere a controversias entre Estados y no se ocupa de los temas relativos a responsabilidad internacional. Por el contrario, la Convención está señalando que cuando se trate de una controversia internacional relativa a la aplicación o a la interpretación del art. 53 o el 64 (normas de *ius cogens*) queda habilitado el recurso al más alto tribunal internacional (Corte Internacional de Justicia) para que se pronuncie sobre ello. Mal podría entenderse que esa facultad le es dada a los Estados individualmente para no caer en responsabilidad internacional.

En el *Caso Lariz Iriondo, Jesús M s/ solicitud de extradición*, del 10 de mayo de 2005 ³⁸, el juez Boggiano, en voto disidente, ha identificado la imprescriptibilidad con irretroactividad al expresar en el consid. 35 de su voto: “**Que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes ‘... son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido’**” (art. I). Entendemos que el eventual surgimiento de una nueva norma de *ius cogens* no necesita ser justificada mediante artilugios en la aplicación de un sistema jurídico (“viejo”) al que busca modificar. Basta que la comunidad internacional en su conjunto la considere esencial como para ser considerada imperativa en ese momento histórico-político. La nueva práctica acompañada de la *opinio juris* debe darse en dos planos: a) la aplicación retroactiva de normas o no (acción-omisión); b) la manifestación de apoyo o rechazo a los pronunciamientos de tribunales que aplican retroactivamente las normas en ciertas circunstancias (acción-omisión). Es de observar que el Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia establecido por Res. 827 (1993) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, tiene una competencia temporal retroactiva: el juzgamiento de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad desde el 1 de enero de 1991. Similar situación se da con la competencia del Tribunal Internacional para Ruanda cuyo Estatuto es establecido por Res. 955 (1994) del Consejo de Seguridad, abarcando su jurisdicción los crímenes cometidos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. Igualmente el Tribunal Especial de Sierra Leona creado en Resolución del Consejo de Seguridad 1315 de 14 de agosto de 2000 tiene competencia sobre hechos cometidos a partir del 30 de noviembre de 1996. Distinta es la situación en el caso del Estatuto de Roma de Corte Penal Internacional, el que, en el art. 11 establece que la Corte tendrá competencia “únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor de la Convención”. Por otra parte, entendemos que no es legítimo identificar los alcances y significados de “imprescriptibilidad” y “retroactividad”, ya que la primera expresión indica que “no puede extinguirse” una obligación/derecho por el transcurso del tiempo, con lo que la norma debe

haber existido en el pasado. Es decir, se trata de fuerza normativa hacia el futuro; en cambio, la segunda indica la fuerza normativa de una fuente naciente que pretende actuar sobre lo pasado.

En el mismo caso, el juez Maqueda, en el consid. 28 de su voto separado, ha entendido con relación al *ius cogens* que “**su principal característica distintiva es su “relativa indeleblidad”, por constituir normas del derecho consuetudinario internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario**”. Creemos muy adecuada la expresión del magistrado “relativa indeleblidad”, en tanto una norma de *ius cogens* puede ser reemplazada por otra. Con relación a la expresión de “efecto contrario”, debe observarse que el magistrado cometió un error seguramente involuntario, ya que el “efecto” de una norma de *ius cogens* siempre es el mismo: norma imperativa que no admite acuerdo en contrario. Además, esa misma “relativa indeleblidad” es la que no permite, lógicamente, identificar imprescriptibilidad con retroactividad. No debe olvidarse que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados sólo reconoce dos tipos de *ius cogens*: el que en el momento del hecho-celebración del tratado esté en oposición a una norma imperativa de derecho internacional”, es decir irretroactivo³⁹ y el sobreviniente. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, tal como lo establece el art. 71 b) de la referida Convención, una norma sobreviniente de *ius cogens* permitirá que los derechos, obligaciones o situaciones creadas antes del nacimiento de la nueva norma de *ius cogens* podrán mantenerse “únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general”. Llama la atención que la Corte argentina no haya usado como argumento este dispositivo internacional.

En el considerando siguiente señaló que **la existencia de ese orden público internacional es**, desde luego, anterior a la entrada en vigencia de ese tratado en cada uno de los países que lo han ratificado en sus respectivos órdenes nacionales, porque, **por naturaleza, preexiste a su consagración normativa en el orden positivo** (consid. 29). Tal vez deba objetarse, como lo hiciéramos precedentemente la identificación del *ius cogens* con el *orden público internacional*, ya que si bien toda norma de *ius cogens* hace al orden público, no todo orden público es necesariamente norma de *ius cogens*. Por otra parte, a diferencia del *ius cogens*, las normas de orden público en su gran mayoría son normas positivas.

Comportamientos violatorios del *ius cogens*

En el *Caso Cabrera*, la Corte ha considerado que la “**completa privación de justicia y negación al derecho a la jurisdicción**”, constituye una violación a norma de *ius cogens* (consid. 11).

Similar afirmación, pero menos directa, es la que surge del fallo de la Corte en el *Caso Duhalde, Mario Alfredo v. Organización Panamericana de la Salud /Oficina Sanitaria Panamericana s/accidente - ley 9688*⁴⁰, la que en consid. 10 expresó: “**estos acuerdos, como todo tratado, deben adecuarse a los principios del derecho público contenidos en la Constitución Nacional (art. 27 de la Ley Fundamental) y muy especialmente, en lo que interesa en esta causa, al derecho a la justiciabilidad de toda controversia (art. 18 de la Constitución Nacional). En efecto, habida cuenta de que los Estados no podrían pactar en favor de la organización una inmunidad de jurisdicción absoluta, que comportase una **privación de justicia en perjuicio del justiciable**, resulta imprescindible -y ello hace a la validez de la cláusula del tratado que establece la inmunidad (doctrina de Fallos: 305:2150)- que la Organización internacional cuente con tribunales propios o jurisdicción arbitral o internacional, con garantías suficientes para administrar justicia en los posibles pleitos. Recientemente, este Tribunal ha afirmado que la existencia de un mecanismo alternativo satisfactorio de solución de controversias, es condición para el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción que compete a los organismos internacionales (Fallos: 316:1669)**”.

En el *Caso Paris Video Home*, Moliné O’Connor, en voto disidente, ha expresado que “**cabe tener en cuenta, asimismo, las normas y principios**⁴¹ **de diversos tratados internacionales -que actualmente ostentan jerarquía constitucional- mediante los que se garantiza una **suficiente y adecuada tutela del derecho de defensa en juicio**, previsto en el art. 18 CN. (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, arts. 8 y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 3 y 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. 18 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, art. 8 y que, aunque no sean específicamente aplicables al caso de autos, deben ser necesariamente respetados en su jerarquía respecto del Convenio con Italia sobre diligenciamiento de exhortos de 1887 para efectuar la exégesis propuesta, ya que -por su propia índole y atento a los derechos que pueden verse afectados, como ocurre en el caso- **constituyen normas imperativas de Derecho internacional general, de invulnerable supremacía, aceptadas y reconocidas por la comunidad****

internacional de Estados (art. 53 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)” (consid. 12). Es de observar que este pronunciamiento está en incompatibilidad con la mayoría de los incluidos en este trabajo.

En el *Caso Priebke*, la Corte ha entendido que los “**delitos** ⁴² **contra la humanidad**” constituyen violaciones a normas de *ius cogens* pero que esa **calificación** “**no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho internacional**” (consid. 4).

El juez Maqueda en el *Caso Arancibia Clavel* hizo referencia a “**crímenes contra la humanidad**”, señalando que “*su presupuesto básico es que también se dirigen contra la persona o la condición humana, y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción. Tales delitos se los reputa como cometidos contra el derecho de gentes, que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales” (consid. 38). Debe observarse que no todos los “delitos contra el derecho de gentes” que la comunidad se ha comprometido a erradicar constituyen crímenes de derecho internacional.*

En el *Caso Priebke*, en voto separado, los Dres. Nazareno y Moliné O’Connor han señalado que “*entre la serie de normas fundamentales que conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional se encuentran la prohibición de **genocidio**, el principio de no **discriminación racial** y los **crímenes de lesa humanidad***” (consid. 70).

El juez Bossert, en el mismo caso, ha señalado que la *Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad*, aprobada por Res. 2391 (XXIII) de la Asamblea General del 26/11/68, que entró en vigor el 11/11/70, declaró imprescriptibles a los **crímenes de guerra y de lesa humanidad**. Asimismo, entendió que corresponde sancionar a “*los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 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**, según la definición dada en el mismo estatuto y en las mismas resoluciones de ese organismo internacional 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 (art. 1)*” (consid. 80). Llama la atención esta referencia final del juez Bossert, que induce a confusión, ya que el art. 1 de la *Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio* de 1948 no hace referencia a la facultación para el ejercicio de la competencia universal. Por el contrario, esa Convención, en el art. 6 establece que “[l]as personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3 [genocidio, asociación para cometer genocidio, instigación al genocidio, tentativa de genocidio, complicidad en el genocidio] serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

En el *Caso Simón*, el procurador general en el considerando “C” de su dictamen expresó: “*Llegados a este punto, corresponde adentrarse en la cuestión referida a la compatibilidad de las leyes en análisis con **normas internacionales** que, como acabo de reseñar, **son a la vez normas internas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional**. Como lo he expuesto, me refiero a aquellas normas que imponen al Estado argentino el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad (arts. 1.1 Convención Americana de Derechos Humanos y 2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*”. “*Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la **tortura** ⁴³, las **ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias** y las **desapariciones forzadas**, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*” (párr. 41º, sentencia “*Barrios Altos*” Cte. IDH)”.

En el *Caso Cafés La Virginia S.A.* ⁴⁴, en voto separado, el Juez Boggiano ha hecho referencia a la “**sustancial coincidencia entre los valores y derechos protegidos por las normas de jus cogens y por nuestra Carta Magna**”, al referirse al art. 27 C.N. que dispone: “*El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*”. Principios cuyo

resguardo también se hallaría asegurado por la propia Convención de Viena, en cuanto establece en su art. 46 la nulidad de un tratado celebrado por un país en **violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de su derecho interno**” (consid. 25). Sin embargo, es de tener en cuenta que la causal de nulidad del art. 46 de la Convención no se corresponde con la violación de una norma de *ius cogens*, la que está enunciada en el art. 53, como causal separada con efecto *ex tunc*, a diferencia de la referida por el juez Boggiano (V. art. 69 de la Convención, relativo a “consecuencias de la nulidad de un tratado”)

En el *Caso Mera Collazos, Julio C. y otro s/ Extradición* ⁴⁵ (de aquí en más *Caso Mera Collazos*), el procurador general de la nación, Luis S. Gonzalez Warcalde, en el consid.11 de su dictamen consideró al **delito de terrorismo**, como susceptible de atacar la seguridad interna del Perú ⁴⁶. Sin embargo, en el consid. 13 expresó: “Creo que en este punto la respuesta es clara: tanto las convenciones internacionales como las normas nacionales, reconocen el derecho de un refugiado a no ser extraditado al país que motivó el refugio, beneficio que encuentra su fundamento en el **principio de no devolución o non refoulement**” de los **refugiados**. En apoyo de esa percepción hizo referencia i.a. al art. 33 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de Ginebra de 1951; al art. 22 inc. 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y a la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, acogida como resolución normativa de la OEA en 1985 ⁴⁷. Señaló que ese último documento “lo consideró como una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”. En el consid. 13 señaló que “toda vez que **las modernas tendencias internacionales tienden a negar todo trato de privilegio a los delitos terroristas**, he de considerar -favor rei- la conducta del requerido en forma aislada, separada de su contexto criminológico (...)” y postuló que “los hechos que se le imputan al requerido (consistentes en daños a vehículos y a dos postes de madera del alumbrado público y en propaganda ideológica), no han ocasionado perjuicios a la vida y a la salud de las personas, ni han consistido en restricciones prolongadas a la libertad individual, coacciones o extorsiones, que son los resultados típicos más graves en los delitos de terrorismo, y la razón por la cual se tornan repudiables para la comunidad internacional”.

En el *Caso Lariz Iriondo*, en voto separado los jueces Maqueda y Zaffaroni, han hecho **distinción entre crímenes contra la humanidad (terrorismo de Estado) del terrorismo**. Así señalaron: “Que en los casos considerados por el tribunal, especialmente en el caso Priebke (...) y en la causa (...) “Arancibia Clavel (...), según el Derecho Internacional convencional se trata de crímenes contra la humanidad y también éste establece expresamente su imprescriptibilidad, pero también -y esto marca la diferencia sustancial- al menos desde los primeros años de la última posguerra tanto su categoría como su imprescriptibilidad se hallaban consagradas por el Derecho Internacional consuetudinario, que los tratados posteriores no han hecho más que reafirmar y precisar. **La punición e imprescriptibilidad de los crímenes cometidos participando de un aparato de poder estatal y con su cobertura, consistentes en la eliminación de opositores bajo un régimen de estado de policía y adoptados como metodología programada, al igual que los crímenes de guerra, consistentes en la toma y eliminación de rehenes, era jus cogens desde mucho antes de su tipificación internacional precisa y cierta en tratados internacionales** ⁴⁸. Justamente, el **Derecho Internacional penal evolucionó en este aspecto desde las incertidumbres del jus cogens a la certeza de la legislación por tratados y convenciones** ⁴⁹. La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, en su art. I dispone que esos crímenes “son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”, lo que no implica que su aplicación sea retroactiva, sino que recoge en ley internacional lo que estaba desde antes vigente en el Derecho Internacional de fuente consuetudinaria, a tal punto que “afirma” la imprescriptibilidad, en lugar de “establecerla” (consid. 27) ⁵⁰. Agregaron: “Que **no puede decirse lo mismo de los delitos de terrorismo**, sin que importe la calificación actual conforme al Derecho Internacional fundado en los tratados vigentes, pues, al menos respecto de todos los actos hoy calificados como tales conforme al derecho de los tratados, no puede afirmarse la existencia de un Derecho Internacional consuetudinario previo a éstos. El concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso en el Estatuto de Roma, donde no fue posible lograr una definición, pese a la unánime condena. Tampoco en el sistema regional americano la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Barbados el 3/6/2002 (ratificada por ley 26023) logró un consenso sobre su tipificación ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad. Mal puede considerarse la vigencia de un Derecho Internacional consuetudinario consagrador de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los Estados hasta el presente” (consid. 28). Es de observar que los magistrados omiten tomar en consideración múltiples resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, al igual que Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, muchas de ellas adoptadas en el marco del Cap. VII de la Carta de Naciones Unidas, dirigidas a todas las naciones y obligatorias para la República Argentina, que condenan *todo tipo de terrorismo* y exigen de los Estados compromisos concretos,

cuyo no cumplimiento puede acarrear no sólo responsabilidad internacional, sino sanciones y medidas coercitivas inmediatas por parte del referido Consejo ⁵¹. El relativismo de las posiciones de la Corte argentina en materia de terrorismo lleva a pensar que se puede correr el riesgo de transformar a la práctica particular argentina en expresión no válida para la conformación de la *opinio juris*, imprescindible para que esa práctica constituya la base de una norma consuetudinaria de carácter general, como es el *jus cogens*. Patrick D. Curran, citando a Elaine Sciolino, lleva a tener presente que el relativismo cultural y sus acciones pueden llegar a transformarse en el “último refugio de la represión” ⁵². Si la práctica no se basa en una *ratio juris* fundada en *estándares de validez general* no tendrá entidad para construir derecho consuetudinario del carácter del *ius cogens*. Bien señala Paulus que el *ius cogens* es manifestación de la “convergencia mínima de intereses y valores de la comunidad internacional” y recuerda que la Corte Internacional de Justicia es tribunal autoritativo para ser intérprete del *ius cogens* ⁵³. Hace algo más de una década que se ha comenzado a sostener en la doctrina que las violaciones del *ius cogens*, implican la no aplicabilidad de excepciones, privilegios u otras garantías judiciales y procesales ⁵⁴. Sin embargo, la convergencia en materia de efectos sustantivos y procesales de la violación de normas de *ius cogens* no ha alcanzado uniformidad ni universalidad. Ello, especialmente, si se tiene en cuenta que, en la sentencia de 14 de febrero de 2002, en el *Asunto del Mandato de Arresto de 14 de febrero de 2000 (Congo c. Bélgica)*, la C.I.J. ha señalado: “70. La Cour note que l’émission du mandat d’arrêt litigieux, comme telle, constitue un acte de l’autorité judiciaire belge ayant vocation à permettre l’arrestation, sur territoire belge, d’un ministre des affaires étrangères en exercice inculpé de crimes de guerre et de crimes contre l’humanité. Le caractère exécutoire du mandat ressort clairement de l’injonction adressée “à tous huissiers de justice et agents de la force publique ... de mettre le présent mandat d’arrêt à exécution” (voir paragraphe 69 ci-dessus), ainsi que de l’affirmation, faite dans le mandat, que “la qualité de ministre des affaires étrangères que possède à l’heure actuelle l’inculpé n’entraîne pas d’immunité de juridiction et d’exécution”. La Cour observe certes que le cas de visite officielle de M. Yerodia en Belgique a été réservé dans le cadre dudit mandat, et que M. Yerodia n’a fait l’objet d’aucune arrestation en Belgique. Elle doit toutefois constater que, **compte tenu de la nature et de l’objet du mandat, la seule émission de celui-ci portait atteinte à l’immunité de M. Yerodia en sa qualité de ministre des affaires étrangères en exercice du Congo. La Cour en conclut que l’émission dudit mandat a constitué une violation d’une obligation de la Belgique à l’égard du Congo, en ce qu’elle a méconnu l’immunité de ce ministre et, plus particulièrement, violé l’immunité de juridiction pénale et l’inviolabilité dont il jouissait alors en vertu du droit international**”. (El resaltado nos pertenece).

Este pronunciamiento pone en evidencia que ciertas tendencias recientes en materia de jurisdicción penal internacional aún son de *lege ferenda* para el derecho internacional ⁵⁵.

Por otra parte, con referencia al terrorismo, en el *Caso Lariz Iriondo*, el juez Boggiano, en voto disidente, manifestó: “(...) no puede dejar de destacarse el compromiso asumido por el gobierno argentino frente a representantes de la comunidad judía y familiares de las víctimas del atentado contra la AMIA, de impulsar la sanción de una ley que impida la prescripción de causas que investiguen actos de terrorismo y que equipare expresamente esos delitos a los crímenes de lesa humanidad (...)” (consid. 39).

El juez Boggiano, en voto separado en el *Caso Arancibia Clavel*, ha enunciado de modo genérico que “**los derechos básicos de la persona humana son considerados de ius cogens, esto es, normas imperativas e inderogables de Derecho Internacional consuetudinario**” (consid. 11). Algunos doctrinarios han llegado a afirmar que todos los derechos humanos son normas de *ius cogens*, lo que ha motivado críticas de fuerte contenido por parte de sus colegas ⁵⁶.

Algunos corolarios sustantivos y procesales de violaciones a normas de *ius cogens*

Sustantivos

En el *Caso Cabrera*, la Corte ha considerado que la violación por parte de un tratado de una norma de *ius cogens* acarrea la “**nulidad ab initio**” del mismo “conforme el ya citado art. 53 Convención de Viena de 1969”, “de carácter absoluto”, “**declarable por el tribunal aun sin petición de parte**” (consid. 11). El mismo considerando agrega que “(l)a invalidez se retrotrae a la fecha misma del acto nulo como si éste nunca hubiera tenido lugar”. Es de observar que no toda norma de *ius cogens*, de conformidad a la referida Convención, tiene ese efecto. La Convención distingue en sus artículos 53 y 64 los efectos diferenciados que tienen las situaciones de disposiciones que contravienen una norma de *ius cogens* sobreviniente (con efecto

ex nunc) de las que violan una norma de *ius cogens* vigente al momento de la celebración del acuerdo (con efecto *ex tunc*)⁵⁷.

En el *Caso Priebke*, los magistrados Nazareno y Moliné O'Connor, en voto separado, han señalado que “*el carácter de ius cogens (...) lleva implícita su inmunidad frente a la actividad individual de los Estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de ilegalidades*” (consid. 70). A este pronunciamiento le cabe igual observación a la que efectuáramos en párrafo precedente. Aspecto importante a la hora de ponderar las valoraciones de la Corte y sus magistrados en materia de retroactividad de ciertos dispositivos legales.

El juez Maqueda, en el *Caso Arancibia Clavel*, ha señalado que los principios surgidos del orden imperativo internacional “*se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores*” (consid. 33).

En el consid. 44, el mismo magistrado, afirma que “*los forjadores del sistema penal internacional constituido desde fines de la Segunda Guerra Mundial tuvieron en cuenta desde sus inicios la necesidad de castigar a los miembros de agrupaciones cuyo objetivo era la comisión de crímenes contra la paz y contra la humanidad, y desde tal perspectiva incorporaron figuras tales como la conspiración o la participación en organizaciones criminales, que tienen coincidencias parciales -aunque sustanciales- con el tipo de la asociación ilícita consagrado en el art. 210 CPen. Sin perjuicio de lo expresado, debe tenerse en cuenta que la ponderación de las figuras penales formadas en estos casos se vincula con pautas propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que priman sobre los principios clásicos del derecho penal, dadas las excepcionales circunstancias en que esas conductas aberrantes se han producido*”.

Procesales

En el *Caso Cabrera* la Corte ha reconocido al art. 53 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados condición de dispositivo “*autoejecutivo según la mira o propósito de los Estados contratantes atento sus posibilidades de real y concreta vigencia*” (consid. 9)⁵⁸.

En el mismo caso, el fallo de la Corte ha estimado que la violación por parte de un tratado de una norma de *ius cogens* vicia ese acuerdo de *nulidad absoluta*, resultando tal condición “*declarable por el tribunal aun sin petición de parte*” (consid. 11)⁵⁹.

En el *Caso Priebke*, el fallo de la C.S.J.N. ha considerado que para los crímenes de lesa humanidad “*no cabe la prescripción y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada*” (consid. 5).

Recordamos que el juez Bossert en el mismo caso, en voto separado, ha señalado que la *Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad*, declaró *imprescriptibles* a los crímenes de guerra y de lesa humanidad (en tiempos de paz y de guerra), a las infracciones graves del derecho internacional humanitario y al genocidio (consid. 80).

Además, ha señalado que “*en la medida en que la comisión de esos hechos afecta(ba) a la humanidad en su conjunto y a las normas del Derecho de Gentes, con lo cual quedaba involucrado en autos el principio de inexorabilidad de su juzgamiento, del que se deriva como corolario lógico el de su imprescriptibilidad*” (consid.10)⁶⁰.

El juez Boggiano, en voto separado en el *Caso Arancibia Clavel*, ha destacado la “*conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad*” (consid. 30). Agregó, además, que “*la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente, en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos 319:2779)*” (consid. 35). Sostuvo, asimismo, que “*no es posible afirmar que el art. 18 CN., que establece el principio de legalidad y de irretroactividad, consagre una solución distinta en el art. 118 respecto de la aplicación de las normas del ius cogens relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del Derecho Internacional como integrantes del principio de*

legalidad. La ley de lugar del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes” (consid. 40).

El magistrado Bossert, en el *Caso Priebke*, ha entendido que el requerimiento de la **“doble subsunción” no requiere la valoración en concreto** (basada en la denominación del delito y en la estricta interpretación de los elementos típicos), **bastando aplicar el criterio in abstracto “a partir de la sustancia criminal del hecho con prescindencia del apego estricto al ‘nomen juris’ del tipo legal, que evita que la eficacia del instituto de la extradición se vea frustrada u obstaculizada con motivo de las diferencias propias que reconocen las calificaciones legales de los Estados Parte”** (consid. 20) ⁶¹.

PARTE II

Evolutividad del perfil del *ius cogens*

Entre las numerosas referencias a la evolutividad del perfil del *ius cogens*, destacamos sólo algunas de las expresiones vertidas por la Corte o sus magistrados en los casos bajo consideración. Así, en el *Caso Priebke*, los Dres. Nazareno y Moliné O’Connor han puesto en evidencia que reconocen que se está produciendo un cambio jurídico en ciertos miembros de la sociedad internacional al hacer presente que, a pesar de que algunos Estados ratificaron o adhirieron a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, **“debe reconocerse que no existía en ese momento ni existe en las actuales circunstancias de derecho internacional, una norma reconocida y aceptada por las naciones civilizadas como de práctica obligatoria, en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra”** (consid. 69). Han recordado, en el mismo considerando, que la República Argentina se abstuvo de votar la adopción del texto de la referida Convención en el ámbito de las Naciones Unidas. A pesar de ello estimaron que eso no acarrea limitaciones ya que se trata de *normas fundamentales, consuetudinarias que “conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional”* (consid. 70). Las afirmaciones de los considerandos 69 y 70 referidos en este párrafo no lucen congruentes entre sí, sin necesidad de comentario alguno.

El juez Maqueda en el *Caso Arancibia Clavel* ha señalado que **“el *ius cogens* (...) se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos Estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre Estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (...), teniendo en cuenta que el Derecho Internacional crece a través de decisiones alcanzadas de tiempo en tiempo en procura de adaptar principios a nuevas situaciones (...)”**(consid. 33).

Argumentaciones contrarias a la aplicación evolutiva del *ius cogens* con capacidad de neutralizar los principios de legalidad del derecho penal en Argentina

La alegación de conformación de una nueva norma consuetudinaria de carácter general, particularmente una del rango del *ius cogens*, requiere de la constatación de la convicción jurídica de su inderogabilidad con carácter general, universal, representativo de la comunidad de Estados en su conjunto.

Para poder aplicar el criterio de imprescriptibilidad *ex tunc* con capacidad de neutralizar ciertos principios de legalidad del derecho penal (entre ellos el de irretroactividad), según la teoría tradicional, resulta imprescindible probar que la norma consuetudinaria de *ius cogens* existía en el momento del crimen. Si bien, esta afirmación no se corresponde con el derecho internacional en evolución, que aplica la Corte ⁶², debe tenerse en cuenta que el derecho intertemporal internacional exige que un derecho y su manifestación continuada se ajusten a las exigencias del derecho en evolución (*tempus regit actum*) ⁶³.

Desde la posición clásica, varios magistrados, en votos disidentes han sostenido que:

- Es necesario para la extradición **la doble subsunción in concreto y la existencia de norma lata precisa y vigente** para ello ⁶⁴.

- El *ius cogens* **no puede tipificar delitos** ⁶⁵.

- **No se admite la retroactividad de las normas penales**, en base a lo dispuesto en los art. 18, 75.22 de la Constitución Nacional, art. 11. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos **según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito**”) y disposiciones equivalentes reiteradas en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos, en art. 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, etc. ⁶⁶.

- La única alusión de la Constitución al “derecho de gentes” es el **art. 118**, que **constituye solamente una regla de competencia judicial** ⁶⁷.

- La **necesidad de aplicar el derecho constitucional vigente** ⁶⁸;

- **La aplicación de los principios y normas del derecho de gentes, entendido éste como todo aquello que constituye parte esencial de la conciencia contemporánea y colectiva de los pueblos civilizados**, y, por vía de ésta, la declaración de imprescriptibilidad de las penas correspondientes a hechos anteriores al dictado de las normas nacionales mediante las cuales la Argentina, como Estado soberano, se adhirió a él, **equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos de cuyo juzgamiento se trata** ⁶⁹.

- La **aplicación de la costumbre internacional** contrariaría las exigencias de que la ley penal debe ser cierta -exhaustiva y no general-, estricta -no analógica- y, concretamente con relación al *sub lite, scripta* -no consuetudinaria-. Sintetizando: las fuentes difusas -como característica definitoria de la **costumbre internacional**- son claramente incompatibles con el principio de legalidad ⁷⁰.

Consideraciones finales

Convergencia entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

El **derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos** difieren en cuanto a su origen como en lo que hace a las situaciones en que se aplican y al sistema que los regula. Sin embargo tienen un mismo objetivo: proteger y salvaguardar a la persona humana. La separación entre ambos sistemas se ha ido atenuando, hablándose de “convergencia” entre ambos sistemas, en tanto, ciertos derechos humanos resultan *inderogables* en tiempos de guerra. Ello, particularmente, con base en el art. 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que contiene una lista de derechos que se han de proteger en todas las situaciones ⁷¹. Confirman esta percepción de inderogabilidad dos opiniones consultivas de la C.I.J. ⁷². La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La Tablada* (30 de octubre de 1997), ante la denuncia de atacantes sobrevivientes por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario, examinó su competencia para aplicar directamente el derecho internacional humanitario y finalmente respondió afirmativamente a esta cuestión. Es de observar que la Corte Interamericana en el caso *Las Palmeras* (Serie C, Nº 67, 2000, párr. 33) se apartó de la posición de la Comisión y decidió que no tenía jurisdicción para aplicar el derecho internacional humanitario directamente. Sin embargo, morigeró su posición en el caso *Bámaca Velázquez* en el que la Corte alegó que, para evitar incurrir en una restricción ilícita del derecho de los derechos humanos y en aras de la interpretación conforme al art. 29 de la Convención, se permitió remitirse y recurrir a otros tratados en que Guatemala es Parte, entre ellos el Convenio de Ginebra de 1949 (Serie C, Nº 70, 2000, párr. 207).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en varios casos la posibilidad de remitirse a normas del derecho internacional humanitario, habiéndose pronunciado favorablemente en varios. *I.a.: Engel c. Países Bajos (Engel et autres c. Pays-Bas - 22 (8.6.76 et 23.11.76), Chipre c. Turquía (Chypre c. Turquie [GC], Nº 25781/94, CEDH 2001-IV -10.5.01).*

Retroactividad

En el caso *Ilascu*, ventilado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Rusia y Moldavia fueron condenadas por violar varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la detención y

encarcelamiento de cuatro ciudadanos moldavos en un centro de la Transnistria, a pesar de no haberse hallado vigente para ellos el Convenio a la fecha de la comisión de los hechos (*Ilascu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, CEDH 2004-VII - (8.7.04) ⁷³. Algunos doctrinarios han observado que en el evolutivo derecho internacional el principio *non bis in idem* es un “mito” que agoniza en el derecho procesal actual ⁷⁴.

Percepciones postmodernas han afirmado la relatividad del principio de no retroactividad vinculado a la imprescriptibilidad de ciertos crímenes. Ello se observa en varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v.gr.: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 153.; *Caso Barrios Altos*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párr. 41; *Caso Trujillo Oroza*, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, N° 92, párr. 92 b). También se observa en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, i.a.: *Ilascu, Alexandu L. y otros c. Moldavia y Rusia*; *Bankoviæ y otros c. los países miembros de la OTAN*; *Gorraz Lizarraga y otros c. España* (sentencia de 27 abril 2004); *Stran y Stratis Andreadis c. Grecia* (sentencia de 9 décembre 1994, Série a n° 301-b), *Papageorgiou c. Grecia* (sentencia de 22 octubre 1997, Recueil 1997-vi), *Building Societies c. Reino Unido* (sentencia de 23 octubre 1997, Recueil 1997-vii), *Zielinski y Pradal § Gonzalez y otros c. Francia*, n° 24846/94, 1999-vii).

Es de observar que, en todo el mundo, los gobiernos que han asumido tras largos conflictos armados, rebeliones civiles o dictaduras, han preferido otorgar amnistías colectivas o individuales a quienes cometieron graves violaciones a los derechos humanos, como medio de pacificación social. Esa práctica, actualmente, al influjo de nuevas tendencias político-ideológicas es catalogada de viejo y aberrante derecho y suplantada en la práctica de un número creciente de Estados, aun cuando tal número esté lejos de representar una conciencia común de la comunidad de Estados.

Contenido del *ius cogens*: paso del valor institucional al individual

En resumen, creemos que *el contenido del ius cogens ha ido variando en las últimas décadas*, basado en las mutaciones operadas en la sociedad internacional y sus percepciones político-ideológico-culturales, *pasando de:*

- **la prevalencia del valor institucional estatal universalista** (*derecho humano colectivo a que se respete 'ad intra' y 'ad extra' el sistema elegido por la comunidad para regularse*, manifestado en los principios de imperio y soberanía, principio de no intervención, principio de efectividad) con derecho del Estado a someter a grupos sediciosos o rebeldes que pudiesen poner en peligro las instituciones del Estado de la manera que estimara adecuado, para preservar la sociedad como conjunto y sus derechos colectivos establecidos con carácter de obligación primaria y fundamental del Estado

a un estadio caracterizado por:

- **la prevalencia del valor individual de los derechos humanos con percepción crítica, reflexivista, particularista**, implicando ello la debilitación de los principios fundamentales de la etapa anterior, correspondiendo al Estado asegurar la protección del individuo con visión fundada en percepciones propias del relativismo cultural ⁷⁵.

En el *Caso Priebeke*, los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor han expresado: “**El carácter de *ius cogens* de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actividad individual de los Estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de ilegalidades. La función del *ius cogens* es así proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal**” (cons. 30).

Estas expresiones y muchas de las que destacamos durante el desarrollo de este trabajo, ponen en evidencia que la sociedad nacional y parte de la internacional ha cambiado. A la modernidad-racionalidad-prevalencia de lo social/institucional y la seguridad jurídica del colectivo ha sucedido (probablemente, como en otras épocas históricas por un corto período)⁷⁶, una era postmoderna-relativista agnóstica, criticista o constructivista con prevalencia de lo particular/individual, facticista/casuista, tal como lo señaláramos *supra* ⁷⁷.

Destacamos esta percepción de “nueva sociedad”, “nuevo derecho”, en tanto, los dos tribunales internacionales de derechos humanos que existen (a más de un relativamente importante número de tribunales nacionales) se han ido adhiriendo a la visión postmoderna señalada. La misma ha ido creciendo y

contribuyendo a la formación de una nueva *opinio juris*. Decimos esto último, en tanto, los Estados no se han retirado de los tratados que crearon el sistema jurisdiccional que cambió su doctrina jurisprudencial, ni han retirado sus declaraciones de sumisión obligatoria a esas cortes, como respuesta a sus fallos, convalidando con ese comportamiento la nueva tendencia. Es una dimensión jurídica que avanza sin oposición de los Estados, más allá de que algunas voces de doctrinarios se hayan alzado al rescate de un orden general social que dé seguridad jurídica a todos, como bien superior colectivo. Es de observar que la sociedad es más amplia, dinámica y heterogénea que nunca, bien distante de la homogénea cultura de civilización europea, predominante unas décadas atrás.

La ligereza con que tribunales nacionales e internacionales de derechos humanos han determinado que ciertas conductas comportan violaciones contra el *ius cogens*; han interpretado que tales violaciones son imprescriptibles y no admiten limitaciones de tipo procesal para sustraer al culpable de sanción (*i.a.* irretroactividad/ley previa, *non bis in idem*, ley más beneficiosa, obediencia debida, inmunidad de jurisdicción, etc.), basados, fundamentalmente, en el principio de justicia y el deber de no dejar impunes graves crímenes de derecho internacional, invocando un derecho internacional aún no establecido pero en gestación a través de esa práctica, hace que debamos reconocer que la nueva norma de *ius cogens* en formación o consolidación ha aparecido de la mano de un relativismo ideológico-cultural desarrollado tras el fin de la Guerra Fría en buena parte del orbe. Si bien, de conformidad al art. 66 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, corresponde a la Corte Internacional de Justicia, determinar, la existencia o no de una nueva norma de *ius cogens*, mediante un mecanismo establecido que representa los principales sistemas jurídicos del mundo, su manifestación -hasta la fecha- continúa imperturbable y no acompaña el impulso de los tribunales de derechos humanos ⁷⁸, lo que habrá de confirmarse o rectificarse a la hora de dictar sentencia en el *Asunto relativo a ciertos procedimientos penales iniciados en Francia* (Congo c. Francia), asunto en el que la Corte ha vuelto a prorrogar los plazos para la réplica y la dúplica de los Estados litigantes ⁷⁹.

Conclusiones

En resumen, conforme con el derecho internacional no puede asegurarse que el perfil con que la C.S.J.N. ha aplicado el *ius cogens* responde al derecho internacional vigente. Por ahora, sigue siendo sólo la manifestación de una práctica particular, conformadora eventualmente de una nueva costumbre internacional en formación. Cuanto más ideologizado/parcializado esté el perfil de una norma que se pretende de *ius cogens*, tanto menos posible será su conformación como norma de derecho internacional general. El peligro de la politización y forzamiento de la evolución del derecho ha sido destacado por Danilenko ⁸⁰. La presión puede llevar a una más conflictiva relación interestatal por falta de consenso en la sensible cuestión relativa a la construcción normativa del *ius cogens* ⁸¹.

No debe olvidarse que para que una norma de *ius cogens* sea y opere como tal -verdadero pilar de la unidad material del orden jurídico como la ha designado Pierre-Marie Dupuy ⁸²- ésta debe ser manifestación de los intereses fundamentales de la comunidad de Estados, aceptada y reconocida por esa comunidad de Estados como un todo, determinada en su contenido internacionalmente y, en tal carácter, aplicada en el plano internacional y en el interno ⁸³.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Coordinadora del IDIPDI.

¹ Nos centraremos en los casos *Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande; Cafés La Virginia S.A. s/ apelación por denegación de repetición; Priebe, Erich s/ solicitud de extradición / causa N° 16063/94; París Video Home S.A. v. Società Per Azioni Commerciale Iniziative Spettacolo /SACIS; Duhalde; Mario Alfredo v. Organización Panamericana de la Salud /Oficina Sanitaria Panamericana s/accidente; Mera Collazos, Julio C. y otro s/ Extradición; Arancibia Clavel, Enrique L. s/ asociación ilícita; Lariz Iriondo, Jesús M. s/ solicitud de extradición; Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad. Tomaremos en consideración los votos separados o en disidencia de los magistrados ya que, en algunos casos, echan luz a la posición del alto tribunal, permitiendo comprender el alcance y la evolución de los acuerdos a los que han arribado los magistrados al constituir las mayorías necesarias para dictar el fallo. También haremos referencia a otros casos cuando éstos han considerado a las normas de *ius cogens* pero sin usar explícitamente esa expresión.*

² Para asegurar la fidelidad de las referencias, sin correr el riesgo de modificar los pronunciamientos seleccionados, en lo posible, mantendremos los textos en su redacción original, indicando la cita textual entre comillas y bastardilla. Nos permitiremos resaltar con negrita las partes relevantes para el desarrollo del análisis.

³ C.S.J.N., 5/12/1983, *Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* (V. Fallos 305:2150). Fallo pronunciado en el recurso extraordinario presentado por la demandada (Comisión Técnica Mixta de Salto Grande) contra la

sentencia dictada por la CNTrabajo, Sala 4ª, por la que se había declarado la inconstitucionalidad del art. 4º ley 21756, y consecuentemente, la competencia del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de la Capital Federal. La Corte confirmó la sentencia de la Cámara.

⁴ Consid. 9 del fallo de la Corte.

⁵ Hacemos referencia a la Convención de 1969 (relativa a relaciones entre Estados), pero sería igualmente citable la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y Organizaciones Internacionales entre Sí* de 1986, por mantener en su casi totalidad idéntico texto ambos documentos (a excepción de los sujetos involucrados). Art. 53: “*Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens)*. 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”.

⁶ C.S.J.N., 2/11/1995, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa N° 16063/94, J.A. 1996-I-328* (V. Fallos 318:2148). El fallo de la C.S.J.N. se dictó contra la sentencia de la Cámara Federal de Gral. Roca que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia. El Ministerio Público había deducido recurso ordinario de apelación, el que fue concedido. La Corte entendió que el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la Jefatura de policía alemana, de entre los trescientos cincuenta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configuró *prima facie* delito de genocidio. Ello así, sin mengua de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio.

⁷ Esta expresión es equivalente a la más frecuentemente empleada en derecho internacional: “*minimum* de orden interno internacionalmente exigible”. Idéntica expresión ha sido empleada por Bossert en el mismo caso (consid. 30 de su voto separado).

⁸ *Caso Schwammberger, Joseph s/ extradición*, fallo de 20 de marzo de 1990.

⁹ C.S.J.N., 13/8/1998, *Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.* (V. Fallos 321:2031). Contra la resolución de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal que decidió -por mayoría- tener presente la respuesta del Estado Mayor del Ejército en lo referente al destino de las personas desaparecidas en jurisdicción dependiente del Primer Cuerpo del Ejército entre 1976 y 1983 y resolvió, asimismo, que los autos sigan según su estado (lo que implicó la denegación de diversas medidas de prueba solicitadas por la Sra. Carmen Aguiar de Lapacó -madre de una de las desaparecidas-. Aguiar de Lapacó dedujo recurso extraordinario, el que fue concedido. La Corte declaró improcedente el recurso extraordinario dado que la realización de las medidas requeridas implicaría la reapertura del proceso y el consecuente ejercicio de actividad jurisdiccional contra quienes han sido sobreesidos definitivamente por las conductas que dieron lugar a la formación de la causa.

¹⁰ En el consid. 20 vuelve a hacer referencia al *ius cogens* como “derecho inderogable”.

¹¹ C.S.J.N., 24/8/2004, *Arancibia Clavel, Enrique L. s/ asociación ilícita* (V. J.A. 2004-IV-426). El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 condenó a Enrique L. Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito de asociación ilícita (Dirección de Inteligencia Nacional -DINA. Exterior-, dependiente del gobierno de facto de Chile) agravada en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos de Carlos J. S. Prats y Sofía E. Cuthbert Chiarleoni. La Sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple, sobreesiendo a Arancibia Clavel por este hecho. La querellante -en representación del gobierno de Chile- interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja ante la Corte.

¹² Tal como lo señaláramos en trabajo anterior, el origen filosófico del *ius cogens*, la base de su fuerza obligatoria, se ha hecho depender del derecho natural (jusnaturalistas) o del orden público y las buenas costumbres (juspositivistas). Recordamos a Le Fur al expresar: “*Le droit positif vient non pas créer, mais seulement dire -c'est-à-dire poser, déterminer et préciser- ce droit naturel et le revêtir de son vêtement normal, une sanction positive, pratiquement indispensable; sans elle en effet, on ne se trouve en présence que d'une lex imperfecte, comme ce fut longtemps le cas pour le droit international, que n'est même pas encore complètement sorti de ce stade primitif. Le droit complet est celui qui réunit dans une synthèse nécessaire les deux éléments indispensables du droit, le fond et la forme, le droit naturel ou mieux rationnel (...) et el droit positif*” (LE FUR, L. E., “La Théorie du Droit Naturel depuis le XVII siècle et la doctrine moderne”, en *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de L'Haye (RCADIH)*, 18, 1927-III, p. 399). En trabajo anterior afirmamos que, de una forma u otra los positivistas se han visto constreñidos a admitir limitaciones a la voluntad de los Estados basadas en la “licitud” moral del objeto del acuerdo, frecuentemente basada en fuentes extrapositivas (V. nuestro trabajo “Las normas imperativas de derecho internacional general *ius cogens*). Dimensión sustancial”, en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (coord.) *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Lerner, Cba., 2002, p. 658 y ss.). Nieto-Navia recuerda que ya Grocio hacía referencia a un “derecho natural necesario” el que implica la ilegalidad de toda norma convencional o consuetudinaria que lo violara (GROTIUS, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625), 1, Ch. 1, X, 5). V. NIETO-NAVIA, R. “International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and the International Humanitarian Law”, La Haya, 2001, p. 6. (V. <http://www.iccnw.org/documents/Writing ColombiaEng>).

¹³ Extrae la cita del caso *Regina v. Finta*, Suprema Corte de Canadá, 24/3/1994.

¹⁴ Con relación a la “intangibilidad”, “intransgresibilidad”, “inderogabilidad”, sus similitudes y diferencias, su fuerza actuante en caso de derogación positiva o negativa, resultan esclarecedoras las reflexiones de KOLB, R., “*Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation 'positive' et 'négative'*”, *Revue Générale de Droit International Public*, 2005, 2, ps. 305-329). V., asimismo, del mismo autor *Théorie du jus cogens international*, París, p. 209 y ss.

¹⁵ V. nuestro trabajo “La Comisión de Derecho Internacional de la ONU” en *La política internacional, el derecho y el territorio nacional, Homenaje a Enrique Ferrer Vieyra*, Ediciones del Copista, Cba., 1997, ps. 379-399.

¹⁶ Conf. ROBERTS, A. E., “Traditional and Modern Approach to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, vol. 95, p. 757 y ss.

¹⁷ Esta visión postmoderna reflectivista, sin embargo, choca con la postmoderna criticista que considera ficciones al consenso y a la universalidad. En tal sentido, por ejemplo, Carter expresa: “*The crucial question is simply whether a positive system of universal international law actually exists, or whether particular states and their representative legal scholars merely appeal to such*

positivist discourse so as to impose a particularist language upon others as of if were a universally accepted legal discourse. So post-modernism is concerned to unearth difference, heterogeneity and conflict as reality in place of fictional representations of universality and consensus” (conf. CARTER, A., “Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law”, *EJIL*, Vol. 2, N° 1, p. 66).

¹⁸ V. *infra*.

¹⁹ V. BARBERIS, J.A., *Formación del derecho internacional*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, s/f, ps. 106-107.

²⁰ C.S.J.N., 14/6/2005, *Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad* V. (SJA 2/11/2005). Julio H. Simón interpuso recurso extraordinario contra el pronunciamiento de la Sala 2ª de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Bs. As., que confirmó el auto de primera instancia que decretaba el procesamiento con prisión preventiva de Simón y ampliaba el embargo sobre sus bienes, por crímenes contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurrían materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí. La denegación del recurso extraordinario, dio origen a la queja ante la Corte. Julio H. Simón, fue imputado por Horacio Verbitsky -Presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales- como querellante, *i.a.* de haber secuestrado en la tarde del 27/11/1978 a José L. Poblete Rosa, a la esposa de éste, Gertrudis M. Hlaczik (adherentes al grupo político ‘Cristianos para la Liberación’) y a la hija de ambos, Claudia V. Poblete, en calidad de suboficial de la Policía Federal Argentina. Asimismo, fue imputado por torturas al matrimonio en el centro clandestino “El Olimpo”, donde permanecieron dos meses y luego fueron dadas por desaparecidas. La hija nunca fue entregada a sus abuelos, habiendo sido inscripta como Mercedes B. Landa (hija de militar retirado). La Corte hizo lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario; declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y confirmó las resoluciones apeladas.

²¹ A esta afirmación le es aplicable lo señalado en el párrafo anterior con relación a los requerimientos del derecho internacional para que se forme una norma consuetudinaria internacional de carácter general como es el *ius cogens* internacional. También podría observarse lo señalado en el último párrafo del punto anterior (“Conceptualización...”).

²² Citó en apoyo de la afirmación las siguientes obras doctrinarias: McNAIR, A. D., “The law of treaties”, 213-24, 1951, y FITZMAURICE, G., “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law”, 92 *Recueil des Cours de l’Academie de La Haye* 1, 1957; citados por CHERIF BASSIOUNI, “Crimes against humanity in International Criminal Law”, p. 218, y PARKER, K. y NEYLON, L. B., “Ius cogens: compelling the law of human rights”, 12 *Hastings International and Comparative Law Review*, 411, 1989. Es de observar que las referencias bibliográficas se muestran incompletas y no están correctamente citadas. La última obra citada ha sido duramente criticada por D’Amato por considerar los referidos autores que todos los derechos humanos responden a normas de *ius cogens* (Conf. “It’s a Brid, it’s a Plane, it’s *ius cogens*!”, *Connecticut Journal of International Law*, 1990, Vol. 6 N°1, ps. 1-6. V. *infra*).

²³ Debe tenerse en cuenta que entre las obligaciones *erga omnes* y *ius cogens* existe una relación de género a especie.

²⁴ V. *supra* la conceptualización del *ius cogens*.

²⁵ Aquí reitera el magistrado la confusión entre la construcción de los sistemas de protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Resulta incoherente hacer referencia a “delitos contra la humanidad” y vincularlos con los “derechos a la vida, a la seguridad, a la propiedad”, atento a que las violaciones a estos últimos derechos, en sí, no constituyen “delitos contra la humanidad”, ni son contrarios a la “práctica consuetudinaria general de las naciones civilizadas”. Si bien, la separación entre los dos sistemas (derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos) -cuando se trata de derechos *fundamentales* del hombre- ha ido perdiendo significado en el derecho internacional desde fines del siglo XX e inicios del XXI, no resulta correcto considerar lisa y llanamente que conformaban (o conforman) un solo sistema jurídico internacional. Tampoco resulta correcto hablar de conformidad al derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario de un “derecho penal internacional de protección de los derechos humanos contra los crímenes de lesa humanidad”, expresión en la que se confunden los planos de responsabilidad, atribución y sanción desarrollados por esos sistemas. V. *infra*.

²⁶ Resulta objetable la identificación del *ius cogens* con el orden público internacional. Si bien, la C.D.I., en un momento de sus labores no los ha distinguido (V. *C.D.I. Anuario*, 1963-1, p. 67), el orden público internacional es establecido por el derecho positivo en protección del sistema institucional de la sociedad internacional. Por ejemplo, el art. 103 de la Carta de Naciones Unidas es una norma de orden público internacional, pero no es una norma de *ius cogens*.

²⁷ Resulta sorprendente la referencia a “ingreso al concierto de las Naciones” al momento de la sanción de la Constitución, si se tiene en cuenta que el orden europeo, “concierto europeo”, también designado “concierto de las naciones” correspondía al sistema político establecido por la Pentarquía (primer germen de orden supranacional), asentado en el aseguramiento de la posición privilegiada de las grandes potencias, que admitía el uso de la fuerza armada contra la independencia y la integridad territorial de los Estados y que no se ocupó de los derechos humanos a excepción de la prohibición de la trata de esclavos, aspecto que recién tuvo desarrollo después de la Primera Guerra Mundial.

²⁸ La referencia a la comunidad internacional *actual* lleva a sostener la evolución del contenido de las normas de *ius cogens*, la que necesariamente ha de fundarse en la práctica sustentada en la *opinio juris* de los Estados integrantes de esa comunidad en su conjunto. El surgimiento de una norma consuetudinaria general superior de *ius cogens* sólo puede ser constatada y perfilada en su contenido por un jurisdiscente internacional. Recién tras esa constatación internacional podrá ser invocada internamente con el carácter de norma de derecho internacional general por un juez o tribunal nacional. Caso contrario, tal como veremos más adelante, la invocación de su aplicación no es más que manifestación de la práctica de un Estado (mero hecho para el derecho internacional), violatoria o no del principio de legalidad, según el caso. Debe tenerse en cuenta, tal como lo señaláramos con anterioridad, que numerosos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos han determinado la existencia de normas de *ius cogens* de contenido equivalente al enunciado

²⁹ Cabe preguntarse a qué *ius cogens* se refiere el magistrado al decir “éste” *ius cogens*. Las imprecisiones terminológicas y de contenido se suceden en la frase. Particularmente, son observables en las referencias a “organizaciones gubernamentales” y a obligación de “proteger” a ciudadanos de otros Estados de la “comisión” de delitos de lesa humanidad, injerencia esta última que no ha alcanzado desarrollo en el derecho internacional hasta la fecha.

³⁰ La ley canadiense de referencia, en su art. 2º, especifica: “conventional international law’ means any convention, treaty or other international agreement: (a) that is in force and to which Canada is a party; or (b) that is in force and the provisions of which Canada has agreed to accept and apply in an armed conflict in which it is involved”.

³¹ Por ejemplo, el art. 6º de la “Crimes Against Humanity and War Crimes Act” dispone: “*Offences outside Canada: (...) 4) For greater certainty, crimes described in articles 6 and 7 and paragraph 2 of article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law, and may be crimes according to customary international law before that date. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law.* 5) For greater certainty, the offence of crime against humanity was part of customary international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations before the coming into force of either of the following: (a) the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, signed at London on August 8, 1945; and (b) the Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, dated January 19, 1946” (El resaltado nos pertenece). Es de observar, sin embargo, que estas disposiciones se refieren a hechos cometidos fuera del país de procedimiento y no hubiesen sido directamente vinculables al caso. Tampoco tendría entidad el derecho comparado (aunque fuera el de un alto número de Estados) para ser equiparado al derecho internacional. Estos desbordes del máximo tribunal nacional al adjudicarse capacidad para determinar la existencia o no del derecho internacional autoritativamente no dejan de ser preocupantes académicamente.

³² No se señala la fuente de esta afirmación de la Corte argentina. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no contiene ninguna disposición que permita otorgar ese rol a la Comisión o a la Corte IDH.

³³ El fallo referido es el *Caso Videla, Jorge R. s/ apropiación de menores, desaparición forzada de personas (21 de agosto de 2003)*. El juez Petracchi en voto separado expresó: “11. *Que al haber ingresado la República Argentina al sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, con más claridad aún, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 (conf. Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75 inc. 22 CN.), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por esta Corte (conf. Fallos 315:1493 -voto de la mayoría y consid. 16 de la disidencia de los Dres. Petracchi y Moliné O’Connor-; 318:514 [29], 1707 [30]; 321:2031 -disidencia de los Dres. Petracchi y Bossert-; 323:4008 y 4130 -disidencias del Dr. Petracchi-, entre otros).* 12. *Que a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”, del 14/3/2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las que se le atribuyen a Jorge R. Videla. Por lo tanto, y de acuerdo con lo resuelto por el tribunal internacional referido, corresponde rechazar en el caso toda interpretación extensiva del alcance de la cosa juzgada que impidiera la persecución penal del imputado por hechos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos (conf. párrs. 41 a 44 fallo cit.), respecto de los cuales, por lo demás, nunca fue sometido a juicio”.* Con relación a la desaparición forzada de personas y las obligaciones de prevención del Estado, de investigación diligente, de sanción de las violaciones, v. ANNONI, A., “La responsabilità internazionale dello Stato per sparizione forzata”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVIII, 2005-3, p. 667 y ss.

³⁴ La referencia a una práctica histórica en contrario, necesariamente, habría obligado a la Corte y sus magistrados a afrontar el desafío de reconocer estar aportando a la construcción de un nuevo derecho consuetudinario derogador del vigente.

³⁵ En el *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú) Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, la Corte ha decidido por unanimidad: “4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”. “5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”. En la sentencia de 3 de septiembre de 2001, pronunciada también por unanimidad, ha decidido: “2. Que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo [de 14 de marzo de 2001] en el caso Barrios Altos tiene efectos generales”.

³⁶ C.S.J.N., 12/3/1996, *París Video Home S.A. v. Società Per Azioni Commerciale Iniziative Spettacolo/SACIS*. (V. J.A. 1996-III-18; Fallos 319:227). La denegación del recurso extraordinario (por desestimación de pedido de nulidad de la notificación del traslado de la demanda) originó la queja ante la Corte. Esta fue a su vez desestimada por no estar dirigida contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 ley 48).

³⁷ La Convención ha sido adoptada por Res. 2391 (XXIII) de la AGNU, de 26 de noviembre de 1968, entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el art. VIII (nonagésimo día siguiente a la fecha en que se depositó en poder del secretario general de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación/adhesión). Cuenta a mayo de 2006 con 9 suscripciones y 49 Estados Partes. Es de observar que en los últimos cinco años sólo se han incorporado tres nuevos Estados Partes. Si bien, el número de Estados Partes en una convención puede llevar a la costumización de sus preceptos de modo que se torne obligatoria para los Estados no Partes, no es el caso del presente acuerdo, ya que 49 Partes sobre 192 Estados que conforman las Naciones Unidas no constituye un número representativo de la comunidad internacional en su conjunto. El art. 38 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 establece que nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional general reconocida como tal, lo que en el contexto del derecho tradicional no resulta aplicable a la Convención de referencia.

³⁸ C.S.J.N., 10/5/2005, *Lariz Iriondo, Jesús M s/ solicitud de extradición.*-(V. SJA 21/9/2005). El juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 declaró improcedente la extradición de Jesús M. Lariz Iriondo al Reino de España requerido por actividades terroristas en razón de considerar extinguida la acción penal, según la legislación de la República Argentina, respecto del hecho por el cual consideró que había sido requerida su entrega, especificó, de manera subsidiaria y para el caso de que lo así resuelto fuera revocado, que el país requirente debería brindar una serie de garantías respecto del trato carcelario al que se vería sometido el requerido en jurisdicción española. El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación ordinaria contra esa decisión que fue concedido y mantenido en esta instancia por el procurador general de la Nación. El apoderado del Reino de España presentó memorial mediante el cual adhirió a los agravios de la parte recurrente y solicitó la revocación de la resolución apelada. Es de observar que la Corte sorprendentemente en el párrafo 1 de su fallo hace referencia a que

“la defensa de Lariz Iriondo *mejoró* los fundamentos”. La C.S.J.N. resolvió rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto, confirmar la resolución y declarar improcedente la extradición de Jesús M. Lariz Iriondo al Reino de España.

³⁹ De la Guardia expresamente señala que la redacción del art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados “asienta con precisión el carácter irroactivo de la norma”. El texto del art. 53 fue aprobado por 87 votos a favor (incluida Argentina), 8 en contra y 12 abstenciones. El texto del art. 64 fue aprobado por 84 votos (incluida Argentina) 8 en contra y 16 abstenciones (conf. DE LA GUARDIA, E., *Derecho de los tratados internacionales*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, p. 290).

⁴⁰ C.S.J.N., 31/8/1999, *Duhalde, Mario Alfredo v. Organización Panamericana de la Salud /Oficina Sanitaria Panamericana s/accidente - ley 9688*. (V. Fallos 322:1905). La Cámara Nacional del Trabajo (Sala VIII) -por remisión al dictamen del Ministerio Fiscal- confirmó la resolución de grado por la que se desestimó la alegación de la accionada dirigida a cuestionar la aptitud de la Justicia de la Nación para entender en las actuaciones. Adujo que el moderno concepto de inmunidad de jurisdicción -en el estado actual de las relaciones exteriores- excluye lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, limitándose a los actos de gobierno. Hizo mérito, además, de la índole irrenunciable de la jurisdicción natural, la que, precisó, el alto cuerpo pretendió particularmente resguardar en la hipótesis de créditos alimentaria. Contra dicha decisión, dedujo recurso federal la demandada, el que fue concedido. El actor, funcionario de la Organización Panamericana de la Salud -Organización Mundial de la Salud- Oficina Sanitaria Panamericana, demandó a su ex empleadora con amparo en las previsiones de la ley 24028; y del reglamento para el personal de dicha organización. Notificada la accionada, se presentó invocando el privilegio de inmunidad jurisdiccional, el que fue desestimado con amparo, centralmente, en la doctrina del precedente *Manauta, Juan José y otros v. Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios*, de 22 de diciembre de 1994 (V. Fallos 317:1880).

⁴¹ La referencia a “normas y principios” contenidos en tratados hace pensar que el pronunciante ha hecho referencia a las disposiciones consuetudinarias receptadas en convenios internacionales.

⁴² La Corte se refiere sin duda a los delitos más graves, designados generalmente “crímenes”.

⁴³ Wet destaca que, en el caso *Fiscal c/ Anto Furundzija*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia equiparó la afirmación del derecho a torturar con la amnistía (conf. WET, E. de, “The Prohibition of Torture as an International Law of *Jus Cogens* and its Implications for National and Customary Law”, *EJIL*, 2004, vol. 15, Nº 1, p. 97).

⁴⁴ C.S.J.N., 13/10/1994, *Cafés La Virginia S.A., J.A. 1995-I-686* (V. Fallos 317:1282). La sentencia de la Sala 2ª de la CNCont. Adm. Federal, revocó parcialmente lo resuelto por el Tribunal Fiscal de la Nación e hizo lugar al reclamo de la actora en cuanto a su derecho a repetir de la Administración Nacional de Aduanas la suma abonada en concepto de “derecho de importación adicional” por la introducción al país de café crudo (verde) en grano originario de Brasil. En cuanto al reclamo de devolución de los importes abonados en concepto de gravamen con destinación al Fondo Nacional de Promoción de las Exportaciones (arts. 22 y 23 ley 23.101), la Cámara confirmó la decisión del Tribunal Fiscal que tuvo por bien cobrado el tributo. Contra esa sentencia del 14/8/90, las partes agraviadas interpusieron sendos recursos extraordinarios, el Fisco Nacional y la actora. Ambos fueron concedidos por el *a quo*.

⁴⁵ C.S.J.N., 16/4/02, *Mera Collazos, Julio C. y otro s/ Extradición* (V. Fallos 325:625). Contra la sentencia del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n. 1 de San Isidro, que resolvió declarar abstracto el pedido de extradición de Mera Collazos y otro (en calidad de miembros de Sendero Luminoso) solicitado por la República del Perú y disponer la inmediata libertad del requerido, el Estado peruano, a través de su apoderado, interpuso el recurso ordinario de apelación, que fue concedido.

⁴⁶ En el consid. 4 de su dictamen, el Procurador señaló que: “De un análisis del *delito de terrorismo*, así establecido, surge que el tipo penal posee una estructura compleja que puede formularse de la siguiente manera: a) la conducta, consistente en la comisión de alguno de los hechos ilícitos que se describen; b) el empleo de determinados métodos violentos, o altamente ofensivos o peligrosos, o capaces de afectar la seguridad interior o exterior del Estado; y c) el resultado objetivo que consiste en provocar, crear o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella”.

⁴⁷ Llama la atención la referencia del procurador general a la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados* como resolución adoptada en 1985 por la OEA, cuando el documento al que se refiere es de 1984. Además, sorprende la fundamentación del *non refoulement* en una presunta condición de refugiado del solicitado, dado que no reunía las condiciones para ser considerado refugiado, de conformidad a lo establecido en el punto tercero de la parte resolutive de la referida resolución, ni de los otros instrumentos jurídicos referidos por el Dr. González Warcalde.

⁴⁸ No señalan los magistrados la fuente no convencional internacional de la que mana esa afirmación.

⁴⁹ Luce incoherente la distinción entre “terrorismo de Estado” y “terrorismo” que hacen los magistrados basándose en el consenso sobre la tipicidad de esos crímenes/delitos, cuando en esta frase destacan (con relación al “terrorismo de Estado” la “incertidumbre” del *ius cogens* y su falta de tipificación internacional precisa, es decir, idéntica condición a la que señalan para el terrorismo.

⁵⁰ Interpretado a *contrario sensu* debiéramos entender que el “terrorismo de Estado” tiene tipicidad consagrada en el derecho internacional consuetudinario.

⁵¹ En particular Res. 1373/2001 del CdeS de Naciones Unidas, verdadero “código penal” del terrorismo. V. al respecto SZUREK, S., “La lutte internationale contre le terrorisme sous l’empire du chapitre VII: un laboratoire normatif”, *Revue Général de Droit International Public*, 2005-1, p. 8 y ss.

⁵² Si bien la referencia se con relación al obrar de los EE.UU., la observación vale para cualquier otra tendencia político-ideológica: “(...) at the Vienna Conference, the United States proclaimed that human rights should set a single, universal standard of acceptable behaviour around the world, arguing that [we] cannot let cultural relativism become the last refuge of repression” (conf. CURRAN, P. D., “Universalism, relativism, and private enforcement of customary international law”, *Chicago Journal of International Law*, 2004-2005, ps. 316-317).

⁵³ PAULUS, A. L., “International Law in Times of Hegemony and Fragmentation” (www.jura.uni-munich.de/Einrichtungen/lis/nolte). (página visitada el 20 de junio de 2006).

⁵⁴ V. i.a. BASSIOUNI, Ch., “International Crimes: *Jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law & Contemp. Probs*, vol. 59, Nº 4 (autumn 1996), p. 63: “International crimes that rise to the level of *jus cogens* constitute *obligatio erga omnes* which are inderogable. Legal obligations which arise from the higher status of such crimes include the duty to prosecute or extradite, the non-applicability of statutes of limitations for such crimes, the non-applicability of any immunities up to and including Heads of State, the

non-applicability of the defense of "obedience to superior orders" (save as mitigation of sentence), the universal application of these obligations whether in time of peace or war, their non-derogation under "states of emergency," and universal jurisdiction over perpetrators of such crimes".

⁵⁵ Contribuye a esta percepción el fallo del TEDH en el *Caso Al-Adsani v. Reino Unido* (Caso 35763 /97), caso en el que el tribunal ha mantenido por ajustada votación (9 a 8) el principio tradicional de inmunidad de jurisdicción sin considerar a la tortura como excepción válida del principio. Con relación a este caso, Tomuschat recuerda el frecuente error lógico en el que suele incurrirse al afirmar que las normas de *ius cogens* deben prevalecer, en caso de conflicto sobre la regla de la inmunidad. El error se halla en no distinguir entre normas primarias y secundarias. Para que se diera la prevalencia de la regla de la inmunidad debiera haber una norma que estableciera que cuando un Estado ha violado en forma grave sus obligaciones internacionales pierde sus derechos soberanos, norma que en el estadio actual del derecho no ha sido establecida (conf. TOMUSCHAT, Ch., "L'immunité des États en cas de violation graves des droits de l'homme", *Revue Général de Droit International Public*, 2005-1, p. 51 y ss.).

⁵⁶ Tal como lo señaláramos en nota 22, D'Amato critica a Karen Parker y a Lyn Beth Neylon por su trabajo "Compelling the Law of Human Rights", publicado en 1989 en el *Hastings International Law & Comp. Law Rev.* en el que consideran que todos los derechos humanos son obligaciones de *ius cogens*. Conf. D'AMATO, A., "It's a Brid, it's a Plane, it's *ius cogens*!", *Connecticut Journal of International Law*, 1990, vol. 6, N° 1, ps. 1-6. V. asimismo, SCHIEDERMAIR, H., *Die Menschenrechte als jus cogens* (<http://www.kodabu.de/jur-ak-koeln/beitraege/buntenbroich02.html>).

⁵⁷ V. www.bibliotecajuridica.org

⁵⁸ Llama la atención la condición autoejecutoria señalada por la Corte, atento a que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 regula sólo relaciones entre Estados, y la Convención de 1986, relaciones entre Estados y organizaciones internacionales u organizaciones internacionales entre sí.

⁵⁹ También esta afirmación resulta sorprendente, ya que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados regula detalladamente el procedimiento para declarar la nulidad de un tratado en sus arts. 65 a 68 inc 1, no contemplando esos dispositivos la posibilidad de que el tribunal declare la nulidad sin petición de parte.

⁶⁰ No señala el magistrado la fuente normativa de ese pronunciamiento.

⁶¹ Es de observar que la Corte, en otros pronunciamientos en materia de crímenes cometidos durante la última dictadura militar, ha considerado que para considerar conformada prueba suficiente de esos hechos bastaba contar con indicios, atento a las dificultades para obtener prueba fehaciente (v.gr.: transcurso del tiempo y el ocultamiento de lo sucedido).

⁶² Si bien, invocando un derecho internacional no probado en su existencia.

⁶³ V. Laudo del árbitro Max Huber en el *Asunto de la Isla de Palmas (Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 845)*. Similares consideraciones efectúa la C.I.J. en el dictamen de 16 de octubre de 1975, en la Opinión Consultiva relativa al *Sahara Occidental* (parág. 162). V., asimismo, lo señalado *supra* con relación al art. 71 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

⁶⁴ V. *Caso Priebke*, voto disidente conjunto de los magistrados Belluscio y Levene (h), consid. 8.

⁶⁵ Juez Vázquez, en el consid. 32 de su voto disidente en el *Caso Arancibia Clavel* no ha podido dejar de observar la existencia de una evolución del derecho, con un nuevo perfil en la actualidad, al señalar: "*Que en razón de ello, esta Corte no puede dejar de advertir la tensión existente entre la obligación que, en la actual evolución del derecho, tienen los Estados de perseguir las violaciones a los derechos humanos y el hecho de que ellos puedan declararse prescriptos*". El referido magistrado ha expresado que esa tendencia es peligrosa para la seguridad jurídica, como también resulta poco adecuada en tanto permite afirmar que el *ius cogens* puede tipificar delitos.

⁶⁶ En el *Caso Arancibia*, el juez Belluscio, en el consid. 15 de su voto disidente, recordó: "*(S)i bien el párr. 2° del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega que "... nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional", ese párrafo fue objeto de la reserva dispuesta en el art. 4 ley 23313, (...): "El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del ap. 2 del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 CN.", "de modo que la República no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes, entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad; la adhesión se formuló de manera condicionada, y la condición fue que la aplicación de aquellos principios o normas no pudiera realizarse de modo retroactivo, violando la garantía consagrada en el art. 18 CN., sino a partir del momento en que nuestras normas internas les dieran vigencia y hacia el futuro". Agregó: "La cuestión fue expresamente considerada en el Senado de la Nación durante el debate previo a la sanción de la ley 25778, en el cual el senador Baglini -en opinión compartida por los senadores Usandizaga, Maestro, Salvatori, Prades y Gómez Díez- expresó: "Nuestra Carta Magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma constitucional de 1994, donde existe una piedra angular, que no es sólo de nuestra Constitución sino del **Derecho Internacional**, el de todos los países, que es el art. 18, por el que se establecen **principios fundamentales que son la garantía común de todos, aun de los ciudadanos que sin merecer el título de tal negaron a algunos el ejercicio de sus derechos (...)**". Similar argumentación presenta el juez Fayt en su voto disidente en el mismo Caso, en el considerando 20, al hacer presente que "[n]o debe soslayarse, asimismo, que un **texto análogo al del ap. 2 fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-** (conf. *Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscripta en Santiago de Chile el 9/9/1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA., 1959, Washington DC.*)". Asimismo, señaló: "*en definitiva, la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el 'nullum crimen nulla poena sine lege praevia' es innegablemente un principio de Derecho Público establecido en esta Constitución (art. 18 CN.), quizá uno de sus más valiosos. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país"* (consid. 19). El juez agregó: "*Con respecto a la específica posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad, es del caso reseñar que el 3/12/1973 la Asamblea General de la O.N.U. adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad"*. Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan*

cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN. 4/368, p. 99). Empero, **el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción**, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva...” (Naciones Unidas, Asamblea General, 28º período de sesiones, Documentos Oficiales, sesión plenaria 2187, 3/12/1973, Nueva York, p. 4). Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación” (consid. 20). El mismo Juez, en el consid. 62 de su voto disidente en el Caso Simón, ha observado: “**Que a poco de que se repare en ellos, de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se deriva necesariamente la posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad**. En efecto, de su examen no puede concluirse sin más que la omisión de los jueces de aplicar ‘ex post facto’ las normas mencionadas vulnera la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, genere responsabilidad internacional. Al respecto cabe puntualizar que la Corte Interamericana jamás ha afirmado expresamente que para cumplir con el deber de garantía deba aplicarse una norma que vulnera el principio de legalidad, establecido, por otra parte, en el art. 9 Convención Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado Parte”. A ello agrega consideración sobre las pautas de interpretación establecidas en el art. 29 de la misma Convención.

⁶⁷ V. Voto disidente del juez Belluscio en el Caso Arancibia, en el consid. 16, ha expresado que el art. 118 C.N. establece que “(...) **la actuación de estos juicios [juicios criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio**”. V. asimismo, el consid. 42 del voto disidente del Juez Fayt quien ha señalado: “En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior), resulta inaplicable (Fallos 324:2885). En efecto, **esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma**. Seco Villalba (Fuentes de la Constitución argentina, 1943, Ed. Depalma, p. 225) da cuenta de su origen, que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes -en ese momento, piratería y trata de esclavos- y fuera de los límites de la Nación el Congreso determinará, por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio”.

⁶⁸ El Juez Vázquez, en el consid. 31 de su voto disidente, en el Caso Arancibia Clavel, ha expresado: “Que la solución aquí adoptada no controvierte la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, esta Corte ha reconocido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75 inc. 22 párr. 2º debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos 321:3555, consid. 10), pero ello en modo alguno implica la facultad de los jueces de violar el orden jurídico interno so pretexto de proteger los derechos humanos, pues el aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación”. El juez Fayt en el consid. 43 de su voto disidente en el Caso Simón, ha señalado que: “(...) de conformidad con el art. 75 inc. 22 C.N., el mencionado Pacto se incorporó ‘en las condiciones de su vigencia’. Esta pauta indica que deben tomarse en cuenta las reservas y aclaraciones que nuestro país incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación internacional. Cabe recordar que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del ap. 2 del art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 CN., lo que, como luego se verá, se condice con la importancia y necesidad de “un margen nacional de apreciación” (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8/8/1986; art. 4 ley 23313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, Dr. Ruda, en el 15º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 3ª Comisión, sesiones 1007ª y 1009ª, del 31/10/1960 y 2/11/1960, respectivamente). No debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del ap. 2 fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscripta en Santiago de Chile el 9/9/1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA, 1959, Washington DC.)”. En el consid. 44, ha afirmado: “(...) El artículo citado (27 CN) consagra la supremacía de la Constitución -más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales, y de él proviene la “cláusula constitucional” o “**fórmula argentina**” expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis M. Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se deben excluir de los tratados en materia de arbitraje ‘las cuestiones que afectan a las Constituciones de cada país’. En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución serán nulos ‘por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otras’ (González, Joaquín V., Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26/8/1909 y vol. IX de sus “Obras completas”, ps. 306 a 309)”.

⁶⁹ Estas expresiones corresponden al voto disidente del juez Belluscio en el Caso Arancibia Clavel (consid. 16), el que, además agrega: “(...) postular que en ausencia de normas constitucionales o legales que calificaran de antemano a los hechos como delitos de lesa humanidad y los consideraran imprescriptibles, igualmente correspondiera aplicarles esa calificación y esa consecuencia porque así lo disponía el derecho penal internacional al cual nuestro país aún no se había adherido. Mirado desde otra perspectiva, de acuerdo con esa tesis el derecho penal internacional resultaría aplicable por analogía o de manera derogatoria del derecho constitucional argentino por considerar que los preceptos contenidos en aquél -derivados de la conciencia de los pueblos civilizados- serían de más valor o se corresponderían más exactamente con el ideal común de justicia, a pesar de lo establecido en nuestra Ley Fundamental. Tal conclusión es jurídicamente inaceptable, porque parte de la base de considerar que la legislación argentina consagró una suerte de injusticia legal que obliga a reemplazarla por las reglas de valor que forman parte del sentimiento de los pueblos civilizados. Ese sentimiento, no ya nuestro derecho penal positivo, sería la fuente de las normas de conducta”. En el considerando 17, el mismo magistrado recordó que: “frente a los mismos textos u otros similares, la sala criminal de la Corte de Casación francesa ha rechazado terminantemente tanto la aplicación retroactiva de acuerdos internacionales en materia penal como la de un supuesto Derecho Internacional consuetudinario que obligara a aplicar reglas no escritas”. Agregó: “En una causa promovida por el Movimiento Contra el Racismo y por la Amistad Entre los Pueblos el juez de instrucción rehusó investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en Argelia entre 1955 y 1957, decisión que fue confirmada por la sala de instrucción de la Corte de Apelaciones de París, por considerar: “(...) 11) Que los hechos denunciados sólo podrían ser perseguidos si revistieran una calificación penal de Derecho interno o de Derecho Internacional; que el art. 212-1 CPen., que define los crímenes contra la humanidad, había sido introducido en la legislación interna el 11/3/1994, de manera que esa incriminación no puede aplicarse a hechos cometidos anteriormente, y que el art. 11 de la ley del 26/12/1964 que declaró

imprescriptibles los crímenes contra la humanidad no dio de ellos ninguna definición, por lo que se refirió a textos internacionales preexistentes; que las únicas disposiciones de incriminación en el orden internacional a las cuales Francia se obligó son las previstas por la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg anexa al acuerdo de Londres del 8/8/1945, y las incluidas en la resolución de las Naciones Unidas del 13/2/1946, las cuales sólo contemplan los crímenes que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial, de manera que resultaban inaplicables en el caso; (...) 21) que para sostener la acción no es posible invocar una costumbre internacional que si en su caso puede guiar la interpretación de una convención, no puede suplir su ausencia para crear 'ab initio' una incriminación; (...) 31) que la aplicación de la calificación del art. 212 -1CPen. a hechos anteriores, 'a fortiori' ya prescritos según las disposiciones del derecho común, estaría en contradicción con el principio de irretroactividad de la ley penal que no podría ser discutido sino sobre la base de una disposición expresa del legislador, que faltaba en el caso; que, igualmente, la imprescriptibilidad de hechos anteriores no podría aceptarse sin chocar con el principio general establecido por el art. 112 -2, 41, en ausencia de disposiciones específicas en ese sentido". "El recurso de casación, basado en la violación del art. 55 Constitución francesa, del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg anexo al Acuerdo de Londres del 8/8/1945, de la resolución de las Naciones Unidas del 16/2/1946, del artículo único de la ley del 26/12/1964, de los arts. 7.2 Convención Europea de Derechos Humanos y 15.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del art. 212-1 CPen., de la Ley de Amnistía del 31/7/1968, de la superioridad de la norma consuetudinaria represiva internacional sobre las leyes nacionales, del derecho de defensa, y en la ausencia de motivos y falta de base legal, fue rechazado por la Corte de Casación en los siguientes términos: "Atento que resulta de la sentencia atacada y de las piezas del expediente que el Movimiento Contra el Racismo y por la Amistad Entre los Pueblos (MRAP) ha denunciado a persona indeterminada y se ha constituido en parte civil por crímenes contra la humanidad en razón de las torturas y ejecuciones sumarias que, en un libro publicado el 3/5/2001, el general Paul X reveló haber practicado u ordenado practicar sobre la población civil, en Argelia entre 1955 y 1957, cuando era oficial de inteligencia al servicio del ejército francés; Atento que, para confirmar la ordenanza de primera instancia, la sala de instrucción consideró que al no poder ser perseguidos bajo la calificación crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados entraban en las previsiones de la Ley de Amnistía 68-697 del 31/7/1968; Atento que al pronunciarse así, los jueces justificaron su decisión; Que las disposiciones de la ley del 26/12/1964 y las del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres del 8/8/1945, únicamente conciernen a los hechos cometidos por cuenta de los países europeos del eje; Que, por otra parte, los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de irretroactividad de la ley penal más severa, enunciados por los arts. 8 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, 7.1 Convención Europea de Derechos del Hombre, 15.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 111-3 y 112 -1 CPen., constituyen un obstáculo a que los arts. 211-1 a 211-3 de ese Código, que reprimen los crímenes contra la humanidad, se apliquen a los hechos cometidos antes de la fecha de su entrada en vigor, el 11/3/1994; Que, en fin, la costumbre internacional no podría suplir la ausencia de texto que incrimine, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados por la parte civil (Sent. del 17/6/2003, Bulletin Criminel, 2003, n. 122, p. 465; Recueil Dalloz, 2004-92).

⁷⁰ La frase corresponde al voto disidente del juez Fayt en el *Caso Arancibia Clavel* (consid. 42).

⁷¹ V. HEINZ, H. J., "La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* de 16 de marzo de 2005, http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/6C3GC2?OpenDocument&style=custo_print.

⁷² "Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares", Opinión Consultiva, ICJ Reports 1996, párr. 26 (Prohibición privar de la vida a una persona "arbitrariamente", incluso durante las hostilidades). V., asimismo, "Las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado", Opinión Consultiva, ICJ Reports 2004, párrs. 102-106.

⁷³ V. PETCULESCU, J., "La contribution du droit international de la responsabilité a la protection des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire Ilascu et autres c. la République de Moldova et la fédération de Russie", *Revue Général de Droit International Public*, 2005-3, p. 381 y ss. V. asimismo, NIGRO, R., "Giurisdizione e obblighi positivi degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Ilascu", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVIII, 2005-2, p. 413 y ss.).

⁷⁴ V. i.a. URUEÑA, R.F., "Un mito que agoniza: el principio de 'non bis in idem' en el derecho procesal penal contemporáneo" (V. <http://www.elfaroderecho.8m.com/archivos/nonbisinidem.htm>); PISANI, M., "Franco Carrara e il *ne bis in idem* internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXXXVIII, 2005-4, pp. 1022 y ss.

⁷⁵ V. con relación a universalismo v. relativismo y la eventual usurpación por parte del Poder Judicial de las funciones del Legislativo, como también por parte de los poderes nacionales del derecho internacional, CURRAN, P.D., "Universalism, Relativism, und Private Enforcement of Customary International Law", *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, N° 1 (2004-2005), p. 311 y ss.

⁷⁶ Ya los sofistas, i.a.: *han destacado que hay una oposición entre la justicia y la legalidad (*nomos*) (la primera es ley de la naturaleza y mantiene siempre su validez en todo lugar; la segunda es ley humana y variable, engendradora de poder tiránico y arbitrario) (Hippias); *han argumentado que toda legalidad representa los intereses de los más fuertes, consolidando sociedades injustas (Trasímaco); *han señalado las falencias de las normas generales que no contemplan las particularidades fácticas y la singularidad de los acontecimientos (Protágoras), etc.

⁷⁷ La mutabilidad de la sociedad y su derecho ha sido resaltada por numerosos doctrinarios. Así, en particular, Nahlik hace referencia a un *jus cogens* "necessarily changeable" (NAHLIK, S.B., "The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties", *American Journal of International Law*, 1971, p. 736 y ss.).

⁷⁸ V. *supra* el *Asunto relativo a la Orden de Detención de 11 de abril de 2000 (Congo c. Bélgica)*.

⁷⁹ Téngase presente que el Dr. Ronny Abraham, quien fuera abogado de Bélgica en el *Asunto relativo a la Orden de Detención de 11 de abril de 2000*, es actualmente juez de la Corte.

⁸⁰ El referido autor señala: "States pressing for the rapid reforms in the existing international legal order regard the concept as a powerful tool of renovation. The proponents of reforms have discovered that by creating a few peremptory principles they may bring about radical changes in the entire system of the existing legal relationships". "As a practical matter, there is a growing danger that in the absence of clearly defined procedures for the creation of peremptory norms their emergence and subsequent identification may become a matter of conflicting assertions reflecting political preferences of different groups of states. Lack of consensus as regards the basic parameters of the law-making process leading to the emergence of peremptory rules inevitably opens the door for the political misuse of the concept". DANILENKO, E., "International Jus Cogens: Issues of Law-Making", *EJIL*, vol. 2, N°

1, p. 42. Ya había señalado Ago la necesidad de la generalidad, universalidad de la práctica-*opinio juris*: “ (...) *il faut que la conviction du caractère impératif de la règle soit partagée par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale et non seulement, par exemple, par les Etats de l’Ouest ou de l’Est, par les pays développés ou en voie de développement, par ceux d’un continent ou d’un autre* ” (conf. Ago, R., “Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne”, *Recueil des Cours* (1971-III), vol. 134, p. 237).

⁸¹ PAULUS, A.L., como cierre de sus reflexiones del trabajo que refiriéramos *supra* (“*Ius cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation”) ha señalado: “*Ius cogens* cannot substitute for the emergence of consensual values and institutions, and it is dangerous to allow its abuse for bringing them about by other means” (www.jura.uni-munchen.de/Einrichtungen/ls/nolte) V., asimismo al respecto, PETCULESCU, I., “Droit international de la responsabilité et Droits de l’Homme”, *Revue Général de Droit International Public*, 2005-3, p. 581 y ss.

⁸² DUPUY, P. M., “Cours Général de Droit International Public”, *RCADIH*, 2002, t. 297, p. 394.

⁸³ KOLB en su obra *Théorie du ‘jus cogens’ international. Essai de relecture du concept*, demuestra la necesidad de identidad profunda entre *jus cogens* interno y el internacional (París, 2001, p. 311).

CONDICIONES, ALCANCE Y EFECTOS DE LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

*Arturo S. Pagliari **

Sumario: 1. Incorporación y aplicación en el ámbito interno de las normas del derecho internacional. 2. El orden de prelación de las normas que integran el ordenamiento jurídico argentino. 3. La jerarquía y complementariedad constitucional de los tratados de derechos humanos del inc. 22 del art. 75. 3.1. La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos. 3.2. Los tratados de derechos humanos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. La jurisprudencia de la Corte. 3.3. Las condiciones de vigencia de los tratados sobre derechos humanos. 3.3.1. La perspectiva internacional de los tratados. Su observancia y aplicación. 3.3.2. La interpretación de la Corte de la expresión “en las condiciones de su vigencia”.

En los últimos tiempos el Di ha sufrido una honda expansión que ha impactado en las normas internas de los distintos Estados, principalmente en sus constituciones, influenciando las decisiones de sus máximos órganos judiciales, encargados de interpretar y aplicar la ley. No ha escapado a este fenómeno nuestro país, máxime teniendo en cuenta la reforma de la Constitución de 1994, que ha influido grandemente en las decisiones que sobre el particular ha tomado la Corte Suprema de Justicia en asuntos sometidos a su competencia en temas en que ha entrado en conflicto la norma internacional con la interna, especialmente en materia de aplicación de los tratados y de normas y principios generales de derecho internacional lo que ha motivado una interesante jurisprudencia sobre el particular. Así han debido abordarse necesariamente temas como la incorporación de las normas internacionales al derecho interno (tanto las convencionales como los principios generales, la costumbre, e incluso la aplicación del *ius cogens*), el orden de prelación de las normas que forman parte del orden jurídico nacional, la compatibilidad de la Constitución y las leyes internas con las normas internacionales de distinta naturaleza, la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y la aplicación de los tratados en particular, y de las normas de derecho internacional en general. Estos son los temas que esbozaremos en este trabajo, dedicando un espacio, en particular, a la problemática del inc. 22 del art. 75 de la Constitución en lo referido a temas como la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, su carácter de complementarios de la primera parte de la Constitución, y su aplicación en “las condiciones de su vigencia”.

El trabajo estará basado fundamentalmente en los aportes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al reconocimiento de la influencia del derecho internacional, particularmente, a partir de la reforma de 1994, para poner de manifiesto cuál es la situación actual en materia de recepción del derecho internacional en nuestro sistema jurídica y cuál es la posición de nuestro máximo tribunal en ese sentido.

1. Incorporación y aplicación en el ámbito interno de las normas del derecho internacional

El derecho internacional remite al ordenamiento jurídico interno de cada Estado la decisión acerca de cómo habrán de incorporarse las normas del derecho internacional en el derecho interno. Así, las normas de un Estado podrían disponer la aplicación automática y directa de las normas internacionales -en la medida en que fueran operativas- en el ámbito interno, o podrían exigir que cada norma internacional tuviera que ser receptada por una norma interna que la incorpore. Por otra parte, y de acuerdo con las reglas del derecho internacional público, también corresponde al orden jurídico interno resolver las relaciones de jerarquía normativa entre las normas internacionales y las normas internas (Fallos 257:99).

La Constitución Argentina ha optado por la directa aplicación ¹ de las normas internacionales en el ámbito interno. Ello significa que las normas internacionales vigentes con relación al Estado argentino no precisan ser incorporadas al derecho interno a través de la sanción de una ley que las recepte, sino que ellas mismas son fuente autónoma de derecho interno junto con la Constitución y las leyes de la Nación.

Esta interpretación tiene base en lo establecido en el art. 31 C.N., que enumera expresamente a los tratados con potencias extranjeras como fuente autónoma del derecho positivo interno y, en lo que atañe a la costumbre internacional y los principios generales de derecho, en lo dispuesto por el art. 118, que dispone la

directa aplicación del derecho de gentes como fundamento de las sentencias de la Corte (Fallos 17:163; 19:108; 43:321; 176:218; 202:353; 211:162; 257:99; 316:567; 318:2148).

Las normas del derecho internacional vigentes para la República Argentina -tanto los tratados, como las normas consuetudinarias y los principios generales de derecho- revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución (Fallos 257:99 y demás citados).

La Corte, en numerosos fallos, ha considerado que las normas del *ius cogens* del derecho internacional consuetudinario también forman parte del derecho interno (Fallos 43:321; 125:40; 176:218; 178:173; 182:185).

Es función de la Corte velar por el cumplimiento del *ius cogens*. Normas de esta naturaleza, por ejemplo, son las consagradas en la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas ², ya que la desaparición forzada de personas ³ constituye no sólo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad ⁴. La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al *ius cogens*, como derecho internacional imperativo (Fallos 321:2031, disidencia del juez Boggiano).

De conformidad al criterio de la Corte los delitos derivados de violaciones a normas de *ius cogens* no son prescriptibles ⁵. Por lo tanto, si la naturaleza de los delitos de lesa humanidad está sujeta a los principios del *ius cogens* del derecho internacional, no hay prescripción de esos delitos (Fallos 318:2148). En tal sentido, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ⁶ ni en el derecho argentino. No importa que las normas de *ius cogens* se encuentren fijadas por el derecho consuetudinario o se hayan cristalizado en tratados internacionales ⁷; en ambos casos, son normas que deben ser consideradas como parte integrante del derecho interno argentino (Fallos 43:321; 176:218; 316:567).

Tampoco impide la aplicación de tales normas, la circunstancia de que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no se encontraran vigentes al momento de sanción y promulgación de las leyes de punto final y obediencia debida. Ello, por cuanto en razón de la calificación provisional de los delitos corresponde considerar, como se hizo en la citada causa "Arancibia Clavel" -voto del juez Boggiano- que no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo, pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario.

La contradicción entre el principio de imprescriptibilidad de las acciones contrarias a una norma *ius gentium* y el principio de irretroactividad de las leyes fijado constitucionalmente, es sólo aparente ⁸. En efecto, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens* ("Regina v. Finta", Suprema Corte de Canadá, 24/3/1994). Y para la Corte tal conflicto es sólo aparente, pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial (causa "Arancibia Clavel", del voto del juez Boggiano, consid. 39).

La inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional, ante el cual el derecho interno es sólo un hecho. Por ello, la regla de la imprescriptibilidad para los crímenes de lesa humanidad tiene a partir de la reforma del 1994 valor y jerarquía constitucionales y por su especificidad respecto de los delitos que contempla tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos. Ambas reglas, imprescriptibilidad e irretroactividad, tienen la misma jerarquía constitucional y, por consiguiente, las normas especiales de imprescriptibilidad sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está por debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura (Fallos 319:3148).

La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad está subordinada a la Constitución, pues se identifica con ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.

En disidencia con esta opinión, se arguye el escollo que constituye el art. 18 C.N., en tanto desconoce la validez de la aplicación de normas *ex post facto*. Para sortear dicho "escollo" se sostiene que esa regla no

puede ser invocada en el ámbito del derecho penal internacional -en el que existiría la posibilidad de aplicación retroactiva- derecho que debe ser directamente aplicado en virtud de la preeminencia del derecho de gentes establecida en el art. 118 de la Constitución. Sin embargo, la disposición del art. 18 no puede sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del derecho de gentes que encontraría su fundamento en el art. 118, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad⁹. Esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador, el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de tal suerte que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior) resulta inaplicable¹⁰ (Fallos 324:2885). De tal modo, no cabe concluir que por esta vía el derecho de gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. En definitiva, la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo -más allá de su indiscutible valor- se le confiere jerarquía constitucional ni -menos aún- preeminencia sobre la Ley Fundamental.

Por otra parte, no debe confundirse el valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno. Parece a todas luces exagerado inferir sobre la base del texto del art. 118 que sea posible la persecución penal sobre la base de las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto, la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad.

Afirmar que la alusión del art. 118 al derecho de gentes obliga a los tribunales nacionales a aplicar directamente las reglas propias del derecho internacional resulta absolutamente dogmática. De todo ello, deriva la imposibilidad de aplicación retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad, principio que se encuentra también reconocido -aunque con menor extensión- a través de los instrumentos que han sido incorporados por mandato del art. 75, inc. 22 C.N. (arts. 9º Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11.2 y 29.2 Declaración Universal de Derechos Humanos).

2. El orden de prelación de las normas que integran el ordenamiento jurídico argentino

Es un principio bien establecido el que consagra la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del derecho positivo nacional, incluidas las normas de derecho internacional vigentes para el Estado argentino (conf. arts. 27 y 31 C.N. y Fallos 208:84; 211:162).

En cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y las normas del derecho internacional vigentes para el Estado argentino, la interpretación de nuestra Constitución ha transitado por varias etapas¹¹.

Así, luego de una primera etapa en la cual se entendió que las normas internacionales poseían rango superior a las leyes nacionales (Fallos 35:207), sobrevino un extenso período en el cual se consideró que éstas se hallaban en un mismo plano jerárquico, por lo que debían regir entre ellas, los principios de ley posterior y de ley especial (Fallos 257:99 y 271:7)¹².

A partir del precedente que se registra en Fallos 315:1492 se retornó a la doctrina de Fallos 35:207 y, con ello, a la interpretación del art. 31 C.N. según la cual, los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de jerarquía inferior a la Constitución Nacional¹³. Esta línea interpretativa se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (Fallos 316:1669 y 317:3176) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional de 1994, que dejó sentada expresamente la supremacía de los tratados por sobre las leyes nacionales y confirió rango constitucional a los pactos en materia de derechos humanos (art. 75 inc. 22 C.N.).

Con posterioridad a la reforma constitucional, la Corte Suprema sostuvo que el art. 75 inc. 22, al asignar dicha prioridad de rango, sólo vino a establecer en forma expresa lo que ya surgía en forma implícita de una correcta interpretación del art. 31 C.N., en su redacción originaria (Fallos 317:1282 y, posteriormente, 318:2645; 319:1464 y 321:1030).

Una opinión diferente (disidencia del Dr. Fayt en la Corte Suprema, 14/6/05, “Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad”) sostiene que en el derecho argentino, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 C.N., los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución. Este artículo consagra la supremacía de la Constitución -más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales¹⁴. En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución serán nulos. A través de esta cláusula, la Constitución Nacional condiciona a los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional. Es por ello que el art. 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución. Es, pues, nula toda cláusula contenida en un tratado que importe un avance sobre esta prescripción constitucional, porque ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni ningún tribunal representativo de los poderes públicos de la Nación, tiene el derecho o la facultad para comprometer los preceptos que afectan a la soberanía.

Que en absoluta concordancia con el art. 27 C.N., también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un “margen nacional de apreciación”¹⁵. Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional. Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese “margen de apreciación” autónomo de cada Estado -en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional- se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera, la introducción de principios de derecho internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional -con el espacio de autonomías que se reservan los Estados individuales- sin restringir las garantías básicas de las personas.

En definitiva, la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto, el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en la Constitución (art. 18 C.N.), quizá uno de sus más valiosos (conf. Fallos 136:200; 237:636; 275:89; 298:717).

Que tal como se consignó en el precedente “Arancibia Clavel” -disidencia del juez Fayt- en nada empece la nueva jurisprudencia del tribunal en materia de tratados, ni la reforma constitucional de 1994. Esto es así, pues el art. 18 C.N. sigue resultando una barrera infranqueable, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 C.N.

Sobre la primacía del tratado internacional ante un eventual conflicto con una norma de derecho interno contraria, cabe recordar que, tal como ocurría al dictarse el *leading case* “S.A. Martín & Cía.”, los arts. 27, 30 y 31 C.N. continúan regulando los vínculos entre el derecho internacional y el interno, normas cuya vigencia no debe desatenderse. Es por ello que lo afirmado no resulta desvirtuado por lo resuelto en la causa “Miguel A. Ekmekdjian” (Fallos 315:1492). Allí, sobre la base del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se estableció que debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna. Mas esto no significa, en modo alguno que esta Corte Suprema haya conferido mediante esta norma primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Lo que sí afirmó la Corte es que, a diferencia del precedente “S.A. Martín & Cía.”, la incorporación de la Convención de Viena proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la ley. Sólo así, el art. 27 de la Convención puede ser compatible con nuestro sistema constitucional.

Tampoco la reforma constitucional de 1994 -que incorporó las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, párr. 2º- logra conmovir este estado de cosas, en tanto que la vigencia de los arts. 27 y 30 mantiene el orden de prelación entre la Constitución y los tratados internacionales, que de conformidad con el primer artículo citado, es la que debe primar en caso de conflicto.

Nuestro país con la reforma del ‘94 no ha terminado de resolver completamente las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a los problemas de primacía de uno sobre el otro. En efecto, en general, a todas las clases de tratados se les confiere sólo primacía con relación a las leyes nacionales, lo que en principio se encuentra en contradicción con lo dispuesto por el art. 27 de la CV69, Convención ésta que se encuentra incorporada al derecho interno argentino. Una interpretación adecuada obligaría a los jueces a respetar lo establecido por el art. 27 de la C.N. que se encuentra plenamente vigente y

que la Convención constituyente se encontraba inhibida de modificarla. Con este criterio, aun los tratados sobre derechos humanos podrían ser declarados inconstitucionales.

3. La jerarquía y complementariedad constitucional de los tratados de derechos humanos del inc. 22 del art. 75

Con la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1994, se incorpora el dispositivo del art. 75 inc. 22. Esta norma expresa:

“Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados por el PE nacional, previa aprobación de los dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional”.

De acuerdo a la primera parte del inc. 22, los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes; la segunda parte, incorpora con jerarquía constitucional, a once instrumentos internacionales de los derechos humanos. Estos instrumentos, además de ser jerárquicamente superiores a las leyes, se encuentran en un mismo plano que la Constitución. Aunque no se encuentren insertados en ella, integran el Bloque de Constitucionalidad¹⁶, expresión de origen francés, adoptada por Bidart Campos, y que en definitiva pretende explicar la “jerarquía constitucional” de estos instrumentos en el derecho constitucional. Este “Bloque de Constitucionalidad” puede achicarse o agrandarse de conformidad con lo dispuesto por la última parte del inc. 22 del art. 75¹⁷.

Respecto de esas declaraciones y tratados sobre derechos humanos el inciso establece las siguientes pautas: tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia; no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución; son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

3.1. La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos

Cabe preguntarse si estos instrumentos internacionales y los que se puedan incorporar en el futuro (vía la última parte del inc. 22), forman parte de la Constitución Nacional. Parte de la doctrina se inclina por la repuesta afirmativa sosteniendo que tales tratados son normas constitucionales a tenor de lo dispuesto por el art. 75: tienen jerarquía constitucional. Sólo difieren de las demás normas constitucionales en cuanto a su rigidez, dado que pueden ser denunciados bajo ciertas condiciones. En contraposición con esta doctrina, se encuentran los que niegan que formen parte de la Constitución, alegando que el citado texto legal al contener la expresión “tienen jerarquía constitucional”, es claramente indicativa que tienen tal jerarquía constitucional, pero que no forman parte de la Constitución misma. La distinción no es menor, ya que de aceptar esta postura serían distintas las consecuencias derivadas de la interpretación y aplicación de estos instrumentos. Por otra parte, es importante recordar que el art. 75 autoriza al Congreso a dar jerarquía

constitucional en el futuro a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos; esto implicaría, si fuera aceptable que estos tratados forman parte de la C.N., a reformar ésta por una ley del Congreso, lo que evidentemente es inaceptable a la luz de lo dispuesto por el art. 30 C.N. En definitiva, para esta doctrina, tales tratados que tienen jerarquía constitucional, no forman parte de la C.N., sino que la complementan a tenor de lo dispuesto por la misma norma legal. Es decir, que los tratados de derechos humanos no forman parte de la C.N., pero “valen como ella”¹⁸. Una cosa es incorporar esos tratados como formando parte de la C.N., y otra, muy distinta, es depararle idéntica jerarquía que la de la C.N. Los instrumentos sobre derechos humanos previstos en el inc. 22 del art. 75, gozan de jerarquía constitucional sin estar incorporados a la C.N. y, en este contexto, integran el llamado “Bloque de Constitucionalidad federal”¹⁹.

Los primeros casos en que la Corte se refirió a este tema (1996) fueron “Chocobar, Sixto c/ Anses (Fallos 319:3241) y “Monges c/ Universidad de Bs. As.” (Fallos 319:3148) en donde indicó que tal expresión significa que “el constituyente efectuó un juicio de comprobación en virtud del cual se han cotejado los tratados incorporados y los artículos constitucionales y se ha verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”. Asimismo en la causa “Petric” (Fallos 321:885) amplió tal definición indicando que el intérprete debe tratar de armonizar los diferentes derechos consagrados en los tratados y en la C.N.²⁰.

3.2. Los tratados de derechos humanos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución

El inc. 22 del art. 75, establece que tales instrumentos internacionales, además de tener jerarquía constitucional según las condiciones de su vigencia, “no derogan artículo alguno de la primera parte de la C.N. y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Para cierto sector de la doctrina, esta expresa aclaración, en caso de conflicto de normas, significaría que la C.N. prevalecería sobre la norma internacional y ésta incluso, podría ser declarada inconstitucional. Más aun, ante cualquier conflicto entre una norma internacional y una de la C.N., ya sea de la primera o de la segunda parte, prevalecerían las normas constitucionales a tenor de lo dispuesto por el art. 27 C.N., según el cual los instrumentos internacionales deben conformarse con los principios de derecho público de la C.N. De allí que la expresión *no derogan artículo alguno de la primera parte de la C.N.*, significaría que la jerarquía de tales tratados es inferior a la asignada a la C.N. por su art. 31.

Esta interpretación se refuerza con la expresión “*complementarios*” a que alude la norma; complementarios de qué: de los derechos y garantías de la Primera Parte de la C.N., cuya derogación no es viable de ningún modo según el llamado prescripto por la propia reforma constituyente²¹. El carácter complementario significa que los tratados tienen carácter reglamentario de los derechos enunciados en la C.N. Si mediante un tratado internacional no es admisible la derogación de artículo alguno de la C.N., ello significa que los tratados internacionales, incluso los referentes a derechos humanos a pesar de tener jerarquía constitucional, se encuentran subordinados a la C.N., la cual no pueden modificar²².

Sobre la naturaleza y alcance de la “*complementariedad*”, otros autores²³ entienden que esa condición no afecta la jerarquía constitucional, y que sólo si existiera contradicción con algún artículo de la primera parte de la C.N., cedería el texto del tratado en favor del texto constitucional. Este razonamiento parecería indicar la opinión de que los tratados se encontrarían en un escalón inferior a la C.N. Si la complementariedad no significa accesoriedad, la armonización e interpretación entre ambas normas deberían realizarse conforme a la pauta hermeneútica sostenida por la Corte conforme a la cual “Las normas constitucionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que debe buscarse la manera de armonizarlas a todas (o ambas) a fin de que conserven igual valor y efecto”. Es decir, que la expresión “*complementarios*”, induce a una tesis armonizadora entre esas normas (las internacionales y las de la C.N.), por lo que el intérprete deberá en lo posible amalgamar ambos órdenes de derechos y emitir repuestas jurídicas inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición²⁴.

El aparente paso de un sistema dualista a uno monista que inspira la reforma de 1994, implica una mayor flexibilidad y apertura del orden jurídico interno para con el orden internacional, aunque esto no necesariamente permita inferir que se ha modificado el sistema de reforma de la C.N.: “*La complementariedad resulta respecto de toda la C.N., no sólo de la primera parte sino también de la segunda, por aplicación del artículo 27 y teniendo en cuenta el Principio de Unidad de la C.N., que es un principio fundamental e insoslayable de interpretación constitucional*”²⁵.

La jurisprudencia de la Corte

La jurisprudencia y la doctrina constitucionales no parecen estar de acuerdo acerca de si los tratados internacionales con jerarquía constitucional tienen, en rigor, esa misma jerarquía u otra inferior (causas “Petric”, Fallos 321:885 [50]; A.533 XXXVIII, “Arancibia Clavel, Enrique L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, y E.224 XXXIX, “Espósito, Miguel A. s/ incidente de la prescripción penal”, pronunciamientos del 24 de agosto y 23/12/04, respectivamente).

La Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo hace su art. 75 inc. 22 C.N., presenta un fenómeno jurídico que puede caracterizarse, en rigor, como referencia al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional universal (causa “Monges”, Fallos 319:3148). Nuestro país ha vivido, en consonancia con esta evolución mundial, un cambio sustancial en la concepción de su ordenamiento jurídico, en virtud de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, que comenzó por plasmarse en la jurisprudencia del más alto tribunal y que ha tenido su máxima expresión en la reforma constitucional de 1994. En efecto, es importante destacar que no sólo se ha operado en nuestro país un cambio de paradigma interpretativo de la Constitución, esto es, un nuevo momento constitucional, sino que además, si alguna duda pudiera haber al respecto, dicha evolución ha hallado reconocimiento expreso en la reforma del texto escrito de la Constitución Nacional.

En materia de derechos humanos, la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones, evitando todo apego a soluciones de *genius loci* particularista.

Que la Corte estableció que el art. 75 inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados, establece en su última parte que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual cotejaron los tratados y los artículos constitucionales y verificaron que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir²⁶.

De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. De tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la parte 2ª de la Constitución (causa “Monges”, Fallos 319:3148, consids. 20, 21 y 22).

Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente.

Esta doctrina, reafirmada en la causa “Petric”, Fallos 321:885, entre muchas otras, resulta aplicable a los tratados sobre derechos humanos que adquieren jerarquía constitucional con arreglo a lo dispuesto en el párrafo final del citado art. 75 inc. 22 C.N.

En rigor, cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente, por autorización de la Constitución misma, según el cual, al elevar el tratado a la misma jerarquía que la Constitución, estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de derecho público de esta Constitución, sino que no deroga norma alguna de la Constitución: la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez, sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución.

Las normas internacionales integran el derecho interno, criterio reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994, expresamente sancionado por el inc. 22 del art. 75 C.N., es decir, que por lo menos desde el fallo en el caso “Ekmekdjian” impera en la jurisprudencia de esta Corte el llamado criterio del “derecho único”. Tesis correcta, desde que su contraria, o sea, la llamada del “doble derecho”, según la cual la norma internacional obliga al Estado pero no constituye derecho interno, es hoy casi unánimemente rechazada por los internacionalistas²⁷.

No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional no modifica, ni altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales, guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia unos sobre otros, pues todos integran la Constitución misma con igual rango. Y es la Constitución misma la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional.

No puede afirmarse que tal facultad (art. 75 inc. 22) quebranta la rigidez del art. 30 porque jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75 inc. 22 CN. lesiona el art. 30, sencillamente porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras.

Cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales. Esta Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución. No es necesario que sea el poder constituyente el que confiera directamente tal jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos si aquél ha asignado tal poder al Congreso con mayorías especiales.

Es claro que el Congreso no podría dotar de jerarquía constitucional a un tratado que lesione un principio constitucional. Es más, sería inconcebible que el poder constituyente no pudiese reformar el mismo art. 30 C.N.

En disidencia ²⁸ con las opiniones vertidas precedentemente, se sostiene que los constituyentes establecieron que ciertos instrumentos internacionales de emblemático valor -dos declaraciones y siete tratados de derechos humanos, enunciados taxativamente- gozaban de jerarquía constitucional. A su vez, añadieron un mecanismo de decisión -con mayoría especial- para conferir ese rango a otros tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que a la par se precisó expresamente que esos instrumentos no derogaban “artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Ello robustece lo hasta aquí afirmado respecto de la vigencia de los arts. 27 y 30 C.N.; tales instrumentos prevalecerán sobre las leyes ordinarias y los demás tratados a condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento (disidencia del juez Belluscio en Fallos 321:885).

De allí que su jerarquización -de segundo rango- exija una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte -en tanto custodio e intérprete final de la Constitución- tiene el deber de salvaguardar. En efecto, es al Poder Judicial a quien corresponde mediante el control de constitucionalidad realizar ese juicio de comprobación.

Que, con posterioridad a la reforma constitucional, fue en el caso “Cafés La Virginia S.A.” (Fallos 317:1282) en donde se subrayó que el art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asegurar primacía a los tratados sobre una norma interna contraria, señalándose, a su vez, que el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas deriva de los arts. 31 y 75 inc. 22 C.N.

Sin embargo, la cuestión que debe dilucidarse es si la primacía del derecho internacional comprende a la propia Constitución Nacional. Si la respuesta fuera afirmativa, el derecho internacional prevalecería sobre el derecho interno del país, consagrándose así el monismo en su concepción más extrema. Esta postura -tal como se precisó en el precedente “Arancibia Clavel”, disidencia del juez Fayt- resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino. Si bien es cierto que en la causa “Fibrica Constructora S.C.A.” (Fallos 316:1669) -y las que a ella se remiten- se estableció que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asignar esa superioridad al tratado internacional “una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales”, lo que podría hacer pensar en una jurisprudencia que morigera la doctrina sobre la preponderancia del derecho internacional sobre el derecho interno, no resulta claro si esa interpretación también es aplicable respecto de los tratados de derechos humanos que gozan de “jerarquía constitucional” y, en caso afirmativo, cuál sería el contenido que cabe asignar a la expresión “una vez asegurados”.

Que si bien es cierto de que en diversos votos que informan decisiones de la Corte se ha entendido que con la incorporación de los tratados mencionados a la Constitución Nacional ya se dejó sentada su concordancia con los principios de derecho público establecidos en ella. En efecto, los constituyentes ya habrían efectuado el juicio de comprobación en virtud del cual habrían cotejado los tratados del art. 75 inc. 22 y los artículos constitucionales, y verificado que no se producía derogación alguna de estos últimos. Así,

se ha afirmado que “... la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir”.

Por el contrario, la tesis que aquí se propugna toma como base normativa al art. 27 C.N., que prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al derecho internacional sobre el derecho interno. Con base a la norma constitucional citada, es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional -cualquiera sea su categoría- guarda “conformidad con los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución” (art. 27 C.N.). En otras palabras, debe asegurarse la supremacía constitucional. Resultaría aún más intolerable que un tratado de la categoría de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” desconociera principios infranqueables de nuestra Ley Fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el art. 30.

Los partidarios de la tesis sobre la incolumidad de los arts. 27 y 30 C.N., afirman que “... los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”. En efecto, en nada se ha apartado la reforma mencionada del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución con relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido esta Corte, con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhiesto. Como se dijo, esta interpretación es -a su vez- un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30).

Los tratados de derechos humanos a los que hacen referencia los párrs. 2º y 3º del art. 75 inc. 22 son jerárquicamente superiores a los demás tratados -los supralegales (art. 75 inc. 22 párr. 1º e inc. 24) y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma. En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la primera parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal) aquéllos deban primar sobre el derecho interno.

De lo afirmado hasta aquí cabe concluir que la jerarquía normativa del orden jurídico argentino queda conformada de la siguiente forma: a) la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo; b) en segundo término se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el párr. 2º del art. 75 inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro -párr. 3º, del art. 75 inc. 22-; c) en tercer lugar, los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; d) y, por último, las leyes del Congreso²⁹.

Tal como se afirmó en el caso “Arancibia Clavel”, la reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa “Ekmekdjian” sobre la base del art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados -cualquiera fuera su categoría- y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible, por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1º a 35 (art. 7º ley 24309).

3.3. Las condiciones de vigencia de los tratados sobre derechos humanos

El art. 75, inc. 22, establece en su segunda parte que las declaraciones y demás instrumentos internacionales allí enumerados, “en las condiciones de su vigencia”, tienen jerarquía constitucional...

Es decir, que tales instrumentos se incorporan a la C.N., en las condiciones de su vigencia, lo que determina, por una parte, que el tratado debe estar vigente en el ámbito internacional y, por la otra, que deben tenerse en cuenta las condiciones en que la Argentina se ha obligado, esto es, en los términos de la ratificación de dichos tratados. Esta pauta indica que deben respetarse, sin duda, las reservas que nuestro país incluyó en el instrumento mediante el cual se llevó a cabo la ratificación internacional. Las condiciones de su vigencia significa determinar en qué condiciones el tratado se encuentra en vigor para la Argentina, es decir, en qué forma ha sido aprobado o ratificado por la Argentina, lo que comprende las reservas y aclaraciones de todo tipo que haya realizado. Una posición maximalista pretende incluir dentro de las condiciones de vigencia para nuestro país, no sólo a las reservas sino también a las aclaraciones, excepciones, reservas de

derechos y declaraciones interpretativas. En este último sentido, sostiene que los tratados tienen validez sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas. Jurídicamente, y más estrictamente desde el punto de vista del derecho internacional, se hace difícil aceptar esta interpretación. En efecto, existe una diferencia fundamental entre el alcance de una reserva y una declaración interpretativa. Mientras que la reserva es una declaración que tiene por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de un tratado en su aplicación al Estado, la declaración interpretativa es simplemente una declaración que se limita a exponer la manera en que un Estado interpreta una disposición, pero no excluye ni modifica dicha disposición en su aplicación a ese Estado ³⁰.

Sin perjuicio de que la expresión “en las condiciones de su vigencia” pueda analizarse desde dos perspectivas distintas, la interna y la internacional, previamente cabe preguntarse si ésta es aplicable sólo a los tratados sobre derechos humanos o es extensiva para todos los tratados celebrados por la República Argentina. A primera vista, la respuesta debería ser que todos los tratados se aplican en las condiciones de su vigencia, no sólo los referidos a derechos humanos. Nos preguntamos: ¿Existe algún tratado que no se incorpore al derecho argentino en las condiciones de su vigencia?

Un tratado internacional se encuentra vigente cuando se convierte en obligatorio para los Estados contratantes. La entrada en vigor de un tratado tiene íntima relación con la fecha en que el tratado se convierte en obligatorio para los Estados ³¹.

En el acto en que el Estado presta su consentimiento en obligarse por el tratado en cualquiera de sus formas, puede manifestar sus reservas sobre determinadas cláusulas del tratado, ya sea excluyéndolas o modificándolas. La CV69 (art. 2.1.d) entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera sea su denominación o enunciado, efectuada por un Estado al firmar ³², ratificar, aprobar, aceptar o adherirse a un tratado, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación con respecto a ese Estado. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas viene desarrollando una intensa labor con relación a las reservas ³³ a los tratados. En los debates de 1997, dicha Comisión trató la cuestión de la aplicabilidad del sistema de reservas de las convenciones de Viena con respecto a los tratados de derechos humanos. Aunque se acordó que el régimen de Viena debía mantenerse, se reconoció que debía perfeccionarse. Asimismo, se admitió que los órganos de control de carácter judicial establecidos por las convenciones, se pronuncien sobre la permisibilidad de las reservas cuando sea necesario para el ejercicio de sus funciones ³⁴. No obstante las consideraciones que anteceden, el régimen de reservas establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se sigue aplicando con relación a los tratados sobre derechos humanos.

3.3.1. La perspectiva internacional de los tratados. Su observancia y aplicación

Siguiendo un principio general del derecho (todo acuerdo de voluntad es ley para las partes), el art. 26 de la CV69 establece una norma fundamental del derecho internacional: la *pacta sunt servanda*: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. La vigencia del tratado es la condición para tal obligatoriedad de lo acordado y constituye una de las fuentes principales del derecho internacional. También este artículo remarca otro de los principios aplicables en materia internacional: el de la buena fe, siguiendo, en este sentido, lo dispuesto por la Carta de las Naciones Unidas ³⁵, la Resolución 2625 (XXV) ³⁶ y el propio Preámbulo de la Convención ³⁷. La buena fe constituye una verdadera obligación jurídica para los Estados que forma parte, en este caso, del principio fundamental de la *pacta sunt servanda*.

El art. 27 en consonancia con otras disposiciones de la Convención y lo observado en materia internacional al respecto, establece que una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las disposiciones de un tratado.

En materia de aplicación de los tratados, la CV69 contiene principios referidos al ámbito temporal ³⁸, al espacial ³⁹ y a la aplicación de las disposiciones de tratados sucesivos referidos a la misma materia ⁴⁰.

El art. 75 inc. 22 al referirse a los instrumentos internacionales allí enumerados aclara que tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, aludiendo de esa forma a la vigencia internacional de dichos instrumentos. Es decir, que hay que efectuar un juicio de comprobación sobre dos aspectos: a) Si el tratado en cuestión se encuentra efectivamente en vigor en el ámbito internacional o entre los Estados partes; y b) Si de ese tratado vigente internacionalmente la Argentina es Estado parte. Sólo a un tratado vigente, tanto internacionalmente como internamente en la Argentina, el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional.

Desde otra perspectiva cabría preguntarse si las llamadas “condiciones de la vigencia” de los tratados son las que al tiempo de entrar en vigor la reforma constitucional del ‘94 surgían del previo reconocimiento o ratificación o adhesión internacional que les había otorgado la Argentina a cada uno de dichos instrumentos, incluyendo las reservas e interpretaciones deducidas en cada caso; o bien se refiere a las condiciones de vigencia de tales instrumentos en el momento de la reforma, es decir, cuando adquirieron rango constitucional; y también, considerar si las condiciones de vigencia se extienden a las “condiciones” hacia el futuro, es decir, las condiciones en la que subsistirá o no cada uno de esos instrumentos en el ámbito internacional.

3.3.2. *La interpretación de la Corte de la expresión “en las condiciones de su vigencia”*

En “las condiciones de su vigencia” no significa la conversión, por obra de la incorporación a la Constitución Nacional, de los tratados en derecho interno. Es decir, que los “referidos tratados” mencionados en el art. 75 inc. 22, no se han “incorporado” a la Constitución Argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que los tratados se aplican tal como rigen en el derecho internacional. Es decir, que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado al derecho interno. Por ello se hace necesario compatibilizar las leyes nacionales con las normas internacionales que son a la vez, normas internas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional ⁴¹. Las normas nacionales que contuvieran disposiciones contrarias a esos tratados internacionales, o hicieren imposible el cumplimiento de las obligaciones en ellos asumidas, su sanción y aplicación comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas y sería constitucionalmente inválida (art. 31 C.N.) ⁴².

La jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente “en las condiciones de su vigencia”, esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación

Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen, y éstas le provienen del ordenamiento internacional. De modo que “la referencia” que hace la Constitución a esos tratados es tal como rigen en el derecho internacional. Por consiguiente, dichos tratados rigen como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (“Giroldi”, Fallos 318:514).

De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional.

A los fines de la aplicación, las condiciones de su vigencia incluyen, en su caso, las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente y la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados.

Sobre este último aspecto, cabe recordar jurisprudencia internacional, a los fines interpretativos que “... según el derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno...”. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia ⁴³.

La pregunta que cabe formularse es si la interpretación y alcance de tales tratados efectuada por los órganos internacionales: ¿son pautas obligatorias a seguir por los tribunales nacionales? o dicho de otra forma: ¿constituyen reglas obligatorias a observar comprendidas dentro de las “llamadas condiciones de su vigencia”?

Sobre el particular existirían dos alternativas: a) que tales interpretaciones sólo son pautas a considerar por los tribunales; b) que éstas constituyen reglas obligatorias a observar por los tribunales nacionales.

Según la Corte, los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo, si el principio de imprescriptibilidad (art. I Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y, por ende, enervado, por el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución, o si el derecho de réplica (art. 14, Convención Americana sobre Derechos Humanos) se viera en la práctica derogado por el art. 14. Precisamente, el fin universal de aquellos

tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional. Lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatibles con su fin propio.

La Corte afirmó que la interpretación del alcance de los deberes del Estado que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia producida por los órganos encargados de controlar el cumplimiento de las disposiciones de dicho instrumento internacional. En este sentido, la Corte ha reconocido en diferentes oportunidades, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero una cosa es afirmar que la Corte debe “guiarse” (en el sentido de “orientarse” o “asesorarse”) por la opiniones y jurisprudencia de los órganos internacionales sobre la materia o bien que tales resoluciones constituyen “pautas de interpretación”, y otra muy distinta es afirmar que “las condiciones de vigencia” establecidas por la Constitución para la aplicación de los tratados del art. 75 inc. 22 debe interpretarse obligatoriamente conforme al alcance y contenido que los órganos de aplicación internacionales dieran a esa normativa.

Sin embargo, en diversos fallos la Corte se ha inclinado por esta última postura, afirmando que la jerarquía constitucional de los tratados del inc. 22 del art. 75 ha sido establecida por voluntad del constituyente “en las condiciones de su vigencia”, esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (fallos 318:514; 321:3555; 323:4130, disidencia del juez Boggiano).

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que la República Argentina reconoció la competencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la convención americana (art. 2º ley 23.054). Sobre el particular cabe recordar que la Corte ha establecido que, como fuente de derecho interno, los informes y las opiniones de la comisión interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (Fallos 321:3555 y sus citas). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.1) impone el deber a los Estados parte de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana consideró que “... es deber de los Estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (opinión consultiva OC 11/90, parág. 23).

La Corte ha juzgado que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata (Fallos 315:1492).

La Corte, como queda expresado, reiteradamente en los últimos tiempos se ha manifestado en el sentido de que la interpretación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los órganos de aplicación en el ámbito internacional resulta obligatoria para los tribunales locales.

Sin embargo, parte de la doctrina y opiniones en disidencia en el seno de la misma Corte (voto en disidencia de Fayt en el caso “Simón”, ya citado), afirman que las conclusiones de los organismos internacionales no son trasladables sin más a los casos particulares tratados por los tribunales argentinos. En efecto, no pueden extrapolarse las conclusiones de la Corte Interamericana en cuanto a efectos. La competencia de la Corte comprende su potestad de decidir respecto de la “interpretación y aplicación de la convención”, pero de conformidad con lo dispuesto en el art. 68.1. los Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Tampoco las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -por lo demás, órgano político y no jurisdiccional-. Las remisiones que puedan ser efectuadas por los tribunales internos para fundar sus resoluciones a las decisiones de los órganos internacionales pueden constituir un supuesto de arbitrariedad, en tanto las conclusiones de tales órganos para determinados casos seguramente se fundan en un plexo normativo distinto del que se puede cuestionar en un caso concreto en los tribunales del país.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Miembro del IDIPDI.

¹ En el caso “Quebrachales Fusionados c/ Capitán del buque Aguila (1927)”, la C.S. sostuvo la aplicación directa de la norma internacional (Fallos 150:84).

² El art. 2º Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ley 24556 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 24820; art. 1º Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 75 inc. 22) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que comprende en la definición “otros actos inhumanos”, según la remisión al art. 6º c Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

³ Tales conductas tienen como presupuesto básico la característica de dirigirse contra la persona o su dignidad, en las que el individuo ya no cuenta, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida el delito.

⁴ La comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna.

⁵ La ley 25778, sancionada simultáneamente con la ley 25779, ambas publicadas en el B.O. del 3/9/03, otorga “jerarquía constitucional a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, el 26/11/1968 y aprobada por la ley 24584”. Esta Convención, según entendió esta Corte Suprema en la causa “Arancibia Clavel” ya citada, no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario; siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguió la acción penal con anterioridad a esa ley y, por lo tanto, su ejercicio en función de ésta no importa una aplicación retroactiva de la ley penal (Corte Suprema, 14/6/05, “Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad”).

⁶ En el debate que precedió a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22º período de sesiones, 1966). Es por ello que el verbo “afirmar” reemplazó al verbo “enunciar” que contenía el proyecto original. Esta afirmación del principio de imprescriptibilidad importó, entonces, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público consuetudinario. Así, se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el derecho internacional general como un principio del derecho de gentes generalmente reconocido, o incluso como costumbre internacional.

⁷ Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

⁸ En disidencia, Fayt opina que sin embargo, tampoco puede resolverse la cuestión en favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados. En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser *certa* -exhaustiva y no general- *stricta* -no analógica- y, concretamente con relación al *sub lite, scripta* -no consuetudinaria-. Sintetizando: las fuentes difusas -como característica definitoria de la costumbre internacional- son también claramente incompatibles con el principio de legalidad.

⁹ El art. 118 C.N. establece que “... la actuación de estos juicios [juicios criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

¹⁰ La Corte ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. SECO VILLALBA (*Fuentes de la Constitución argentina*, Depalma, Bs. As., 1943, p. 225) da cuenta de su origen, que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes -en ese momento, piratería y trata de esclavos- y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.

¹¹ El Prof. Dr. Ernesto Rey Caro ha tratado el tema en diversas oportunidades. Ver, entre otros, su trabajo *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Consideraciones sobre la reforma constitucional*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. VI, 1994/1995, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1995. El citado autor distingue cuatro etapas en la interpretación y aplicación del sistema normativo constitucional argentino: 1) una primera etapa que se extiende desde la sanción de la Constitución en 1853 hasta 1963, en ella no se discutía la preeminencia de las reglas constitucionales con la excepción sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Merck Química Argentina c/ Gobierno de la Nación” en la que se pronuncia sobre la validez superior al ordenamiento constitucional de los tratados en época de guerra; 2) la segunda se inicia con el caso “Martín y Cía. S.A. c/ Administración General de Puertos” de cuyo fallo resulta el reconocimiento de la igual jerarquía de las leyes y los tratados, pronunciándose, en consecuencia, por la vigencia del principio *Leges posteriores priores contrarias abrogant* entendiendo asimismo que la eventual responsabilidad internacional en la que podría incurrir el Estado es cuestión ajena a la jurisdicción interna; 3) la tercera etapa tiene su inicio con la solución del caso “Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros” de julio de 1992 en la que se sostiene que un tratado constitucionalmente celebrado es norma del derecho federal compleja en razón de participación de dos poderes en su celebración y que su derogación, por una ley del Congreso, importaría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre competencias del Poder Ejecutivo por lo que, en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969, debe reconocerse la primacía de los tratados sobre la ley nacional; 4) la cuarta etapa corresponde a lo dispuesto por la Constitución Nacional reformada en 1994. A criterio del autor, si bien el texto de la C.N., art. 31 no ha sido alterado y admitiendo que los tratados tengan una jerarquía normativa superior a la leyes de la Nación, conforme lo interpretó la CSJN con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que otorgar también a actos normativos

emanados de un órgano internacional jerarquía supralegal implica una modificación esencial de la regla constitucional del artículo citado.

¹² A partir del *leading case* “S.A. Martín & Cía. Ltda.”, sentenciado en 1963 (Fallos 257:99), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de su doctrina sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Allí se estableció que ni el art. 31 ni el 100 (actual 116) C.N. atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación y que, por tal razón, no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Se seguía de lo dicho que regía respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores, en su expresión clásica: *leges posteriores priores contrarias abrogant*. Como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada, también la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas -citadas en el fallo en cuestión- han admitido desde antiguo la aplicación de este principio. Idéntica doctrina se reiteró en Fallos 271:7 *in re* “Esso S.A.”, de 1968.

¹³ En 1992, la Corte Suprema reelaboró su postura *in re* “Ekmekdjian” (Fallos 315:1492). La doctrina que se deriva del fallo se asienta en dos argumentos distintos: el primero aludía a la condición de acto complejo federal que caracteriza a un tratado y, el segundo, al art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Recordemos que esa norma prevé que “... una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Con la incorporación de la Convención de Viena (en vigor desde el 27/1/1980) se configuraba -en principio- para el tribunal el fundamento normativo -a diferencia de lo que ocurría *in re* “S.A. Martín & Cía. Ltda.”- para conferir primacía a los tratados internacionales sobre las normas internas. En el voto mayoritario se establece que la Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno. Esta Convención -continúa el fallo- ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. La aplicación de tal fundamento normativo imponía, entonces, a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con una norma interna contraria.

¹⁴ De él proviene la “cláusula constitucional” o “fórmula argentina” expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis M. Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se deben excluir de los tratados en materia de arbitraje “las cuestiones que afectan a las constituciones de cada país”.

¹⁵ Doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. opinión consultiva OC 4/84, serie A, n. 4, del 19/1/1984).

¹⁶ Por Bloque de Constitucionalidad se entiende el conjunto normativo que parte de la Constitución, y añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución (tratados, derecho consuetudinario, jurisprudencia, etc.) (BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Bs. As., 1998).

¹⁷ Esta potestad ha sido utilizada para incorporar al Bloque la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

¹⁸ SAGÜÉS, Néstor, *Los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994*, La Ley, Bs. As., 1994.

¹⁹ BIDART CAMPOS, ob. cit..

²⁰ Se denomina a esta interpretación la “Doctrina de la Verificación” en el sentido de que las normas de los tratados y las de la C.N., no se encuentran enfrentadas, asignándose a ambas carácter de normas constitucionales.

²¹ El art. 7º de la ley 24.309 dispuso que la Convención constituyente no podía introducir modificaciones a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la C.N., y el art. 6º sancionaba con nulidad absoluta el acto de la Convención que se apartara de esa disposición.

²² BADENI, Gregorio, “Soberanía y reforma constitucional”, E.D., 161-1994.

²³ Ver VANOSI, Jorge - DALLA VÍA, Alberto, *Régimen constitucional de los tratados*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000.

²⁴ SAGÜÉS, ob. cit.

²⁵ BIDART CAMPOS, ob. cit.

²⁶ Voto del Dr. Boggiano en Corte Suprema, 14/6/05, “Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad”.

²⁷ Por otra parte, por mucho que la coherencia interna del orden jurídico sea un valor positivo, en función de la necesaria racionalidad de los actos de gobierno como requisito del principio republicano, esto no autoriza a dar prioridad a una parte de la Constitución (o del derecho internacional incorporado a ella) sobre otra, desconociéndose la vigencia de esta última. No es admisible que para no violar las convenciones incorporadas a la Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece. Más aún, el propio derecho internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas *pro homine*. Ello es así, porque al admitirse la jerarquización de las normas constitucionales se firma el certificado de defunción de la propia Constitución. Cuando se distingue entre normas superiores y que hacen al espíritu mismo de la Constitución y normas constitucionales simplemente legales, se habilita a desconocer estas últimas para mantener la vigencia de las primeras (del voto del Dr. Zaffaroni en C.S., 14/6/05, “Simón, Julio y otros s/ privación ilegítima de la libertad”).

²⁸ Voto en disidencia del Dr. Fayt en C.S., 14/6/05, “Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad”.

²⁹ La Constitución Nacional establece las distintas clases de tratados: 1) Los tratados sobre derechos humanos y los de esa naturaleza que se incorporen en el futuro, gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, 2ª parte); 2) Los tratados en general y los concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 primera parte); 3) Tratados relativos a procesos de integración en general y en particular con Estados de Latinoamérica (difieren en cuanto a las modalidades requeridas para su aprobación), también tienen jerarquía superior a las leyes. (art. 75 inc. 24). 4) Los convenios internacionales celebrados por las provincias con conocimiento del Congreso y en las condiciones fijadas por el art. 124 y ss. C.N., tienen jerarquía inferior a las leyes nacionales.

³⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 24. Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus protocolos facultativos. O de adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el art. 41 del Pacto, adoptada el 4 de noviembre de 1994, párr. 3.

³¹ La entrada en vigor de los tratados está prevista en el art. 24 de la CV69 que establece que un tratado entrará en vigor: a) de la manera y en la fecha que el tratado disponga o b) que acuerden los tratados negociadores. A falta de disposición o acuerdo en ese sentido, la regla general es que los tratados entran en vigor en el momento que exista constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado (ap. 2). No es suficiente entonces que los Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse; es necesario que haya constancia de tal consentimiento y esta constancia, como hemos visto, está dada por *el canje o depósito de los instrumentos de aprobación*. Y aun en este caso, quizás el tratado se encuentre en vigor pero todavía no sea aplicable, es decir, la aplicación del tratado quede postergada para el futuro, ya sea porque los Estados así lo han establecido insertando una fecha de entrada en vigor para el futuro, siempre que se den determinadas condiciones, o bien si se cumplan en la realidad los presupuestos para su aplicación. Por ello es que no debe confundirse vigencia con aplicación del tratado. Ambas situaciones pueden o no coincidir en el tiempo. En los casos de tratados bilaterales, la fecha de entrada en vigor del tratado es la misma; en cambio en los tratados multilaterales, para los Estados que han manifestado su consentimiento en obligarse con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado, su vigencia comienza a partir de la constancia de tal hecho, sin efecto retroactivo. Puede ocurrir asimismo que el tratado contenga disposiciones que condicionen su entrada en vigor a un número determinado de ratificaciones o aprobaciones, como la propia CV69 que prevé en su art. 84 que la entrada en vigor se produciría el trigésimo día a partir de la fecha en que se hubiere depositado el trigésimo instrumento de ratificación o adhesión.

³² Si mediante la firma, un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado, la reserva formulada en el momento de la firma, no es necesario que sea confirmada posteriormente. Distinto es el caso de que la reserva que se formule en la firma de un tratado que necesite de ratificación, aceptación o aprobación formal; en tal supuesto, la reserva deberá ser confirmada al manifestar el Estado su consentimiento en obligarse por el tratado.

³³ La institución de las reservas está siendo objeto de tratamiento en el seno de la CDI desde que la Asamblea General por Res. 48/31 de 1993 la incluyera en el Programa de Trabajo bajo el título “El derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados”.

³⁴ Corte I.D.H., *Caso Blake. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia del 22 de enero de 1999. Serie C No. 48. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 20/21.

³⁵ El art. 2.2. de la Carta dispone que los miembros de la Organización deben cumplir de buena fe las obligaciones asumidas en virtud de la Carta.

³⁶ Esta resolución destaca el principio de la buena fe, y lo impone como deber para los Estados miembros de la Carta de las Naciones Unidas en el cumplimiento de sus obligaciones tanto en lo referido a dicho instrumento, como en virtud de los principios y normas de derecho internacional. Particularmente destaca que todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas de acuerdos internacionales válidos.

³⁷ Refiriéndose al principio de la buena fe, entre otros, establece el Preámbulo: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”.

³⁸ En lo referido al ámbito temporal, reafirma *el principio de la irretroactividad* al establecer que las disposiciones de un tratado no obligan a las partes con respecto a ningún acto, hecho o situación que haya tenido lugar o dejado de existir, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para la parte de que se trate. (art. 28). El principio de la irretroactividad de las leyes, es un principio general del derecho y en lo referido a los tratados, un principio de derecho internacional general, abonado por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados. La fecha de irretroactividad está señalada por la fecha de entrada en vigor del tratado, con relación a cada uno de los Estados que forman parte de él. Siguiendo este principio, con relación a la propia CV69, su art. 4º dispone su irretroactividad aplicándose exclusivamente a los tratados celebrados por Estados después de la entrada en vigor con respecto a tales Estados.

³⁹ En materia del ámbito espacial de aplicación de los tratados, la CV69 establece en su artículo 29 el ámbito territorial de los tratados definiendo la regla de que todo tratado es obligatorio para las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio. Esta disposición es aplicable cuando el tratado no contiene otras normas restrictivas en esta materia o las propias partes convienen en acotar la aplicación a partes específicas del territorio, o cuando se formule una reserva (permitida) de carácter territorial. Otra cosa distinta, es el ámbito de aplicación de ciertos tratados en zonas determinadas o bien tratados que no tienen aplicación territorial ya que no vinculan al Estado con relación a su territorio.

⁴⁰ La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia se encuentra legislado por el art. 30, disposición que resulta de necesario análisis teniendo en cuenta que involucra materias importantes como responsabilidad, interpretación e incluso modificación o enmiendas a los tratados que se encuentran contemplados en otros artículos de la Convención, y constituye un tema corriente como consecuencia de la expansión de cooperación internacional para atender a las nuevas necesidades surgidas en el seno de la comunidad internacional. El párr. 1º del referido artículo, consagra el “principio de jerarquía” al establecer la primacía de lo dispuesto por el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas con relación a cualquier otro tratado: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”, ratificando en este sentido que el derecho internacional otorga a las normas y obligaciones emanadas de la Carta de las Naciones Unidas primacía sobre otras normas. El párr. 2º afirma el “principio de la *lex prior*”, remitiéndose a lo establecido en cada tratado, ya se encuentre subordinado a otro (anterior o posterior), o bien que lo establecido en ese tratado no sea incompatible con lo dispuesto en otro. El “principio de la *lex posterior*” está confirmado para los supuestos contemplados en el párr. 3º y el ap. a) del párr. 4º del art. 30. La primera disposición establece que, cuando todas las partes en un tratado anterior sean las mismas que en un tratado posterior, sólo se aplicarán las disposiciones del tratado anterior en cuanto no sean incompatibles con las del tratado posterior. El ap. a) del art. 4º instituye que en el caso de dos tratados sucesivos en que las partes no sean las mismas, las relaciones entre los Estados partes que lo sean en ambos tratados, se regirán por lo dispuesto por el tratado posterior, aplicándose las normas del anterior sólo en el supuesto de que no sean incompatibles con el posterior. El problema más grave en la aplicación de tratados sucesivos sobre la misma materia se manifiesta en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que lo sea en sólo uno de ellos. El ap. b) del párr. 4º, establece en este caso, que los derechos y obligaciones recíprocos entre ambos Estados en ese supuesto, se regirán por el tratado en el que los Estados sean partes.

⁴¹ Normas, por ejemplo, que imponen al Estado argentino el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad (arts. 1.1 Convención Americana de Derechos Humanos y 2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

⁴² Es un principio entendido por la doctrina y la jurisprudencia internacionales que las obligaciones que derivan de los tratados multilaterales sobre derechos humanos para los Estados parte no se agotan en el deber de no violar los derechos y libertades proclamados en ellos (deber de respeto), sino que comprenden también la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía). En el ámbito regional, ambas obligaciones se hallan establecidas en el art. 1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴³ Caso de las “Comunidades Greco-Búlgaras (1930)”, serie B, n. 17, p. 32; caso de las “Nacionales Polacos de Danzig (1931)”, serie A/B, n. 44, p. 24; caso de las “Zonas Libres (1932)”, serie A/B, n. 46, p. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas [caso de la “Misión del PLO. 1988”] 12 a 31-2, párr. 47). Asimismo, estas reglas han sido codificadas en los arts. 26 y 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (punto III.35 de la opinión consultiva citada). En línea con los principios generales expuestos, también entendió que “... son muchas las maneras cómo un Estado puede violar un tratado internacional”.

LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Graciela R. Salas *

Sumario: 1. Introducción. 2. Consideraciones generales. 3. Los tratados firmados por la República Argentina. 4. Supranacionalidad y supralegalidad. 5. La obligatoriedad de la jurisprudencia de la C.I.D.H. y la posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 6. Conclusiones.

1. Introducción

La aplicación de los tratados internacionales por parte de la jurisprudencia interna de los Estados provocó la formulación de diversas teorías, a partir de las cuales la doctrina internacional intentó establecer cuál es la jerarquía de las normas jurídicas, especialmente en tanto el incumplimiento de las obligaciones asumidas puede generar la responsabilidad internacional de los Estados.

Desde la entrada en vigor de la Constitución Nacional de 1853, la doctrina y la jurisprudencia nacionales a su tiempo debieron ocuparse del tema, dividiéndose las aguas en favor de unas u otras de las doctrinas enunciadas en ese momento. La adhesión de la República Argentina a numerosos tratados internacionales y la reforma de la Constitución Nacional operada en 1994 volvieron a llevar la cuestión a discusiones de fondo, de las que no fueron ajenos los poderes del Estado.

Ante esta conjunción, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió abocarse a la resolución de casos particulares, oportunidad en la que se formularon planteamientos de fondo.

La amplitud y diversidad de esos cuestionamientos nos ha llevado a la necesidad de delimitar los alcances de nuestro estudio, en esta oportunidad, con la mayor precisión posible.

Es así que nos hemos fijado como objeto de este trabajo analizar la forma en que el máximo órgano jurisdiccional argentino ha aplicado los tratados internacionales de que es parte nuestro país, tratando de desentrañar la manera en que ha establecido una jerarquía en el sistema normativo, a los efectos de cumplir con las obligaciones asumidas por la República.

Se ha excluido expresamente de este trabajo el estudio pormenorizado de algunos temas que lo exceden en contenido, tales como la expresión “... *en las condiciones de su vigencia...*” (art. 75 inc. 22). A pesar de ello no ha sido posible obviar alguna referencia en el desarrollo de los puntos abordados, dejando a salvo el hecho de que ello no agota su tratamiento.

Tampoco nos detendremos en las discusiones planteadas en torno de la fecha de entrada en vigor de los acuerdos internacionales, en relación directa con el punto anterior, tema éste que actualmente está generando algunas discusiones.

Descartamos asimismo toda consideración acerca de la concordancia o no entre los tratados internacionales y la parte dogmática de la Constitución Nacional que restara incólume a la reforma de 1994, por considerar que es una cuestión eminentemente de derecho interno.

Asimismo descartamos toda consideración acerca de otros tipos de fuentes del derecho internacional y específicamente toda consideración respecto del concepto de normas de *ius cogens*, utilizado en algunos de los casos analizados.

Debemos puntualizar por otra parte que se trata aquí de una mera introducción a un tema cuya amplitud y profundidad requiere de un análisis mucho más profundo.

2. Consideraciones generales

Partiremos de la existencia de una regla general en la materia, cual es el reconocimiento de que desde la reforma de la Constitución Nacional (1994) todos los tratados que comprometen a la República Argentina tienen una jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22). Concluye así la polémica que viera la luz al momento de dictarse nuestra Constitución Nacional en 1853.

Esta sería la regla que nos lleva a tratar de identificar las excepciones.

Uno de los primeros interrogantes que se plantean al abocarnos a este estudio surge ante la existencia de dos momentos fundamentales en la vigencia de un tratado para la República Argentina y el problema que genera en relación con la jerarquía ante el sistema jurídico nacional.

El primero de ellos es el momento en que el acuerdo de que se trate haya comenzado a ser obligatorio para nuestro país, lo que en numerosos casos había ocurrido antes de la reforma constitucional de 1994; mientras que el segundo se produce precisamente al operarse esta última.

Estas precisiones deberán merecer un estudio pormenorizado, en tanto existen acuerdos internacionales celebrados por la República Argentina con anterioridad a la reforma de 1994, especialmente en materia de derechos humanos que colocarían ante casos particulares. Tal sería el caso de la adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ya desde 1993 la C.S.J.N. había abierto una brecha en su tradicional jurisprudencia, al afirmar que: “Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados... es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que en su art. 27 dispone... La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado Argentino... asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. Esta conclusión resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos”¹.

Para el caso de aquellos tratados celebrados con anterioridad a la reforma y que no se encuentran incluidos en el art. 75 inc. 22, 2º párrafo, simplemente queda resuelta la cuestión de su jerarquía: por debajo de la Constitución y por sobre las leyes.

Pero para aquellos enumerados específicamente en el art. 75 inc. 22, 2º párrafo, es necesario centrar el análisis teniendo en cuenta que la ya aludida expresión “... *en las condiciones de su vigencia*...”, nos obliga a concentrarnos en el momento histórico (1994) en el que se produjo la introducción de este inciso en nuestra Carta Magna.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha efectuado algunas consideraciones al respecto: “... 11) Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “*en las condiciones de su vigencia*” (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”².

A partir de este caso, juntamente con otros que se desarrollaron en forma casi simultánea, comenzó a reconocerse a los tratados firmados por la República una jerarquía superior a las leyes.

La expresión resaltada nos permite identificar la posición de la C.S.J.N. en tanto descarta cualquier referencia a cuestiones de interpretación a la luz del derecho interno derivadas, por ej., de discrepancias entre la autorización del Congreso y la efectiva ratificación argentina o entre el texto del instrumento internacional y la primera parte de la Constitución Nacional. Esta última cuestión ha sido objeto de numerosas discusiones en el seno del legislativo nacional y aun en votos disidentes dentro de la propia C.S.J.N.³, tema éste que excede los alcances de este trabajo

Asimismo, a los efectos de resolver las dudas que se plantean respecto inclusive de la obligatoriedad de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe remitirse a la ley 23054 que aprobó la adhesión de nuestro país a la Convención Americana⁴ y que al momento de reconocer la competencia del alto tribunal americano estableció limitaciones que no han merecido mayores oposiciones en tanto guardan estricta relación con la más clásica teoría del derecho de los tratados, cual es la obligatoriedad hacia el futuro: “... Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento”⁵.

De haberse reparado en esta constancia, no se hubieran producido muchas de las bizantinas discusiones de que hemos sido testigos.

Por otra parte, es de destacar que en materia de tratados internacionales, el art. 75 C.N. reformada en 1994 cuenta con dos *incisos*: **22 y 24**, más allá de que habitualmente la atención se centre más en el primero que en el segundo, y que este último tenga una mayor proyección de futuro que el primero.

Acto seguido surge otra cuestión, a menudo soslayada por quienes se han asomado al derecho internacional en fechas más recientes: la jerarquía de las declaraciones de derechos humanos de 1948 que encabezan la nómina de tratados de derechos humanos del art. 75 inc. 22.

Cabría asimismo hacer algunas consideraciones sobre una necesaria distinción entre los conceptos de supranacionalidad y de supralegalidad.

Finalmente, dedicaremos algunos párrafos a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a tenor de los dictámenes de la C.S.J.N.

Será entonces a partir del esquema precedente, que trataremos de analizar alguna jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3. Los tratados firmados por la República Argentina

Decíamos más arriba que habríamos de limitar el alcance de nuestro estudio a los tratados firmados por la República Argentina, tal como éstos se encontraban en vigor al momento de producirse la reforma constitucional. Ello así como regla general. Sin embargo, a poco de avanzar en este camino, nos encontramos con que, a nuestro modo de ver, no existen dos niveles de acuerdo a lo establecido por el art. 75 en sus incisos 22 y 24 para nuestro régimen jurídico sino cuando menos tres: por un lado las *declaraciones*⁶, por otro los *tratados con jerarquía constitucional* enumerados en el art. 75 inc. 22 y aquellos que alcancen esa jerarquía a través del proceso constitucional en él establecido, y finalmente los *otros tratados*, incluidos en la norma general también del art. 75 inc. 22, al que se agrega el inc. 24.

Creemos que estas precisiones se hacen necesarias a los efectos de explicitar nuestro enfoque.

Mencionamos en primer lugar las *declaraciones* citadas en el art. 75 inc. 22, 2º párrafo y a las que, por ende, se les reconoce jerarquía constitucional. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico internacional, éstas no sólo carecen de efectos jurídicamente vinculantes, sino que no es posible aplicarles la expresión “... *en las condiciones de su vigencia...*”, por no ser objeto de un proceso similar al de los tratados. Su valor está fuera de lo estrictamente jurídico en tanto recogen lo que es de práctica a nivel internacional, con un consenso casi general, que podría inclusive considerarse como una costumbre, o ubicarse aun en la Filosofía o la Moral, más allá de lo estrictamente jurídico, pero que formalmente carecen de obligatoriedad jurídica por haberlo resuelto así los Estados miembros de las dos organizaciones internacionales en cuyo seno fueron dictadas.

La siguiente categoría viene dada por los *tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional*, los que, tal como lo reconocen destacados constitucionalistas argentinos, se ubican en su mismo nivel que nuestra Carta Magna pero no se integran al texto de la Constitución. Ello así en tanto los tratados internacionales son dinámicos y las condiciones y circunstancias en las que se cumplen durante su vigencia requieren de una necesaria flexibilidad que, de ser incorporados a la C.N., desaparecería en su aplicación en el sistema jurídico interno argentino, de la misma forma que para la denuncia de la República en uno de esos tratados se requeriría una reforma constitucional, con las consabidas dificultades que ello plantearía atento la rigidez del mecanismo instrumentado para su reforma. Todo ello sin que se agote con esta apretada síntesis la nómina de fundamentos.

Fue precisamente en este escalón en el que, como era de esperar, se plantearon las mayores modificaciones y los mayores cuestionamientos, a partir del otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968⁷, aprobada por la ley 24584 y con jerarquía constitucional a partir de la ley 25778 y con el otorgamiento de esa jerarquía a la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas⁸, por ley 24820

El último nivel estaría en el art. 75 inc. 24, con la apuntada gradación entre los que podríamos llamar “*otros tratados*”, que no hacen a su jerarquía constitucional sino que se vincula esencialmente con su proceso de aprobación. En este caso todos revisten la misma jerarquía pero requieren distintas mayorías para su aprobación, lo que nos permite dejar abierta la pregunta acerca de si no se trataría al menos de una forma de jerarquización, reiteramos, no en punto a su ubicación en el orden jurídico derivado de la Constitución,

sino en el tratamiento que el Congreso podría proporcionar en su proceso de aprobación, reconociéndoles así un mayor peso en cuanto a la necesidad de control por parte del legislativo nacional.

Es precisamente en este ámbito que Sagüés ⁹ sostiene que luego de la reforma de 1994 “*existen seis clases de tratados o documentos internacionales*”: a) los tratados en general (art. 75 inc. 22, 1^{er} párrafo), b) los tratados con jerarquía constitucional mencionados en el art. 75 inc. 22, 2^o párrafo (aquí ha omitido la referencia a las declaraciones); c) otros tratados a los que se incorpore a la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 3^{er} párrafo); d) los tratados de integración con Estados latinoamericanos (art. 75 inc. 24); e) los tratados de integración con Estados no latinoamericanos (art. 75 inc. 24, 2^o párrafo) y finalmente, f) los convenios internacionales celebrados por las provincias (art. 124). Desde luego que las consideraciones que esta clasificación podría generar, merecerían un tratamiento pormenorizado que excede los alcances de este trabajo.

Su referencia en este caso tiene como único objeto dejar abierto su tratamiento en tanto se relacione con algunas cuestiones que planteamos en los apartados siguientes.

4. Supranacionalidad y supralegalidad

De lo estatuido en el art. 75 inc. 22 se han derivado las dos categorías que nos ocupan; ahora son utilizadas a menudo aun como sinónimos, cuando en verdad cada una de ellas corresponde a un plano diferente.

En efecto, el concepto de *supranacionalidad*, propio del más moderno derecho internacional, ha visto la luz dentro de procesos de integración de tipo comunitario, más notorios por sus éxitos económicos que por sus avances en el ámbito estrictamente jurídico a pesar de que en definitiva ha sido éste el que le ha dado la estructura que permitió su proyección en el tiempo y una profundización permanente. Algunas de las características que perfilan estos procesos son: por un lado la *conformación de un derecho autónomo*, tanto del derecho internacional ¹⁰ cuanto del derecho interno. Esa autonomía implica la existencia de particulares vínculos entre los Estados que conforman esa organización, como así también en sus relaciones con las instituciones que la gobiernan. Por otro lado, y como complemento de lo dicho precedentemente, el *sometimiento a un orden jurídico común y diferente*, calificado por algunos autores aun como un “tercer orden”.

La construcción de esquemas comunitarios como el europeo, ha requerido que los Estados que lo conforman acuerden la existencia de principios particulares a ese tipo de organización que regularán sus relaciones *ad intra* de ésta, pero que también afectan a sus respectivos sistemas jurídicos.

Si bien no existe acuerdo en la enumeración de esos principios, habitualmente se cita:

a) *El principio de eficacia directa del derecho comunitario* que implica: “... que éstas pueden desplegar por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez” ¹¹.

b) *El principio de primacía del derecho comunitario*, precisado oportunamente por el Tribunal Europeo como sigue: “... Esta integración en el derecho interno de cada país miembro de normas procedentes de fuentes comunitarias y, con carácter más general, de los términos y del espíritu del tratado tiene como corolario la imposibilidad de los Estados de hacer prevalecer, en contra de un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base recíproca, una medida unilateral ulterior que se oponga a tal ordenamiento comunitario ...” ¹².

Otros autores agregan además los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, cooperación intergubernamental, de progresividad ¹³, en los que no es posible detenerse en esta instancia, dado los límites impuestos a este trabajo.

A estas alturas y por poco que analicemos los alcances de los acuerdos celebrados por nuestro país, surge con palmaria claridad que la República Argentina jamás ha firmado instrumento alguno de las características apuntadas, ni siquiera en el caso de los enumerados en el art. 75 inc. 22. Es más, si en algún ámbito pudiera afirmarse que estarían dadas las condiciones para emprender un camino similar, estaría sólo en el art. 75 inc. 24, primer párrafo, desde la celebración del Tratado de Asunción de 1991, lo que al momento de la redacción de este trabajo está muy lejos aún de producirse.

Como decíamos más arriba, junto a la supranacionalidad se menciona habitualmente a la *supralegalidad*, concepto éste cuando menos discutido en la actualidad, máxime cuando su cita suele derivarse de la concepción ideológica que profese quien la esgrime. Es en este orden que se la ha invocado

en algunas oportunidades, sea para afirmarla o para discrepar con ella ¹⁴. En definitiva, un concepto de supralegalidad utilizado no es sino la reproducción de las discusiones que llevaron a la conformación del Tribunal de Nüremberg en la búsqueda de un fundamento jurídico para juzgar a quienes habían sido responsables de las atrocidades producidas antes y durante la Segunda Guerra Mundial, tema que nos acerca al concepto de normas de *ius cogens*, profusamente citadas, con interpretaciones diversas por parte de la C.S.J.N., a menudo bastante alejadas del derecho internacional.

Otra acepción del término que nos ocupa ha sido utilizada con cierto cuidado ¹⁵, colocando el acento precisamente en la jerarquía constitucional de los tratados, es decir, en los términos del art. 75 inc. 22, primer párrafo, posición ésta que precisa el concepto y lo coloca en el sentido establecido en la Constitución Nacional, más allá de cualquier arista política que pudiera esgrimirse al respecto. A partir entonces de esta última posición, coexisten las expresiones “subconstitucional” y “supralegal”, con clara referencia a la existencia de un nivel infraconstitucional ubicando a los tratados en general entre la Constitución Nacional y las leyes nacionales, aventando así cualquier posibilidad de concebir la existencia de una supralegalidad más allá del esquema constitucional vigente.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deja la cuestión resuelta desde su propio preámbulo cuando reza: “... Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican *una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...*”

Esta expresión coloca entonces a la Convención al nivel constitucional, tal como se hiciera en ocasión de la reforma constitucional de 1994.

De esta forma queda descartada la existencia de una jerarquía que exceda los compromisos internacionales asumidos por el Estado en el sentido clásico del derecho internacional.

Como es dable apreciar, a todas luces es imposible confundir supranacionalidad con supralegalidad.

Sin embargo, la C.S.J.N. no ha dudado en reconocer el carácter de supranacionales a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como así también al Comité de Derechos Humanos, en los términos siguientes: “Al respecto, y a mayor abundamiento, resulta útil expresar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido que a los fines de la adecuada exégesis de la Convención Americana de Derechos Humanos, deben emplearse las pautas interpretativas establecidas tanto por la propia Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, metodología que obviamente resulta aplicable también al aludido Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en punto a los parámetros hermenéuticos que fija el Comité de Derechos Humanos... Estas tres indicadas *instituciones supranacionales*, han entendido que el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal...” ¹⁶.

De lo que se desprende que la Corte ha comenzado a aplicar el concepto de *supranacionalidad*, cuanto menos en forma confusa.

En el punto siguiente estudiaremos las características del sistema americano de protección de los derechos humanos, en vista a dilucidar cuál es la actual posición de la C.S.J.N.

5. La obligatoriedad de la jurisprudencia de la C.I.D.H. y la posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Al iniciar el tratamiento de este punto es preciso recordar algunos conceptos ya desarrollados, en tanto siendo la Organización de Estados Americanos una organización internacional intergubernamental, queda descartada de plano y *ab initio* cualquier connotación supranacional a sus actividades.

El sistema americano de protección de los derechos humanos (O.E.A.) vio la luz en forma coetánea al sistema general instrumentado en la O.N.U. ¹⁷ reconociendo ambos las mismas bases, al margen de que los desarrollos en uno y otro revistan características particulares.

Para el caso americano, la conformación definitiva de la Organización de los Estados Americanos (1948) colocó a la protección de los derechos humanos en su más profunda esencia, avanzando luego con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1959), mucho antes de firmarse la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Se ubicó así a la Comisión en la estructura general de la Organización, con alcance sobre todos sus Estados miembros y colocando a la Corte en un plano

convencional, particular y propio a los Estados que han manifestado expresamente su consentimiento en obligarse por la Convención Americana de Derechos Humanos.

De allí que la obligatoriedad de los actos emanados de cada una de ellas venga desde diferentes planos: en el caso de la Comisión, del carácter de órgano de la O.E.A. y de miembro por parte del Estado respectivo, más allá del carácter de Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que pueda revestir éste; en el caso de la Corte, el sometimiento a su jurisdicción y la obligatoriedad de sus sentencias derivan de la aceptación de su competencia, en este caso en forma expresa y en los términos establecidos por el citado instrumento interamericano.

A poco de andar, la reforma constitucional colocó a la C.S.J.N. ante la necesidad de la aplicación de los instrumentos elevados a la jerarquía constitucional en casos concretos. Fue entonces que el alto tribunal debió distinguir la validez de los actos emanados de la Comisión y de la Corte Interamericanas por unos y otros a nivel de derecho interno.

En el caso “Bramajo”¹⁸, basándose en las reformas introducidas por el art. 75 inc. 22, 2º párrafo, ya desde 1996 sostuvo que: “De ahí que *la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales* en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...”¹⁹.

Reconoce así que la opinión emitida por la Comisión en el caso concreto jurídicamente cumple una función no determinante, sin dejar de reconocer su importancia a los efectos de guiar la interpretación que pudiera hacerse por parte de la C.S.J.N. a los efectos de la aplicación de los tratados con jerarquía constitucional en un proceso que llegue a su consideración. A continuación agregó mayor precisión a sus palabras haciendo referencia al informe sobre el caso 10.037 de la República Argentina del 13 de abril de 1989: “Así consideró la Comisión que ‘... la determinación del plazo razonable en el derecho interno argentino surge en cada caso de la consideración armoniosa de estas dos disposiciones ... -hizo referencia al art. 379, inc. 6º y al art. 380 del Código de Procedimientos en lo Criminal- *quedando librada esa consideración al criterio del juez que debe decidir en base a los parámetros que la ley le marca taxativamente para que los valore en forma conjunta*”²⁰.

En el plano siguiente, entrando ya al caso concreto de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a tenor de la jurisprudencia de la C.S.J.N. esa obligación aparece cuando menos confusa.

En efecto, a poco de su entrada en vigor, la reforma constitucional de 1994 la Suprema Corte de Justicia de la Nación se expidió en el caso Giroldi, como sigue: “... *considerando particularmente* su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”²¹.

De lo que se desprende que en ese momento la Corte Suprema estaba muy lejos de afirmar la existencia de una pretendida supranacionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello en tanto y en cuanto el supremo tribunal argentino reconoce la necesidad de “*considerar particularmente*” la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte del tribunal americano, pero sin siquiera mencionar la obligatoriedad general del precedente, como pretenden afirmar actualmente algunos autores.

En el mismo caso agrega a continuación: “De ahí que la aludida jurisprudencia *deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales*...”.

A mayor abundamiento también es posible citar el caso “Lariz Iriondo”²² en el que va colocando la cuestión fuera del ámbito estrictamente interno.

Ello así en virtud de que, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 62)²³, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es obligatoria sino en el caso concreto que le ha sido sometido, y esto es algo que debemos reafirmar con cierta vehemencia, atento la confusión reinante especialmente en la doctrina nacional, incluyendo a algunos miembros de la C.S.J.N., que con sus votos disidentes contribuyen a profundizarla.

De la citada norma legal surgen algunas consideraciones sobre las que nos detenemos un momento:

En primer lugar que los Estados parte en la Convención “... *pueden* declarar que reconocen como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención” (inc. 1), de allí que el hecho de no estar obligados a comparecer ante un tribunal nos está demostrando que la competencia de éste no es supranacional ni omnimoda.

A renglón seguido aparecen otras limitaciones, en tanto se admite una declaración incondicional, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos (inc. 2), algunas de las cuales fueron utilizadas por nuestro país en ocasión de adherir a la misma luego de dictada la ley 23054. Estas limitaciones no hacen sino reafirmar lo dicho en el párrafo anterior, en tanto los Estados están en condiciones de retacear de alguna forma la competencia de la corte americana.

Aparece asimismo con precisión que "... La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención *que le sea sometido...*" (inc. 3). En consecuencia, si un caso no le es sometido expresamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos carece de competencia en el caso particular.

Por otra parte pueden someterle un caso: la Comisión contra un Estado (art. 44 del Pacto de San José de Costa Rica) o un Estado contra otro Estado (art. 61). Así el acceso a la jurisdicción de la Corte Interamericana queda estrictamente vedado a todo intento de alcanzarla por otros carriles, como podría ser a través de planteamientos a nivel de tribunales nacionales, lo que nuevamente demuestra la inexistencia de supranacionalidad atento a que no se trata aquí de una nueva instancia en un proceso legal.

Otro punto que debemos citar es el grado de obligatoriedad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para los Estados parte.

Así, en el caso "Lariz Iriondo", el Dr. Fayt (voto disidente) arroja alguna precisión al respecto: "... Sabido es que conforme al art. 1.1. de la Convención Americana coexisten dos deberes para los Estados parte: el deber de respeto, obligación de no violar los derechos y libertades proclamados en los tratados de derechos humanos, y el deber de garantía, obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..."²⁴.

En reiteradas oportunidades la C.S.J.N. hace referencia asimismo a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que nos permite en este caso tratar de arrojar alguna luz sobre la más reciente posición de algunos de los integrantes del alto cuerpo nacional: "Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos*"²⁵.

De lo que se deriva con precisión que a pesar de que se intente extraer otra interpretación, el propio precedente citado está dejando sentada la falta de efectos jurídicos de leyes incompatibles con la Convención Americana, en el caso concreto y, atento la apuntada validez de la jurisprudencia de la Corte, es posible destacar que: por un lado el precedente alcanza al caso concreto, y que solamente declara la carencia de efectos jurídicos de las leyes cuestionadas, sin que la competencia del alto cuerpo americano alcance a su derogación, situación ésta de estricta competencia interna.

6. Conclusiones

Una de las conclusiones a las que arribamos es que notoriamente tanto la C.S.J.N. cuanto los tribunales nacionales inferiores vienen siendo objeto de crecientes requerimientos en materia de aplicación, prioritariamente de los tratados de derechos humanos mencionados en el art. 75 inc. 22, 2º párrafo, no así en la misma medida en relación a otros tratados. Ha sido en ese orden donde ha sido posible constatar la existencia de mayores cuestionamientos por parte de los ministros del alto cuerpo judicial, fruto también de distintos cambios: por una parte de su nueva conformación, resultado seguramente de los cambios políticos operados en nuestro país, pero esencialmente de la formación generada por las universidades en las últimas décadas²⁶.

Esa evolución ha avanzado desde una jerarquía única para todos los tratados celebrados por nuestro país (art. 75 inc. 22, 1º párrafo), hacia la referencia cuando menos tangencial y errática a una pretendida supranacionalidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como veíamos más arriba, pasando por discusiones de fondo planteadas aun en el seno de la Convención Constituyente. Al respecto fuerza es reconocer que actualmente las mayores discusiones se han planteado en relación con lo estatuido en el art. 75 inc. 22, 2º y 3º párrafo, y no con relación a los otros tipos de tratados.

Creemos que parte del problema planteado se relaciona directamente con el modo implementado por la C.S.J.N. al dictar sus fallos, en tanto han adquirido extrema importancia el dictamen del procurador general de la Nación, y los votos individuales de los integrantes del alto cuerpo legal, lo que va en detrimento de la sencillez y la seguridad jurídica, especialmente en tanto éstos suelen

hacer gala de compartir determinadas corrientes de pensamiento que no hacen sino arrojar confusión sobre la resolución final del caso a resolver ²⁷.

NOTAS

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Miembro del IDIPDI.

¹ "Fobracá Constructora SCA, vs. La comisión Técnica Mixta de Salto Grande". Punto 3.

² "Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación", C.S.J.N., 7/4/1995.

³ "Simón Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad". Ver votos disidentes.

⁴ Fue aprobado por la República Argentina mediante la ley 23054, publicada por el Boletín Oficial de 1984, con una reserva y declaraciones interpretativas, como sigue:

"I. Reserva:

El art. 21 queda sometido a la siguiente reserva: "El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión por un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', ni lo que éstos entiendan por 'indemnización justa'.

II. Declaraciones interpretativas:

El art. 5º, inciso 3, debe interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender directamente de la persona del delincuente, esto es, no cabrán sanciones penales vicariantes.

El art. 7º, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la 'detención por deudas' no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente.

El art. 10 debe interpretarse en el sentido de que el 'error judicial' sea establecido por un tribunal nacional".

Reconocimiento de competencia

En el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la O.E.A., el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación.

Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento".

⁵ Ley 23054, último párrafo.

⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948).

⁷ Caso "Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición": "... la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, tiene jerarquía constitucional y debe tenerse, en cuanto a su jerarquía normativa, como la Constitución misma". Punto 7.

⁸ Argentina depositó su adhesión el 28/2/1996. Se le otorgó jerarquía constitucional a través de la ley 24820 publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 29/5/1997.

⁹ SAGÜÉS, Néstor P., "Constitucionalidad y extensión del 'derecho de réplica'", comentario al caso "Petric", punto II.

¹⁰ MANGAS, Martín, A. y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Comunidad Europea*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, p. 389.

¹¹ Ibid. p. 392.

¹² Tribunal de Justicia Europeo. Caso "Flaminio Costa v. E.N.E.L.", Sentencia del 15/7/1964.

¹³ OLESTI RAYO, Andreu, *Los principios del Tratado de la Unión Europea. Del Tratado de Maastricht al Tratado de Ámsterdam*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

¹⁴ Caso "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Recurso de hecho", 14/6/2005. Voto del Dr. Raúl E. Zaffaroni. Punto 25.

¹⁵ SAGÜÉS, Néstor P., ob. cit., punto III.

¹⁶ "Suárez Mason, Carlos Guillermo y otros s/ homicidio, privación de la libertad, etc.", 1/9/2003, punto II.

¹⁷ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada a comienzos de 1948, mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos lo fue a fines del mismo año.

¹⁸ "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación", C.S.J.N., 12/9/1996.

¹⁹ "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación", punto 8º, segundo párrafo.

²⁰ "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación", punto 9º, segundo párrafo. Agrega posteriormente en el párrafo 14: "... 14) Que la conclusión expuesta no significa desconocer las palabras de la ley, sino interpretarla a la luz del tratado con jerarquía constitucional que aquella reglamenta".

²¹ "Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación", C.S.J.N., 7/4/95. Punto 11.

²² “Lariz Iriondo, Jesús María s/ extradición”, podemos encontrar: “La República Argentina al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos tal como lo hace el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional presenta un fenómeno jurídico que puede considerarse como *referencia* al derecho internacional de los derechos humanos...”.

“Tal “referencia” significa en primer lugar que se remite a un tratado vigente internacionalmente y del cual la Argentina es Estado Parte. Sólo a un tratado vigente tanto internacionalmente como en la Argentina, el Congreso luego puede otorgarle jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya *incorporado* haciéndolo interno. Tampoco se ha operado una *recepción* de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar vigentes para la Argentina... Tampoco hay *adaptación* de los tratados por vía de una redacción constitucional similar a la de los tratados sin seguirlo tal cual rige internacionalmente. Tanto la incorporación, la recepción, como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados... En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo amorío con soluciones de *genius loci* particularista”.

²³ “ Art. 62.- 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

²⁴ “Lariz Iriondo, Jesús María s/ extradición”, voto disidente del Dr. Fayt, punto 33.

²⁵ “Barrios Altos Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”, Sentencia del 14/3/2001.

²⁶ LORENZETTI, Luis, entrevista personal Radio Mitre, martes 18 de julio de 2006.

²⁷ *Casos analizados, Suprema Corte de Justicia de la Nación*: “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, Sent. del 8/3/2005; “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación”, Sentencia del 12/9/1996; “Cafés La Virginia S.A.”, Sent. del 13/10/1994; “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, Sentencia del 23/12/2004; “Fibraca Constructora SCA vs. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, Sent. del 7/7/1993; “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, Sent. del 7/4/1995; “Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición”; “Petric Domagoj, Antonio v. Diario Página 12”, 1998; “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición”, Sent. del 2/11/1995; “Rodríguez Jorge, en autos ‘Nieva, Alejandro y otros v. Poder Ejecutivo Nacional - Decreto 842/97’”, 17/12/1997; “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, Sent. del 14/7/2005; “Suárez Mason, Carlos Guillermo y otros s/ homicidio, privación de la libertad, etc.”, Sent. del 1/10/03; “Urteaga, Facundo R. c/ Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, Sent. del 15/9/1998; “Video Club Dreams v. Instituto Nacional de Cinematografía”, Sent. del 6/6/1995. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*: “Barrios altos Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”, Sent. del 14/3/2001; “Castillo Petruzzi”, Serie C N° 52, Sent. del 30/5/1999; “Durand y Ugarte”, Sent. del 16/8/2000; Expresión “leyes”, OC-6/86 del 9 de mayo de 1986; La última tentación de Cristo, Sent. del 5/2/ 2001. *Doctrina*: BAZÁN, Víctor. “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 108; GARCÍA BELSUNCE, Horacio-FLORIÁ, Carlos A.- PADILLA, Miguel M., *Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 29/9/2004; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2004; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Archivo enviado desde LexisNexis OnLine Citar: Lexis N° 2209/000442. Personas Físicas / 02.- Comienzo de la existencia / d) Personas por nacer Bioderecho 1998; OLESTI RAYO, Andreu. *Los principios del Tratado de la Unión Europea. Del Tratado de Maastricht al Tratado de Ámsterdam*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Teodoro, “Breve cronología de fallos de la Corte Suprema respecto de los tratados internacionales”, Argentina, 28/5/2003; SAGÜÉS, Néstor P., “Constitucionalidad y extensión del ‘derecho de réplica’”, Lexis N° 983898. *Otros*: LORENZETTI, Luis, entrevista personal Radio Mitre, martes 18 de julio de 2006.

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO VALORADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL FALLO “ARANCIBIA CLAVEL”

*Marta Susana Sartori **

Sumario: Introducción. Hechos. Voto conjunto de los Dres. Raúl Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco. Delito de lesa humanidad. Imprescriptibilidad. Derecho internacional consuetudinario. Norma de *ius cogens*. Voto del Dr. Antonio Boggiano. Jerarquía constitucional de los tratados internacionales. Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda. Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi. Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez. Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio. Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt. Consideraciones finales.

Introducción

El fallo “Recurso de hecho deducido contra el Estado nacional y el gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, E.L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros” nos permite afirmar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina estableció a partir de éste que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles.

La citada resolución se adoptó con una mayoría de cinco votos, dos en forma conjunta y tres con argumentos propios, razón por la cual considero interesante proceder al análisis de algunos de sus aspectos más relevantes relacionados con la normativa internacional, como así también comentar los votos disidentes de la minoría.

Hechos

Enrique Lautaro Arancibia Clavel fue condenado a la pena de reclusión perpetua por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23077) en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2 y 4 C.P. ley 20642).

Al dictar resolución en el recurso de casación deducido por la defensa de Arancibia Clavel, la Cámara Nacional de Casación Penal consideró extinguida la acción penal por prescripción del delito de asociación ilícita simple.

Los querellantes interpusieron recurso extraordinario federal denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal por lo que interpusieron un recurso de queja o directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que dejó sin efecto la sentencia apelada, ordenando que los autos volviesen al tribunal de origen para que se dictase un nuevo pronunciamiento con arreglo al fallo de la Corte.

Los cinco votos de la mayoría fueron suscriptos en forma conjunta por los jueces Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco, los votos individuales fueron de los jueces Enrique Petracchi, Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda, correspondiendo los votos en disidencia a los jueces Augusto Belluscio, Carlos Fayt y Adolfo Vázquez.

Los aspectos destacables son por un lado, la inclusión de asociación ilícita como delito de lesa humanidad, la vigencia de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad al momento de la comisión de ellos por parte del imputado, el *ius cogens* internacional, la relación derecho internacional-derecho interno y por otro lado y con referencia a este último, los artículos específicos y relacionados de nuestra Constitución Nacional¹.

Voto conjunto de los Dres. Raúl Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco

Delito de lesa humanidad

Califica la asociación ilícita como delito contra la humanidad señalando: “... que en este sentido no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los

otros” conforme lo estatuyen los arts. 2º y 3º de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio.

Hace referencia a la desaparición forzada de personas como delito contra la humanidad determinada en el ámbito americano por la doctrina y práctica internacionales consolidado a partir de la ratificación de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, expresando que para la época de los hechos imputados, el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad ².

Imprescriptibilidad

En cuanto a la consideración de imprescriptible y, por ende, a la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no lesiona el principio *nulla poena sine lege* porque el propio fundamento de la imprescriptibilidad surge de que esos actos son generalmente “practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, huyendo del control y a la contención jurídica”.

Antes de valorar la vigencia de la Convención citada hace referencia a la postura de la Corte en caso “Mirás”, mantenida para la interpretación de la prescripción de la acción penal en el derecho interno, reconociendo que ésta fue modificada con respecto a la normativa internacional en el precedente “Priebke”.

Derecho internacional consuetudinario. Norma de ius cogens

Establece la necesidad de examinar la cuestión de la prescripción diferenciada según se trate o no de un delito de lesa humanidad. Considera que la Convención es la culminación del proceso iniciado en la década de 1960, “por lo que sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente de *ius cogens*, por lo que la Convención sólo reafirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de la comisión de los hechos”.

Considera que la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad representa únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la comunidad internacional por lo que ello no implica una aplicación retroactiva de la Convención sino regla de costumbre internacional vigente desde la década del 60, a la cual adhería el Estado argentino.

Voto del Dr. Antonio Boggiano

Jerarquía constitucional de los tratados internacionales

Este voto analiza prioritariamente la jerarquía constitucional otorgada a algunos tratados sobre derechos humanos. Sólo a un tratado vigente internacionalmente como en la Argentina, puede el Congreso otorgarle jerarquía constitucional, destacando que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado haciéndolo interno, así señala que no hay incorporación, ni recepción ni adaptación que son métodos de nacionalización de los tratados, porque el art. 75 inc. 22 dispone una referencia y no alguno de los métodos de nacionalización, ello porque la reforma de 1994 sigue la orientación internacionalista para alcanzar la mayor uniformidad posible.

Para ello pondera la labor o juicio de comprobación realizado por los constituyentes, que cotejando los tratados y los artículos constitucionales les ha permitido verificar que no se produce derogación alguna por lo que “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente” que no puede ser revisado por la Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía entre tratados y constitución.

Por considerarlo destacable transcribo el parágrafo 11):

“Que los ‘referidos tratados’ no se han ‘incorporado’ a la Constitución argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que por voluntad del constituyente tal remisión lo fue ‘en las condiciones de su

vigencia' (art. 75 inc. 22). Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que "la referencia" que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el derecho internacional y por consiguiente tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (causa "Girolodi" de Fallos 318:514, considerando 11). Ello implica también por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La referencia a los tratados-Constitución incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático".

Considera que tanto la Constitución como los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma supremacía, si así no fuere debería declararse su "inconstitucionalidad en caso de colisión la que no puede darse porque en la Constitución Nacional no hay normas constitucionales inconstitucionales".

En relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos establece que deben ser interpretados conforme al derecho internacional que es su ordenamiento jurídico propio. Ejemplifica esta aseveración señalando "que el principio de imprescriptibilidad³ se viera supeditado y, por ende, enervado por el principio de legalidad del art. 18 C.N. Ello para precisar que sólo la interpretación de estos tratados conforme al derecho internacional puede resguardar su fin universal".

Para determinar el encuadre del delito imputado a Arancibia Clavel, analiza antecedentes tales como el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁴ especialmente el art. 6º que según entiende el Dr. Boggiano permite incluir en él un delito *iuris gentium* como el terrorismo cuya represión necesita de la cooperación internacional y a tales efectos señala todos los instrumentos internacionales referidos, considerando que también se halla tipificado como delito del *ius gentium* el formar parte de una organización destinada a cometer delitos de lesa humanidad entre los que cabe incluir el terrorismo, como es el caso de Arancibia Clavel.

Para el Dr. Boggiano este caso no presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo considerando que los crímenes de lesa humanidad han lesionado desde siempre el derecho internacional, sea consuetudinario o convencional, por lo que las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial.

Reconoce que "el principio de irretroactividad de la ley penal ha sido invariable jurisprudencia de la Corte no tratándose de delitos de lesa humanidad pues no es posible hallar precedente alguno que contemple delitos de esa índole", habiendo entendido la Corte recién en el caso Priebke "que la calificación de los delitos de lesa humanidad depende de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos 318:2148)".

Considera asimismo la aplicación del principio de imprescriptibilidad como derivado tanto del derecho internacional consuetudinario como del convencional en relación con la Convención, porque nunca los delitos de lesa humanidad han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino.

Para Boggiano la imperatividad de las normas *ius cogens* las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional.

Destaca también que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad "afirma" el principio de imprescriptibilidad para consolidar la postura que dicho principio ya existía en el derecho consuetudinario internacional⁵.

Concluye señalando "que el principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención, al alcanzar jerarquía constitucional integra el conjunto de principios de derecho público de la constitución", considerando además que el art. 18 no consagra una solución distinta en el art. 118, puesto que ambos preceptos se complementan porque este artículo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad.

Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda

Señala que el examen de "la cuestión debe ser efectuado a partir del principios de derecho internacional y de precedentes de esta misma Corte..." y debe ser considerado teniendo en cuenta que la querella planteó "que los hechos investigados en la causa constituyen delitos de lesa humanidad imprescriptibles en virtud de

la incorporación del derecho de gentes al ordenamiento jurídico (art. 118 C.N.) y que ese principio era considerado como un principio de *ius cogens* del derecho internacional al momento de los hechos”.

Destaca el carácter evolutivo del derecho de gentes y manifiesta que “ya existía al momento en que se produjeron los hechos un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que vincula y que es conocido dentro de ese proceso evolutivo como *ius cogens*”, al que explica señalando “que es 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”. Hace mención a la declaración de la Corte Internacional de Justicia: “una esencial distinción debe ser trazada entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo y aquellas que surgen en relación con otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su misma naturaleza las primeras son de interés de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede ser sostenido que todos los estados tienen un interés jurídico en su protección: son obligaciones *erga omnes*”⁶.

Considera que con la Carta de Naciones Unidas nace un nuevo derecho internacional que califica como “auténtico ordenamiento jurídico supraestatal” con ampliación de sujetos (individuos y pueblos) y que la “calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados nacionales sino de los principios de *ius cogens* del derecho internacional y que el derecho penal internacional de protección de los derechos humanos contra los crímenes de lesa humanidad se afirma sobre el concepto de *ius cogens* o de orden público internacional en cuanto todos los estados se encuentran obligados a su aceptación independientemente de la existencia de un consenso previo”.

Seguidamente analiza la asociación ilícita como delito de lesa humanidad detallando los antecedentes existentes desde fines de la Segunda Guerra Mundial hasta su tipificación definitiva en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y el Estatuto de Roma que demuestran que el orden público internacional estima que existe un sólido vínculo entre este tipo de actos preparatorios y el delito mismo.

Para el Dr. Maqueda la conducta materia de este juzgamiento al momento de los hechos, además de estar prevista en el derecho internacional incorporado ya por el art. 118 C.N., constituía también un delito para el Código Penal argentino.

Hace mención al pronunciamiento de la Corte en el caso “Ekmekdjian” que sostuvo que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que constituye una insoslayable pauta de interpretación... para la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

Para el Dr. Maqueda la reforma constitucional de 1994 *reconoció* la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Concluye este voto señalando que el derecho de gentes al que se somete nuestro país quedaría debilitado de admitirse que los delitos de lesa humanidad pudieran someterse a un régimen similar al que opera en los casos de crímenes comunes y desaparecería toda distinción entre ambos conceptos: el de los delitos de lesa humanidad y de los delitos excluidos de esta categoría si se aceptara que la prescripción sería igualmente aplicable para todos los supuestos. Esta conducta de asociación ilícita debe ser punida por el Estado Argentino en virtud de lo dispuesto por el artículo 118 de la Constitución Nacional y de los principios emanados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e impide la aplicación de normas ordinarias de prescripción.

Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi

Es coincidente con el del Dr. Vázquez en el sentido de analizar si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita puede ser aplicada al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege*.

Reconoce que la jurisprudencia tradicional de la Corte ha sido rechazar la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho⁷, modificada parcialmente en el caso “Priebke” en el que ya entendió la Corte que prevalecía lo dispuesto por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio sobre lo dispuesto por nuestro Código Penal.

Reconoce que su postura inicial respecto de rechazar la posible aplicación retroactiva -con efecto derogatorio del art. 62 C.P.-, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no puede ser mantenida frente al derecho internacional, en atención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considerando que el Estado Argentino asumió frente al orden jurídico interamericano un deber de respeto y de garantía de los derechos humanos cuyo no cumplimiento le acarrearía responsabilidad internacional ⁸.

Considera finalmente el Dr. Petracchi que “las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”.

Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez

Este fallo se refiere fundamentalmente a examinar si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita como crimen de lesa humanidad puede ser aplicada al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege*, “entendiendo que este principio está consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional (principio de legalidad)”.

Para el Dr. Vázquez el “instituto de la prescripción de la acción penal está estrechamente ligado al principio de legalidad por lo que no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que alterase su operatividad en perjuicio del imputado”.

Señala asimismo que este principio de irretroactividad está reconocido en los distintos instrumentos incorporados por el art. 75 inc. 22, valorando especialmente la reserva argentina al segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de la ley 23313 por la cual se aprobó ⁹, con lo cual sienta su fundamento respecto de que Argentina no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes sino que lo hizo en forma condicionada por lo que la vigencia de este pacto lo es en las condiciones que establece la reserva, es decir la no aplicación de normas o principios en forma retroactiva, que violaría el art. 18 C.N., cuestión planteada y definida en el debate parlamentario previo a la sanción de la ley 25778 ¹⁰.

Asimismo considera como principio general del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos el principio de *nulla poena sine lege* consagrado por el art. 18 C.N..

Relaciona el art. 27 C.N. y el art. 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el sentido que declara la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de su derecho interno y determinado claramente por el propio art. 75 inc. 22 “que prescribe que los tratados con jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Concluye el Dr. Vázquez que el principio *nulla poena sine lege* consagrado por la Constitución Nacional “no puede ser dejado de lado por una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo”.

Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio

El presente voto reconoce que en este caso se encuentran involucrados principios de derecho internacional.

Con relación a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad considera su no aplicación retroactiva ya que es contraria al principio de legalidad.

Hace referencia a un voto suyo anterior al considerar “que son normas constitucionales de segundo rango que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la Primera Parte de la Constitución Nacional” y “es indudable que el principio de retroactividad de la ley penal se vería afectado si se pretendiese que un tratado o una ley posterior al cumplimiento del plazo de prescripción pudiera borrar los efectos de la ya cumplida haciendo renacer una acción penal extinguida por el transcurso del tiempo, ello resulta del art. 18 de la Constitución Nacional, norma que no puede ser derogada ni alterada por un tratado”.

Señala los distintos instrumentos incorporados por el art. 75 inc. 22 C.N. que reconocen el principio de irretroactividad de la ley penal ¹¹.

La reserva formulada por nuestro país al segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ya comentada) demuestra claramente que la República “no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad”.

Esa adhesión fue condicionada para que no se violara el art. 18, concretamente la aplicación de normas y principios “a partir del momento en que las normas internas les dieran vigencia y hacia el futuro”.

Para el Dr. Belluscio no es admisible dejar de lado el principio *nulla poena sine lege* basado en un “derecho consuetudinario que no se evidencia imperativo” y considerando la existencia y vigencia de un derecho penal al cual aun nuestro país no se había adherido, ese derecho penal resultaría derogatorio del derecho constitucional argentino.

Este voto concluye señalando su coincidencia con el criterio de “que la costumbre internacional no podría suplir la ausencia de texto que incriminare, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados por la parte civil (sentencia del 17 de junio de 2003, Bulletin Criminal, 2003, n. 1 122, pág. 465, Recueil Dallog, 2004-92)”.

Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt

El voto también se pronuncia en el sentido de la necesidad de distinguir por un lado el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, y por otro lado su posible aplicación retroactiva.

En este último sentido analiza si la aplicación retroactiva lesiona el principio *nullum crimen sine poena legali*.

Considera que es inaplicable en nuestro derecho conforme lo establecido por el art. 27 C.N. ¹².

Hace mención a la reserva que efectuó nuestro país al segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el sentido de que la aplicación de lo allí dispuesto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 C.N., como así también a la redacción de la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre “Principios de cooperación internacional en la identificación, detección, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, por cuanto el texto podría ser entendido como exigencia a los Estados de adoptar una legislación retroactiva. Ello demuestra la conducta permanente de nuestro país de sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público. Sostiene que ella continúa en todas las etapas previas a la reforma constitucional de 1994, que aun con la incorporación de las declaraciones y tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 mantiene la vigencia de los arts. 27 y 30. Los constituyentes precisaron que los instrumentos a los que se les reconoce jerarquía constitucional no derogan “artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Precisa “la necesidad de esclarecer si la primacía del derecho internacional comprende a la propia Constitución Nacional, lo que si así fuera consagraría el monismo en su concepción más extrema, postura que resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino”.

Reconoce que diversos votos de decisiones de la Corte precisan que la incorporación de los tratados implica su concordancia con los principios de derecho público ya que el juicio de comprobación ha sido realizado por los constituyentes ¹³.

Este voto tiene como fundamento la base normativa del art. 27, que prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer el derecho internacional sobre el derecho interno, afirmando que es el Poder Judicial quien debe, mediante el control de constitucionalidad, esclarecer si un tratado guarda conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

Reafirma que si bien los tratados sobre derechos humanos son jerárquicamente superiores a los demás tratados y por ello tienen jerarquía constitucional, no significa que sean la Constitución misma, por lo que la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. La reforma constitucional modificó la relación entre tratados y leyes, pero no entre los tratados y la Constitución. Así, pondera el art. 18 C.N. como norma de jerarquía superior que impide la aplicación retroactiva de la Convención sobre la

Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, impide la aplicación retroactiva de la derogación del régimen de prescripción de la acción penal.

De la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se deriva de ésta la aplicación retroactiva de la citada Convención. Con relación al deber de garantía que tiene el Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de sus derechos y libertades proclamados en los tratados sobre derechos humanos, puntualiza que la Corte Interamericana jamás ha afirmado que “para cumplir con este deber de garantía debe aplicarse una norma que vulnere el principio de legalidad”¹⁴.

Para el Dr. Fayt, el presente caso “presenta la singularidad que la prescripción ya había operado conforme el art. 62 del Código Penal con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, es más, aun cuando hubiera de reconocerse al régimen de prescripción establecido en la Convención efecto retroactivo, nunca lo podría tener respecto de una acción extinguida antes que dicha norma comenzara a regir¹⁵.

Respecto de la conclusión imperante de que el principio de imprescriptibilidad ya existía en el derecho internacional, motivo por el que la Convención simplemente lo afirmó, significando esa afirmación un reconocimiento como una norma vigente del derecho internacional consuetudinario, el voto expresa que si bien la aplicación de ese principio no vulneraría la exigencia de *lex praevia*, su aplicabilidad sí vulneraría otros aspectos subyacentes en el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*. Considera en cierto modo contraria la costumbre internacional a “la exigencia de la ley penal que debe ser *certa*, exhaustiva y no general, *stricta* no analógica y en este caso en particular *scripta* no consuetudinaria”, por lo que considera que “las fuentes difusas como característica definitoria de la costumbre internacional son claramente incompatibles con el principio de legalidad”.

Con relación a la interpretación del art. 118 C.N. no considera que “por esa vía el derecho de gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno”. Tampoco considera aplicables a la cuestión debatida en el *sub lite* las conclusiones arribadas en la causa “Priebke”, reafirmando por todo lo dicho la imposibilidad de aplicación retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad.

Consideraciones finales

Es propósito de este análisis de los aspectos de cada voto que he destacado en este trabajo por considerarlos los más relevantes, formular algunas consideraciones que no necesariamente agotan la temática, sino por el contrario, abren la posibilidad de su profundización tendiente a alcanzar la correcta interpretación del derecho internacional público en su relación con nuestro derecho interno y su aplicabilidad en concordancia con los principios de derecho público consagrados en nuestra Constitución.

El art. 118 (anterior 102 del texto constitucional de 1853) sobre el cual tampoco existe una interpretación común, ha permitido establecer que desde entonces la Constitución Nacional reconoce el derecho de gentes, y ello da lugar a señalar que ya desde entonces existía la norma consagrada en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad y por consiguiente, anterior a los hechos enunciados en el presente fallo.

Corolario de esta postura es mostrar de esta manera que no se contraría el art. 18 C.N.

El voto mayoritario considera que los principios del derecho de gentes ya formaban parte de la Constitución Nacional de 1853 incorporados a ella por el artículo citado, descartando todo conflicto por considerar que la normativa de *ius cogens* sancionatoria del delito de lesa humanidad rige desde tiempo inmemorial.

Quedaría por valorar si lo antes manifestado es fundamento para considerar que “el Estado Argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, que la Convención ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para la República Argentina como parte de la comunidad internacional, y que... no se da una aplicación retroactiva de la Convención sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del ‘60, a la cual adhería el Estado Argentino” o si una actitud tácita por parte de nuestro Estado es considerada aquiescencia a esa costumbre internacional señalada como formada en tal sentido.

Al respecto, la postura minoritaria considera que no se adecua a las características exigidas por ley penal que debe ser *certa*, *stricta* y *scripta* (no consuetudinaria).

Siguiendo con el razonamiento anterior es demostrable que numerosos países de la comunidad internacional aplican principios jurídicos de orden penal solamente si han sido incorporados a su derecho interno por las vías adecuadas de incorporación, y no por la aceptación o por la vigencia de una costumbre internacional que además se postula como derogatoria del derecho interno. Se señala que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad sólo es fuente de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad pero no de su aplicación retroactiva, y su incorporación al derecho interno sólo es factible por la vía formal de incorporación adecuada a las disposiciones establecidas por nuestra propia Constitución (art. 27), asimismo y atendiendo a lo prescripto por el art. 75 inc. 22 los tratados internacionales no derogan el art. 18, ni tampoco la garantía que resulta al prescribir la irretroactividad de la ley penal más gravosa.

El juez Fayt hace referencia en este sentido a que ello hubiera podido incorporarse a partir de la firma del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15, inc. 2) que hubiera colisionado con los arts. 18, 27 y 75 inc. 22 de no haberse efectuado la reserva al art. 4º de la ley nacional 23313 que expresamente señala: “el gobierno argentino manifiesta que la aplicación del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional”, con lo que según el juez citado se ratifica la plena vigencia sin excepciones del art. 18 C.N.

En cuanto a la aplicabilidad de los tratados internacionales tal como rigen en el derecho internacional y por consiguiente tal como son efectivamente aplicados en aquel ordenamiento señalando que este fue el espíritu del legislador al determinar “en las condiciones de su vigencia”, considero que esta expresión se refiere y pondera por sobre todo, las condiciones en las cuales nuestro país es parte, atendiendo en su caso a las posibles reservas y demás mecanismos que pudiere haber adoptado al ser parte de ese tratado, es decir, condiciones de vigencia para nuestro país, en atención justamente a ese juicio constituyente de armonía realizado previamente a la ratificación del tratado o para elevar al tratado a la jerarquía constitucional.

Como última consideración y analizando la vía argumental de los votos mayoritarios, los fundamentos y argumentos no son lo suficientemente comunes y coincidentes como para señalar acabadamente la existencia de una nueva doctrina mayoritaria de la Corte, a partir de este caso “Arancibia Clavel”¹⁶.

NOTAS

*Magister en Derecho Internacional Público. Profesora de Derecho Internacional Público. Miembro del IDIPDI

¹ Casos “Velásquez Rodríguez”, “Godínez Cruz”, “Blake”; Preámbulo Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

² Carta de Naciones Unidas, Carta de O.E.A., Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

³ Art. 1º de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad

⁴ Art. 6º.- “... asesinatos, exterminaciones, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del tribunal sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer alguno de los antedichos delitos son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan”.

⁵ Informes de la Comisión de Derecho Internacional, resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18/12/1967.

⁶ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgement, I.C.J.Reports, 1970, p. 3.

⁷ Caso “Mirás”, Fallos 287:76: “... el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ley penal, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” .

⁸ Caso “Barrios Altos”, Sent. del 14/3/2001; caso “Trujillo Oroza vs. Bolivia”, Sent. del 27/2/2002; caso “Benavides Cevallos”, resolución del 9/9/2003, considerandos 6 y 7.

⁹ Art. 15 2º párrafo: “... nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Reserva dispuesta en el art. 4º ley 23.313: “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”.

¹⁰ “Nuestra Carta Magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma constitucional de 1994, donde existe una piedra angular... que es el art. 18 por el que se establecen principios fundamentales que son la garantía común de todos... Debe quedar claramente establecido y entendido que la modificación atinente a la prescripción de los hechos acontecidos con anterioridad a la aprobación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra es inconstitucional. Solamente puede regir con relación a los hechos que hubieren tenido lugar a partir del establecimiento de la Convención. De lo contrario se va a generar una enorme confusión en el campo jurídico y paradójicamente se va a producir el efecto contrario al deseado”.

¹¹ Art. 11 2º párrafo Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10/12/1948; art. 15 1º párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, del 19/12/1966; art. 9º Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica; art. 7º 1º párrafo Convención Europea de Derechos Humanos.

¹² “Se trata de una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los estados signatarios de un mismo tratado al avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles, en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del derecho internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía”.

¹³ “Armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir”.

¹⁴ También establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 9º.

¹⁵ El autor hace referencia a la obra citada: JESCHECK, op. cit., p 1240, quien se refiere a la llamada “gran retroactividad” y su incompatibilidad con los principios generales de derecho.

¹⁶ AGÜERO, Jorge Alberto: “Caso Arancibia Clavel... el final del principio de legalidad”, *El Penalista*, periódico mensual, año 5, N° 42, julio 2005, ps. 1 a 9; YUSSEN, Laura, “La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el derechos argentino”, *Cuadernos Electrónicos, Derechos Humanos y Democracia*, 2005.

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

María Cristina Rodríguez *

Sumario: Cómo han sido definidos. Crímenes que se han perseguido. Origen normativo de los crímenes de lesa humanidad. Crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional contemporáneo: tipificación. A. Genocidio, exterminio y persecución. B. Desaparición forzada de personas. C. Tortura. D. Terrorismo. E. Otros crímenes de derecho internacional internacionales que no fueron objeto de jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. Conclusión

Cómo han sido definidos

En el lenguaje de juristas, en el texto de acuerdos internacionales, en el utilizado por los tribunales nacionales o internacionales y por los medios de comunicación masiva, se utilizan expresiones tales como *crímenes de lesa humanidad*, *crímenes contra la humanidad*, *crímenes contra la ley de las naciones*. Con ellas se intenta identificar conductas cometidas por individuos y sancionadas por el derecho internacional sin preocuparse de distinguir cuáles ya habían sido definidas y desarrolladas por normas convencionales o consuetudinarias -principalmente por las que regulan los conflictos armados internacionales- de aquellas que han sido reconocidas más recientemente.

Bajo tales circunstancias, crímenes de lesa humanidad serían todas aquellas violaciones gravísimas del derecho internacional que lesionan a la humanidad, aunque materialmente se hayan afectado únicamente los derechos de un grupo de personas ¹. Estas infracciones graves surgen de acciones u omisiones imputables al individuo, generando responsabilidad internacional tanto para el autor como para el Estado que debió actuar en prevención y represión. Definidos de esta forma, estarían comprendidos todos aquellos ilícitos de derecho internacional, por ejemplo, los crímenes de guerra, el genocidio, la agresión, la trata de personas, el narcotráfico, la esclavitud, la tortura, entre otros.

Una definición más acorde con las nuevas normas internacionales nos presenta a los crímenes contra la humanidad como conductas consideradas los ilícitos más graves que se puedan cometer contra la población civil. Sólo serían crímenes si la violación fuese masiva y grave. La masividad puede surgir de graves violaciones simultáneas en el tiempo (por ejemplo, el *apartheid*) o bien de la suma de casos individuales, como por ejemplo, la tortura o la desaparición de personas. La gravedad se reconoce por la afectación de un derecho fundamental de la persona humana, como la vida, la libertad o la integridad personal, entre otros ².

Además, de acuerdo con el art. 7º del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, los actos deben ser realizados como parte de un ataque generalizado o sistemático ³ contra una población civil y con conocimiento de ello. Por ataque se entiende la comisión múltiple de las violaciones de derechos humanos, tales como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación, tortura, violación, esclavitud sexual, persecución de un grupo o colectividad por motivos raciales, étnicos, culturales, políticos, religiosos o de género, desaparición forzada de personas, *apartheid*, etcétera.

Además, de acuerdo con el art. 7º del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, los actos deben ser realizados como parte de un ataque generalizado o sistemático ³ contra una población civil y con conocimiento de ello. Por ataque se entiende la comisión múltiple de las violaciones de derechos humanos, tales como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación, tortura, violación, esclavitud sexual, persecución de un grupo o colectividad por motivos raciales, étnicos, culturales, políticos, religiosos o de género, desaparición forzada de personas, *apartheid*, etcétera.

En el documento relativo a los elementos de los crímenes del *Estatuto de Roma* se definen como los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, que justifican y entrañan la responsabilidad penal del individuo por una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo ⁴.

Por otra parte, si nuestra definición dependiera de la evolución histórica de las normas del derecho internacional serían crímenes de lesa humanidad aquellos perpetrados contra una población civil, tanto en épocas de paz como de guerra, quedando excluidos los considerados crímenes de guerra de acuerdo a las Convenciones de Ginebra y protocolos facultativos. En este sentido, un informe de la Cruz Roja Internacional elaborado en 1997 aclaró que, a diferencia de las infracciones a las Convenciones de Ginebra de 1949 o a la Convención sobre el Genocidio, “no se incorporó en tratado alguno la definición ni el reconocimiento del principio de jurisdicción universal con respecto a los crímenes contra la humanidad, así

que la definición se ha desarrollado de manera poco coherente a lo largo de la historia relativamente breve del empleo de la expresión "crímenes de lesa humanidad"⁵.

No obstante ello, esta distinción surge simplemente de la codificación del derecho internacional más que de una tajante diferenciación objetiva entre las conductas. Incluso algunas aparecen tanto en la enumeración de actos que constituyen crímenes de guerra como en la de los crímenes contra la humanidad, toda vez que la violación sea de derechos de la población civil.

Asimismo, por su reconocimiento más remoto, lo cual ha significado que se regulase lo atinente a la prevención y sanción por una Convención específica, podría quedar fuera de nuestra definición el genocidio, tal como ha ocurrido con el *Estatuto de Roma*⁶. Este acuerdo se ha limitado a repetir la descripción del tipo penal internacional contenida en la *Convención para prevenir y castigar el crimen de genocidio*.

No ha ocurrido lo mismo con otro tipo de conductas criminales, como la tortura, el *apartheid*, la esclavitud y la desaparición de personas, pues aun cuando hayan sido objeto de convenios especiales, en el Estatuto de Roma no se las ha excluido de la enumeración de los crímenes contra la humanidad.

Por otra parte, la doctrina no es conteste respecto del momento en que ciertos actos humanos empezaron a ser reconocidos como crímenes contra la humanidad. Para algunos la primera referencia habría nacido en 1868 con la *Declaración de San Petersburgo* que limitaba en época de guerra el uso de ciertos explosivos o proyectiles incendiarios porque eran contrarios a las leyes de la humanidad⁷.

Para otros, la expresión crímenes contra la humanidad habría surgido recién luego de la Primera Guerra Mundial⁸ ya que con motivo de la matanza de seiscientos mil armenios por parte de los turcos⁹, la Comisión sobre Responsabilidades de los Autores de la Guerra y la Ejecución de Sanciones establecida en 1919 para investigar la responsabilidad de los que violaron las leyes de la guerra recomendó el procesamiento de los militares turcos responsables por crímenes contra las leyes de la humanidad¹⁰.

También se sostiene que fue el proceso de Nuremberg (1946) el antecedente inmediato¹¹, aun cuando en el escrito de la acusación se confundan los crímenes contra la humanidad con el concepto de crimen de guerra y además en la sentencia se resuman todos los crímenes contra la humanidad bajo el concepto de crimen de guerra¹².

Este hecho no puede ser eludido por la legislación o jurisprudencia nacional. Así, en el Informe para el Parlamento de Canadá -preparado por David Goetz en 2000- a los fines de la redacción de la *Ley sobre Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra* (Bill C-19) se afirma que originariamente el concepto de crímenes contra la humanidad, inclusive el genocidio, fue concebido como una rama dentro de los crímenes de guerra. Este informe reconoce también que sólo más adelante se reconoció que tales ilícitos podían originar responsabilidad internacional con independencia de los crímenes de guerra¹³.

Por otra parte, se ha dicho que la expresión derechos humanos tampoco se halla en el *Estatuto del Tribunal de Nuremberg* y que "en el mismo artículo que trata los crímenes contra la humanidad se nota cierta inseguridad con la calificación de que estos crímenes serían cometidos en la ejecución de un crimen o en conexión con un crimen que queda en la competencia del Tribunal, independientemente si el acto contravenía el derecho del país en que fue cometido"¹⁴.

Lo cierto es que en el Estatuto se enumeraron el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otras acciones inhumanas, y dentro de las acciones inhumanas implícitamente estaban incluidos la tortura y los tratos degradantes y crueles. En el caso del exterminio, indirectamente se refería al genocidio judío, aun cuando las prácticas no sólo afectaron a este grupo humano.

De los documentos de este período post bélico surge que, basado en el art. 6º c) del Estatuto, el Tribunal juzgó a los responsables por actos propios o por aquellos ejecutados por sus subordinados y entendió que los métodos utilizados y los crímenes constituían violaciones de convenciones internacionales, de leyes penales nacionales y de los principios generales del derecho penal derivados de los sistemas criminales de las naciones civilizadas. Además, según el fiscal, los acusados habían adoptado una política de persecución, represión, exterminio de todos los civiles en Alemania, que ellos consideraban hostiles o podrían serlo respecto del gobierno nazi o conspirar contra él, antes y durante la Segunda Guerra Mundial. A estos ilícitos se agregó la persecución política, racial y religiosa, tanto de opositores políticos como de personas de religión judía, en conexión con los crímenes de guerra y crímenes contra la paz¹⁵.

Por su parte, los tribunales militares que actuaron en la Alemania ocupada por los aliados y que, en base a la *Ley del Consejo de Control N° 10* aprobada por Francia, Gran Bretaña, Unión Soviética y Estados Unidos a fin de juzgar a otros acusados de crímenes de guerra fuera de los grandes criminales juzgados por el Tribunal de Nuremberg, lo hicieron con mucho más libertad. La principal razón fue que la Ley N° 10 definía los crímenes contra la humanidad sustancialmente en los mismos términos del Estatuto de Nuremberg, pero,

significativamente, no requería la ejecución del crimen o su conexión con aquellos que debía juzgar el tribunal (art. II 1 c). Esto le permitió realizar construcciones jurídicas más novedosas y considerar a los crímenes contra la humanidad preexistentes en el derecho internacional consuetudinario ¹⁶.

Esta última referencia fue retomada en 1950 por la justicia de Israel pues, con la finalidad de condenar a *Eichmann*, los jueces sostuvieron que éste había cometido crímenes prohibidos por la ley de las naciones desde tiempos inmemoriales. Este hecho no es menos importante ya que Israel no existía como Estado en la época en que se cometieron los crímenes, por lo que invocó una supuesta costumbre internacional respetada por otros Estados ¹⁷.

Décadas más adelante la sentencia de la Audiencia Nacional de España (Sala Penal), recaída en el caso *Scilingo*, expresamente reconoció que “los procesos de Nuremberg aplicaron dicho Estatuto, imputaron a individuos una responsabilidad penal, y condenaron por la comisión de ‘crímenes contra la humanidad’. Sin embargo, es verdad que en su etapa inicial este delito estaba vinculado al desarrollo de la guerra. Tampoco entonces estaba claramente establecido que entrara en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, especialmente cuando no estaba vinculado a actos de guerra” ¹⁸.

Más claras y apropiadas resultan las consideraciones vertidas en el fallo *Polyukhovic* por la justicia australiana. A juicio de la Corte Suprema de Australia, antes de 1939 existe la evidencia de la conciencia de que ciertos actos ofenden derechos humanos fundamentales, los que pueden ser llamados crímenes contra la humanidad, pero no hay una real indicación de los límites de dichos crímenes. Bajo tales circunstancias se reconocían ciertos actos como contrarios a las normas humanitarias, por ejemplo en la cláusula Martens, pero no existía una clara distinción con los crímenes de guerra ¹⁹.

En la jurisprudencia nacional existen algunas expresiones que se han ido empleando, a veces de manera bastante confusa, al considerar los crímenes ocurridos durante la última Guerra Mundial y aquellos ilícitos que tuvieron lugar durante la pasada dictadura militar en la República Argentina. Por ejemplo, en el asunto *Simón* (C.S.J.N., 16/6/2005), el voto del juez Boggiano contiene la frase “delitos contra el derecho internacional, delitos contra la humanidad y el derecho de gentes” como si fueran distinto tipo de violaciones, lo cual es un absurdo, ya que derecho de gentes y derecho internacional son lo mismo, y los crímenes contra la humanidad son ilícitos graves contra el derecho internacional denominado en nuestra Constitución Nacional “derecho de gentes” ²⁰.

Otras veces se ha preferido la expresión crímenes de lesa humanidad de manera de describirlos como los ilícitos más graves de acuerdo al derecho internacional; también la expresión delito para calificar lo que hoy se denominan crímenes. Verbigracia, en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y presentados a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950 se hace referencia a delito y no a crimen.

Algunos instrumentos internacionales contienen la expresión crimen de lesa humanidad sin haberla definido, como por ejemplo la *Convención relativa al Estatuto de Refugiado* de 1951, debiendo ser la justicia nacional la encargada de enmarcar ciertas conductas como crímenes de derecho internacional (de guerra, contra la paz y contra la humanidad).

Asimismo, en el proyecto legislativo de 2004 relativo a la adecuación del ordenamiento jurídico argentino al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -especialmente en lo que respecta a la colaboración comprometida por los Estados Partes- se ha utilizado la expresión *delito* al entender que la palabra crimen no se corresponde con el lenguaje del ordenamiento penal nacional ²¹.

Crímenes que se han perseguido

Conforme el derecho internacional ha ido desarrollándose, fueron perseguidas ciertas conductas consideradas delitos, algunas vinculadas con los intereses de los Estados (por ejemplo, la piratería) y otras a los derechos humanos (verbigracia, la esclavitud). En el caso de la trata de personas, ya en 1841 se asimiló el comercio de esclavos con la piratería a través de un acuerdo entre potencias europeas (Gran Bretaña, Francia, Prusia, Austria y Rusia). Sin embargo, la esclavitud no desapareció, pues una investigación sobre la práctica de algunos Estados demuestra que hasta la segunda mitad del siglo XIX la esclavitud era una institución todavía aceptada ²².

Ciertos crímenes se han perseguido por tribunales nacionales e internacionales con base en normas consuetudinarias, mientras que otros por estar descriptos en tratados o bien luego de haberse indagado en los principios generales del derecho de acuerdo al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ²³.

Si nos atenemos a datos jurisprudenciales del ámbito estatal no podemos hablar de precedentes de peso antes de 1945 y, aún después, es inapropiado afirmar que haya existido un reconocimiento generalizado de la jurisdicción universal. De los escasos casos no se puede confirmar la existencia de una costumbre internacional por la cual la generalidad de los Estados se haya arrogado el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad cometidos fuera de su territorio o por nacionales suyos o contra sus nacionales ²⁴. Tampoco podemos afirmar que tales antecedentes sean concluyentes para determinar si los crímenes que se han perseguido son los únicos considerados como tales por la comunidad internacional, o bien, si la verificación de la existencia o la interpretación de las normas internacionales al respecto es la correcta ²⁵.

Por ejemplo, en el caso “Scilingo” el tribunal español entendió que el concepto original de genocidio que surge de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1948 responde a una situación meramente histórica y que la ampliación a la persecución de grupos de población por cuestiones políticas estaba sólo justificada para poder reunir los requisitos habilitantes de la jurisdicción ²⁶.

Pero no es el único caso en el que la jurisprudencia nacional muestra vacilación en la aplicación del derecho internacional o se ha visto limitada por normas consensuadas por la población de un Estado para despenalizar conductas consideradas crímenes de derecho internacional. En este último caso, baste hacer referencia a las normas que impidieron el juzgamiento de crímenes cometidos por la dictadura uruguaya ²⁷.

A esto se agrega la existencia de notables diferencias entre los fallos que provienen de tribunales que siguen el sistema del *common law* de aquellos que pertenecen al sistema continental, siendo la mayor parte de la jurisprudencia nacional perteneciente a la cultura occidental. Sin embargo, todos coinciden en la interpretación de la legislación nacional a la luz de las normas internacionales y su vinculación con principios generales del derecho.

Verbigracia, en la jurisprudencia anglosajona se advierte mayor prudencia al momento de fundamentar las decisiones. En general, las sentencias hacen mención a jurisprudencia nacional e internacional y prácticamente se remiten a idénticos casos, los que no son demasiados. Y aun cuando en algunos se hable de costumbre jurídica internacional denotan la existencia de un gran vacío temporal entre la persecución de criminales de guerra luego de los tribunales internacionales militares de Nuremberg y Tokio y el juzgamiento más reciente de individuos por estos crímenes o por crímenes contra la humanidad. Esta última, además, data de principios de los noventa, coincidiendo con la disolución de la Unión Soviética. Por lo demás, también hay que reconocer que hay precedentes en los que los tribunales se han declarado incompetentes ²⁸, por no mencionar el refugio dado a dictadores africanos en varios países europeos o a la falta de actividad frente a denuncias cursadas en sus territorios ²⁹.

Entre la jurisprudencia anglosajona podemos citar el asunto *Polyukhovich* (1991), en el que el Tribunal Superior de Australia juzgó a un ucraniano nacionalizado australiano por crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Aun cuando también se refirió a los crímenes contra la humanidad sostuvo que existen pocos precedentes en las leyes y jurisprudencia nacionales.

También debemos mencionar el proceso que en 1998 enfrentó a los gobiernos español, británico y chileno por la extradición de *Pinochet* solicitada por España. El tribunal inglés y la Cámara de los Lores debieron analizar la relación entre la inmunidad de jurisdicción de un jefe de Estado, la de un ex jefe de Estado y la de un senador, reconociéndose finalmente que ciertas conductas eran crímenes de lesa humanidad, en particular, la tortura. De acuerdo con la decisión, los hechos punibles sólo eran aquellos perpetrados luego de 1988, fecha en que Gran Bretaña adhirió a la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes* de 1984, lo que confirmaría la falta de una costumbre jurídica internacional de vieja data o bien la jerarquía del principio de legalidad en ese sistema jurídico.

Otra fue la interpretación de la justicia norteamericana en el asunto *Siderman* pues, a pesar de haber ratificado el acuerdo ya referido en 1988, reconoció el origen consuetudinario de la norma internacional que prohíbe la tortura calificándola además como de *ius cogens* ³⁰.

Fuera de estos precedentes provenientes del sistema *common law*, encontramos el asunto *Miniashyaka*, quien era un ruandés acusado ante la justicia de Francia por genocidio y crímenes de lesa humanidad cometidos en su país a fines del siglo XX ³¹. También el tratamiento por la Corte Suprema de Justicia de México del pedido de extradición de *Cavallo* (2003) solicitada por el gobierno español. Esta Corte fundó su decisión en normas internacionales que, según su opinión, fueron reconocidas desde 1949. Esto le llevó a efectuar razonamientos jurídicos particulares para cada ilícito imputado a Cavallo, de allí que trató por un lado como crímenes de lesa humanidad a la tortura y al terrorismo y por el otro al genocidio ³².

En el asunto *Scilingo* (2005), ya citado, al tribunal español le bastaron pocos precedentes para confirmar la existencia de una costumbre internacional, algunos de los cuales se repiten en las decisiones anglosajonas: el caso *Eichmann* resuelto por el Tribunal del Distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel (1961); el juzgado en 1971 por dos tribunales de Bangladesh frente a la solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán “por actos de genocidio y crímenes contra la humanidad”; el asunto *Menten*, llevado ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos en 1981; y por último, el caso *Barbie* resuelto en 1983 por el Tribunal de Casación de Francia ³³.

En otro orden de ideas, se puede advertir que tampoco existe demasiada uniformidad en la persecución - práctica originada en las últimas décadas en Europa- de personas que han cometido o cometen crímenes de derecho internacional en distintas partes del mundo, repitiéndose en esta materia el doble estándar internacional en la protección de los derechos humanos ³⁴. Esta falta de práctica de los Estados va en contra de aquellas obligaciones asumidas en convenciones internacionales, y hasta cierto punto afectaría la *opinio iuris* de los Estados sobre la materia. También podría ser la indicación de que Occidente entiende que son punibles los actos realizados por un dictador de un país en desarrollo mientras que el jefe de Estado o los miembros del ejército de una potencia deben gozar de inmunidad ³⁵ e inimpugnabilidad absoluta.

Otras veces el número elevado de autores de crímenes y la necesidad de pacificar una sociedad ha llevado a la aprobación de amnistías o de procedimientos conciliatorios. Un claro ejemplo lo constituye la persecución del *apartheid* en Sudáfrica. Condenado por las Naciones Unidas como un crimen contra la humanidad ³⁶ no fue reprimido de acuerdo con la tendencia iniciada por algunos tribunales occidentales ³⁷.

Por otra parte, cuando los encargados de juzgar son tribunales internacionales *ad hoc*, como ocurrió en Nüremberg y Tokio o como sucede con los instituidos para la antigua Yugoslavia y Ruanda, su competencia temporal, territorial y la falta de permanencia trae como consecuencia la posibilidad de no poder perseguir a todos los autores de crímenes, pues de la misma forma que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha creado a los dos últimos tribunales también puede discrecionalmente resolver sobre su desaparición.

En el ámbito de la República Argentina podemos advertir que la Corte Suprema de la Nación ha ido modificando su jurisprudencia y tan sólo muy recientemente se ha atrevido a juzgar ciertas conductas como crímenes de derecho internacional, aunque no con demasiada coherencia ³⁸. Verbigracia, al principio únicamente ha tratado el pedido de extradición por crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial y partir de 2000, los crímenes contra la humanidad ocurridos en Argentina.

Así, en el caso *Bohne* (1966), ex nazi culpable de aplicar métodos eutanásicos a personas con problemas mentales, la Corte recalcó que se trataba de crímenes graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común, claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados y que caen bajo la represión de la ley penal en todos los tiempos y en todas las naciones. Sin embargo, en el asunto *Schwammerger* (1990) no se puso a analizar el tipo de conducta imputada a los fines de la extradición, a pesar de que el procurador general de la Nación expresamente había indicado que se trataba de crímenes contra la humanidad.

En los casos *Priebke* (1995), respecto al cual había un pedido de extradición por crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial, y *Arancibia* (2004), vinculado con hechos ocurridos fuera de Chile pero como consecuencia de la dictadura militar de Pinochet, se abocó a un análisis más profundo de los ilícitos, enumerando al genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos como crímenes contra la humanidad que atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 C.N.

Luego, hubo un cortocircuito con el asunto *Lariz Iriondo* (2005), pues la Corte entendió que en el derecho internacional no todos y cada uno de los actos de terrorismo calificados en tratados internacionales pueden reputarse delitos de lesa humanidad ³⁹.

Por último, en el asunto *Simon* (2005) afirmó que la tortura, los tratos crueles y la desaparición forzada de personas constituyen crímenes contra la humanidad ⁴⁰.

No alcanzó a tratar el asunto *Luo Gan* (2006) ya que se limitó a expedirse sobre su incompetencia debido a que este funcionario chino se había ausentado del país. Hubiera sido interesante conocer cuál hubiera sido su criterio respecto de crímenes de derecho internacional frente la inmunidad de jurisdicción de un diplomático extranjero ⁴¹.

En el ámbito jurisdiccional internacional los tribunales penales creados para perseguir a aquellos individuos acusados de crímenes de derecho internacional en la antigua Yugoslavia y en Ruanda fueron facultados a perseguir el asesinato, el exterminio, la reducción a esclavitud, la expulsión, la detención, la tortura, la violación, la persecución por razones políticas, raciales y religiosas y otros actos inhumanos, cometidos en el cuadro de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil en razón de su pertenencia nacional, política, racial o religiosa (art. 5º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional

para la ex Yugoslavia y art. 3º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda). Sus estatutos no contienen ni el *apartheid* ni la desaparición forzada de personas, crímenes incluidos en el *Estatuto de Roma*.

Origen normativo de los crímenes de lesa humanidad

Nuevamente se presentan distintas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, ya que no todas las conductas reconocidas actualmente como crímenes de derecho internacional lo han sido en la misma época, lo que ha generado una controversia acerca de la fuente de la normativa internacional.

A diferencia de los crímenes de guerra, respecto de los que se ha indicado que su origen ha sido consuetudinario, receptándose los usos y costumbres en tratados de derecho internacional humanitario ⁴², en el tratamiento de los crímenes de lesa humanidad se evidencian posiciones encontradas, abonadas por la falta de normativa convencional a la fecha del hecho y, en algunos casos, por ser el reconocimiento universal demasiado reciente ⁴³.

En el asunto *Tadic* el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia entendió que el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal del individuo por su perpetración no habían sido seriamente discutidos ⁴⁴. En tanto, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda subsumió los crímenes contra la humanidad en el genocidio y calificó a la limpieza étnica y la violencia sexual ⁴⁵ como actos de genocidio (casos *Kasiyama* y *Ruzindana*).

En el ámbito jurisprudencial nacional encontramos que existe cierta confusión, pues algunos tribunales fundamentan la persecución de estos crímenes con basamento en la costumbre internacional (caso *Finta*) ⁴⁶, mientras que otros, ante la falta de práctica y *opinio iuris* de los Estados, entienden que son los principios generales de derecho (principio de justicia) los que vienen a llenar el supuesto vacío legal y permiten salvar el problema de la irretroactividad de la norma internacional (caso *Pulyukhovich*) ⁴⁷. También se han hecho valer artículos de acuerdos internacionales que hacen referencia a estos principios generales del derecho (caso *Barbie*) ⁴⁸. Por otra parte, a veces se cita jurisprudencia internacional, como la de los tribunales penales internacionales (Yugoslavia y Ruanda), pero ella no es práctica nacional. La práctica nacional de los Estados está dada por la legislación y la jurisprudencia nacional, o surge de la aprobación y ratificación de los acuerdos internacionales como el *Estatuto de Roma*, apareciendo a partir de esa instancia la *opinio iuris* de que ciertas violaciones graves de derechos humanos son crímenes de derecho internacional, por ejemplo, la violencia sexual.

En el asunto *Scilingo* el tribunal español no aportó mayor claridad pues entendió que la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 1973 “ha venido a determinar que el crimen contra la humanidad sea, en la actualidad, un crimen de naturaleza mixta, convencional (Estatuto de la Corte Penal Internacional, Tratados de Derechos Humanos, Tratado de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, jurisprudencia internacional, etc.) y consuetudinaria (práctica interna y *opinio iuris* de los Estados), lo que implica la interacción de dos clases de normas”. En su opinión “existiría una *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe el genocidio, la trata de esclavos o la agresión o, en general, los crímenes contra la humanidad”.

Más adelante se contradice y expresa: “el Tribunal de Nuremberg no se limitó a juzgar y a condenar los crímenes de guerra que eran convencionalmente preexistentes, sino que se crearon nuevas categorías de delitos evitando que muchas otras conductas distintas de los crímenes de guerra quedaran fuera: los crímenes contra la paz (hoy de agresión) y el crimen contra la humanidad. El argumento utilizado fue que debía ceder el principio de *nullum crimen sine lege* cuando representar Ca una inmoralidad mayor dejar sin castigo a determinadas conductas especialmente atroces”. A nuestro entender, jurídicamente es bastante objetable que un tribunal, nacional o internacional, cree la norma. Este hecho no se puede considerar un precedente a los efectos del derecho internacional consuetudinario. Y si se reconoce que simplemente se dejó de lado el principio de legalidad se está afirmando que no existía norma alguna ni derivada del derecho consuetudinario ni de los principios generales del derecho.

En párrafos siguientes el tribunal español vuelve a caer en otra contradicción cuando manifiesta: “Que no existiera un tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas”. Tal argumento puede ser aplicado a normas convencionales, porque si se tratara de verificar la existencia de una costumbre jurídica internacional la lógica consecuencia de tal razonamiento sería el reconocimiento expreso de una

costumbre que obliga a la abstención de hacer cumplir o sancionar la infracción o en el peor de los casos que tal costumbre jurídica no existe.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina tuvo oportunidad de expedirse en los asuntos *Priebke* (1995) y *Arancibia Clavel* (2004) siendo los primeros en los que analiza concretamente la temática de los crímenes contra la humanidad. En ambos da una importancia capital al derecho consuetudinario, aunque no indica cuáles son los precedentes legislativos y jurisprudenciales de los que resulta la práctica de los Estados ⁴⁹. Y particularmente en el segundo habla de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada.

A esta falta de coherencia de la Corte se agrega la calificación de *ius cogens* a normas internacionales que ni los Estados reconocen como tales, ni la doctrina o la jurisprudencia internacional han verificado que posean tal cualidad. Incluso la Corte Internacional de Justicia es sumamente escueta al mencionar obligaciones *ius cogens*. Algunos de sus fallos no tienen en cuenta los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, específicamente aquél en el que calificó como normas de *ius cogens* las que prohíben la agresión, la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*, aclarando que ello no implicaba una enumeración taxativa ⁵⁰. Esta afirmación, sin embargo, no pareciera autorizar a tribunales nacionales a ampliar esta cualidad imperativa a todas las normas internacionales protectoras de los derechos humanos, y aquellos tribunales que lo han hecho han originado una importante confusión, ya que en vez de decir el derecho lo han interpretado en sentido demasiado extenso ⁵¹.

Es elocuente esta circunstancia en el asunto *Priebke* cuando asegura que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios de *ius cogens* del derecho internacional, quedando en una afirmación sin la fundamentación correspondiente ⁵². En el caso *Arancibia* expresa sin ningún sustento jurídico que la *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* “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” ⁵³.

Otro tanto ocurre en el voto de un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando en el caso *Simón* no alcanza a definir cuál es el origen del derecho imperativo, pues por un lado expresa que se halla por encima de todas las fuentes del derecho y más adelante asegura que existen fuentes del derecho internacional imperativo y pasa a referirse a convenciones y práctica consuetudinaria ⁵⁴.

Por ello, para enmarcar cualquier estudio relativo a la relación entre el *ius cogens* y los crímenes internacionales no hay que olvidar lo sostenido por la Comisión ya referida, cuando afirma que la categoría de las obligaciones internacionales respecto de las cuales no se permite derogación alguna es más amplia que la de las obligaciones cuya violación es necesariamente un crimen internacional ⁵⁵.

También es interesante lo expresado por Cherif Bassiouni sobre la creencia de algunos estudiosos de identificar las fuentes del *ius cogens* con el derecho internacional consuetudinario, la de otros de distinguir entre las fuentes y, finalmente, la de aquellos que consideran que el *ius cogens* es simplemente otro camino semántico para describir ciertos principios generales. Además, agrega que la doctrina reconoce los siguientes crímenes como *ius cogens*: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, piratería, esclavitud y tortura. Según este jurista, el reconocimiento como conductas prohibidas por el *ius cogens* surge de: la *opinio iuris* que reflejaría el reconocimiento que tales crímenes son parte del derecho consuetudinario; del lenguaje de los preámbulos de los tratados aplicables a tales crímenes; del gran número de Estados que han ratificado los tratados referidos a ellos; de las investigaciones internacionales particulares y de la persecución de quienes han cometido los crímenes ⁵⁶.

Crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional contemporáneo: tipificación

En el derecho internacional ha habido una evolución normativa bastante marcada de los elementos de los crímenes contra la humanidad.

Contemporáneamente son definidos sobre la base de los criterios gravedad y masividad. Gravedad por el tipo de derecho humano lesionado ⁵⁷ y masividad por la cantidad de violaciones. Pero también se indica que debe existir un móvil -sea político, racial, religioso, social o cultural- para cometer tales ilícitos ⁵⁸.

De acuerdo con el Documento ICC/ASP/1/3 relativo a los elementos de los crímenes del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* existen elementos materiales (por ejemplo, tortura, deportación) y elementos subjetivos (intencionalidad y conocimiento) ⁵⁹. Pero además es necesario que la violación de las normas de derecho internacional se dé en el contexto de un ataque generalizado o sistemático sobre una

población civil o una parte de ella. Así, en los asuntos *Kayishema y Ruzindana* (1999) el Tribunal Penal Internacional para Ruanda indicó que el ataque debe ser a una población predominantemente civil y aunque hubiera no civiles entre ella no cambia el carácter de la población ⁶⁰. En los hechos este ataque se origina en instrucciones de los gobiernos o con su aprobación (por ejemplo, escuadrones de la muerte) que pueden ocurrir en épocas de guerra o de paz.

A la luz del derecho internacional contemporáneo son considerados crímenes contra la humanidad los siguientes hechos: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, expulsión, persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos, sociales o culturales, genocidio, apartheid, actos inhumanos contra una población civil, encarcelamiento, tortura, violación, práctica sistemática de desapariciones forzadas. Pareciera quedar fuera la trata de personas, cierto tipo de discriminaciones aun cuando lastimen la conciencia de la humanidad, el narcotráfico y el terrorismo. Tampoco se ha considerado con demasiada frecuencia la violación del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos.

A. Genocidio, exterminio y persecución

Desde nuestro punto de vista el crimen de genocidio -regulado independientemente en una Convención particular o enumerado aparte en el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, en los estatutos de sendas cortes penales para la ex Yugoslavia y Ruanda y en el *Estatuto de Roma*- no deja de ser una particular y gravísima violación de las normas internacionales relativas a los derechos humanos y consiguientemente contra la humanidad. Así lo destacó el Tribunal Penal para Ruanda en el asunto *Akayasu* en 1998, calificándolo también de crimen contra la humanidad ⁶¹.

Al respecto parece haber cierto acuerdo en seguir la definición de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio* de 1948 para describir la conducta típica antijurídica internacional ⁶², por más que algún tribunal haya intentado incluir en el crimen de genocidio a la persecución y matanza de grupos de personas con cierta orientación política o a consecuencia de cierto terrorismo de Estado ⁶³.

De acuerdo con este tratado es un delito de derecho internacional que puede ser cometido en tiempo de paz o de guerra y considera actos genocidas a todos aquellos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, tales como: la matanza de miembros, la lesión grave a la integridad física o mental de miembros, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas para impedir los nacimientos dentro del grupo y el traslado de niños del grupo a otro grupo (arts. I y II).

Resulta por ello correcta la apreciación realizada por la justicia canadiense en el asunto *Zolfagharkhani*, el que trató la situación de un extranjero al que se le negó el estatuto de refugiado por hallarse comprendido en la excepción referida a los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad. Si bien el tribunal consideró que la utilización de armas químicas contra los kurdos en una situación de combate repugnaba a la conciencia de la civilización, ello no implicaba que hubiese habido intención de cometer un acto genocida ⁶⁴.

Por otra parte, en las demandas introducidas ante la Corte Internacional de Justicia el 20 de marzo de 1993 y el 27 de julio de 1993, *Bosnia-Herzegovina* acusó a la República Federal de Yugoslavia de haber seguido, y seguir, una práctica sistemática de “limpieza étnica” sobre la población de Bosnia-Herzegovina; devastar ciudades, villas, distritos; bombardear centros de población; sitiar ciudades, especialmente Sarajevo; y privar de alimentos a la población civil ⁶⁵, buscando la destrucción, en particular, de la población musulmana. Fundamentó sus pretensiones en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en el derecho internacional de la guerra consuetudinario y convencional y en la Carta de las Naciones Unidas.

Con la problemática de *Darfur* se replanteó el interrogante acerca del asesinato de grupos tribales como ilícito que pudiera identificarse con la categoría de genocidio de un grupo étnico ⁶⁶. Este obstáculo había sido ya superado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el asunto *Akayesu*, pues tutsis y hutus fueron considerados como grupos étnicos en base a la interpretación de las normas sobre genocidio en el sentido de grupos estables y permanentes cuya pertenencia se determinaba por el nacimiento. En otras palabras se dio importancia a criterios subjetivos de pertenencia y a la intención de destruir al otro grupo.

Puede que la conducta no sea calificada como genocidio sino como “exterminio” teniendo en cuenta la intencionalidad de la acción (dolo especial). La exterminación como crimen de lesa humanidad consiste en el asesinato masivo de grupos de población civil de manera no accidental sino intencional, pero la intención no

es discriminatoria pues no se ataca a un grupo por el carácter nacional, étnico, racial o religioso ⁶⁷. Aquí, entonces, entrarían los grupos políticos. Además debe realizarse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con la intención que la conducta fuera parte de un ataque de este tipo, requisito no exigido para el crimen de genocidio.

En el caso del crimen de “persecución” se amplían las personas protegidas ya que puede darse sobre un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, culturales, étnicos, religiosos o de género, y se exige también que ocurra como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y con conocimiento de ello.

En la jurisprudencia nacional se ha tratado el de persecución como crimen de lesa humanidad en el caso *Arancibia Clavel*, mientras que el genocidio en el asunto *Priebke* ⁶⁸.

En *Priebke* la Corte resuelve en favor de la extradición por genocidio pues entendió que “el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la jefatura a disposición de la jefatura de policía alemana, de entre los trescientos treinta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configura *prima facie* delito de genocidio. Ello así, sin mengua, de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio”. Más adelante agrega: “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional”.

La interpretación de estas afirmaciones nos lleva a suponer que para la Corte no existía diferencia entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad, y lo que ella denomina con esta expresión -en el último párrafo citado- es en realidad el genocidio.

Si bien en *Arancibia Clavel* la Corte Suprema argentina aludió al derecho convencional aprobado con posterioridad a los hechos, la referencia le sirvió para encuadrarlos legalmente en el crimen de “persecución”, ya que reprodujo el art.7.1, inc. h, del *Estatuto de Roma*, el que considera como crimen de lesa humanidad la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte...” (párrafo 13).

B. Desaparición forzada de personas

La *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* de 1994 define este crimen como “la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual impide el ejercicio de recursos legales y de las garantías procesales pertinentes” (art. II).

Para algunos ha sido reconocido consuetudinariamente a partir de los tribunales de Nuremberg y Tokio, mientras que para otros su origen sería posterior ⁶⁹. Desde nuestro punto de vista, el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia podría dar una solución valedera, ya que no es demasiado claro el origen consuetudinario de la represión de tal conducta criminal pues no ha constituido práctica común de la generalidad de los Estados su persecución ⁷⁰. Esta circunstancia es advertida por la justicia estadounidense en el asunto *Filartiga* ⁷¹ al afirmar que no habría suficiente reconocimiento como crimen internacional ⁷².

Para la Comisión de Derecho Internacional, el término desaparición forzada de personas es usado para referirse a un tipo de conducta criminal descrita tanto en la *Declaración de las Naciones Unidas para la Protección de todas las Personas de Desapariciones Forzadas* de 1992 (Resolución de la Asamblea General 477/133) como en la Convención Interamericana y reconoce, además, que este ilícito no fue incluido como crimen contra la humanidad en instrumentos anteriores y lo califica como una conducta criminal relativamente reciente ⁷³.

No obstante esta falencia, como resulta ser un crimen que no prescribe ya que se trata de un ilícito continuado, no habría dificultad en juzgar a los responsables aun cuando la violación sea condenable sobre la base de una costumbre, tratado o principio general del derecho ⁷⁴.

Atento lo dispuesto por la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima” (art. 3.1). En consonancia con este acuerdo, el *Proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* también propone, en el art. 5º, la obligación de tipificar la desaparición forzada como delito continuado o permanente.

Por ello es que en el caso *Blake* la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que no se daban las bases fácticas para entender en el planteo realizado ya que al momento de juzgar, esta persona había aparecido muerta ⁷⁵.

Pero no toda desaparición forzada de personas constituiría un crimen. A tenor de lo afirmado por el Grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre un “Instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre desapariciones forzadas” (2004) se propuso que en su preámbulo se estableciera que la desaparición forzada constituye, en principio, un delito, y sólo en determinadas circunstancias, un crimen contra la humanidad”. En otras palabras, la violación además de ser continuada debe ser múltiple.

Por otro lado, en el documento de trabajo presentado por la presidencia del mismo grupo se estableció que “la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional” (art. 2º bis) ⁷⁶.

También se ha dicho que la desaparición forzada de personas constituye un trato cruel e inhumano a tenor de las normas que prohíben la tortura. Así, en el caso *Kurt* (1988) la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que, en lo que respecta a los familiares de los desaparecidos, se violaba el art. 3º del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la tortura.

En la jurisprudencia argentina observamos que aunque en 1998 y 2003 la Corte Suprema de la Nación había incursionado en el derecho de los familiares a conocer el destino de sus parientes desaparecidos (casos *Urteaga* y *Hagelin*), es recién en *Simón* y *Arancibia Clavel* cuando el máximo tribunal argentino trató específicamente este crimen.

En el asunto *Simón* reprodujo lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar”, y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos “ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad”. La evolución del derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a “que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra” (párrafo 21).

En el voto del juez Maqueda se alude a normativa internacional que considera a las desapariciones forzadas como crimen de derecho internacional. Al respecto sostiene que existe “por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, en el caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 1º de marzo de 1984 por ley 23.054 poco tiempo antes de la sanción de las leyes cuestionadas) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Desde esta última perspectiva se lo calificaría de crimen por tratarse de violaciones graves y sistemáticas de normativa internacional vigente.

Explica, además, que “el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la ley de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del

Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2º y 9º del Pacto”.

C. Tortura

Ilícito grave de derecho internacional por antonomasia, ha sido considerado como una acción previa a los crímenes de genocidio o desaparición forzada, y regulado su persecución y castigo por normas específicas. Había sido abolida en nuestro país desde 1813 y específicamente prohibida por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Si bien los gobiernos de los Estados tienen en claro que es una conducta que deben perseguir y sancionar, su práctica no se ajusta a este reconocimiento. Por caso, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales se han embarcado en una cruzada para lograr que algunos Estados comprendan que se trata de un acto aberrante desde el punto de vista del derecho internacional, no existiendo justificativo alguno, ni siquiera aquel vinculado a la seguridad nacional. Pero a veces la práctica es contraria. Así, la Corte israelí ha expresado que la tortura de determinados prisioneros no constituye un delito ⁷⁷, mientras que los Estados Unidos y Gran Bretaña han sido denunciados por actos de tortura a prisioneros en Irak realizados por miembros de sus fuerzas armadas (2005 y 2006) ⁷⁸.

La *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes* de 1984 establece que es un delito caracterizado por todo acto que infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, sean éstos físicos o mentales, a fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, o de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación (art. 1º).

Este acuerdo no tendría efectos retroactivos. Al respecto, en el asunto *Simón*, el Dr. Fayt advierte que “fue el propio Comité contra la tortura el que indicó respecto del caso argentino que “a los efectos de la Convención, ‘tortura’ sólo puede significar la tortura practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención. Por consiguiente (...) la Convención no abarca los actos de tortura cometidos [en el caso] en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención...” (CAT/C/3/ D/1, y 3/1988, ps. 7-8, Comunicaciones Nros 1988 y 3/1988, “O.R., M.M. y M.S. c/ Argentina”, Decisión del 23 de noviembre de 1989). Ello de conformidad con el principio general de que los tratados rigen desde su entrada en vigor (principio de irretroactividad de los tratados, art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)”.

Para salvar este impedimento otros tribunales han recurrido al derecho consuetudinario. Verbigracia, en 2000 el Tribunal de Apelaciones de Amsterdam sostuvo que si bien la Convención no existía al momento de los hechos había motivos suficientes para considerar que la tortura masiva, sistemática y planificada respecto a civiles ya se consideraba como un crimen de lesa humanidad comprendido en el derecho internacional consuetudinario. Afirmó que una cosa era la aplicación retroactiva, lo cual violaría el principio de legalidad y otra la aplicación retrospectiva de la ley de aplicación de la Convención contra la tortura pues estos actos ya constituían delitos de derecho internacional cuando se cometieron ⁷⁹.

De la misma opinión fue el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto *Furundzija* cuando expresó que “el hecho de que la tortura esté prohibida por una norma imperativa del derecho internacional tiene varios efectos a los niveles interestatal e individual. A nivel interestatal, está destinada a privar de legitimidad todo acto legislativo, administrativo o judicial autorizando la tortura. Sería absurdo afirmar de una parte que, dado el valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o reglas consuetudinarias previendo la tortura son nulos y sin efectos *ab initio* y dejar, por otra parte, que los Estados adopten medidas que autorizan o toleran la práctica de la tortura o conceden amnistías a los torturadores. Si tal situación llegara a ocurrir, las medidas nacionales violando el principio general y toda disposición convencional pertinente tendrían los efectos jurídicos antes indicados y no serían, además, reconocidas por la comunidad internacional” ⁸⁰.

La tortura individual se transforma en crimen contra la humanidad toda vez que sea parte de un accionar masivo y sistemático. Parece haber cierta uniformidad en algunos fallos al respecto. Por ejemplo, el caso *Filartiga* ⁸¹ no podría ser considerado ejemplo de represión del crimen contra la humanidad de tortura ya que se trató de un acto aislado y no de un plan sistemático. Por ello es que el tribunal norteamericano no lo califica más que como contrario a la ley de las naciones. De la misma opinión fue la justicia canadiense

cuando afirmó que para tratarse de un crimen contra la humanidad debe ser cometido de manera sistemática y masiva (asunto *Hjialikhanja*)⁸². A mayor abundamiento, en el asunto *Tadic*, el fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1995) expresó que para que sea crimen de derecho internacional debe ser realizado en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁸³.

Este requisito se cumplió plenamente en el caso *Simón*. Aquí la Corte Suprema argentina debió resolver si la acción penal por tortura y desaparición forzada de personas resultaba extinguida por amnistía o prescripción. Al respecto formuló razonamientos particulares relacionados sobre las leyes del perdón (ley 23492, conocida como ley de punto final y la ley 23521, conocida como ley de obediencia debida), aprobadas y luego anuladas por el Poder Legislativo, las que desaprobó por inconstitucionales y contrarias al derecho Internacional. La decisión, que marcó un cambio jurisprudencial a partir de la nueva composición del máximo órgano judicial, reinterpreto el concepto de amnistía ya que si bien es una medida legislativa que borra el delito y la pena, la tachó de inválida desde el punto de vista del derecho internacional convencional, por imperio de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* que había sido ratificada por la República Argentina antes de la aprobación de dichas normas eximentes de responsabilidad⁸⁴.

Teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en *Barrios Altos* aclaró que “lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de «autoamnistía». Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos” (párrafo 24).

Pero también debió salvar el obstáculo del principio de la ley penal más benigna. Al respecto expresó: “Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de «irretroactividad» de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”.

En su voto el juez Boggiano aludió a la vigencia de los tratados y en su opinión “por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente”. Si bien habló de derecho consuetudinario, sobre la interpretación de los tratados no resultaría categórica la legislación y jurisprudencia nacional sino la internacional. Por lo demás, entendió que “sobre el particular cabe recordar que esta Corte ha establecido que, como fuente de derecho interno los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (Fallos 321:3555 y sus citas)”. Aquí equivoca el valor de los informes y opiniones de la Comisión, pues nunca pueden ser fuente de derecho interno, pues no surge de la Convención Americana tal naturaleza ni tampoco tienen valor jurisprudencial ya que no es un órgano jurisdiccional.

Pero para asegurarse de que el fundamento jurisprudencial de la Corte Interamericana, al que también se refirió, no fuera considerado suficiente agregó: “Que aun antes de tal jurisprudencia internacional, los delitos contra el derecho de gentes, hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118 de la Constitución Nacional que contempla los delitos contra el derecho de gentes fuera de los límites de la Nación y ordena al Congreso determinar por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. Ello da por supuesto que tales delitos pueden ser juzgados en la República y, cabe entender, también en otros Estados extranjeros. Y además, que esos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad, lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en tal art. 118 sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos (causa «Nadel» registrada en Fallos: 316:567, disidencia del juez Boggiano)”.

Por otra parte, la llamada ley de obediencia debida planteó la inimputabilidad de quienes cometieron actos en base a su situación de subordinación dentro de la estructura militar, tema que se trató en sentencias del ámbito nacional e internacional. Al respecto entendemos que se debe diferenciar entre el accionar sobre la base del cumplimiento de una orden de un superior militar con el convencimiento de su necesidad a pesar

de ser manifiestamente ilegal y la coacción que se puede haber ejercido sobre la persona para que cometa dicho crimen ⁸⁵.

D. Terrorismo

Este crimen tampoco fue incluido en el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* a pesar que se dan varios elementos esenciales de los crímenes contra la humanidad: el asesinato masivo, la intención y conocimiento, ser parte de un ataque contra una población o una parte de ella.

Los tratados específicos tampoco lo definen como un crimen de lesa humanidad, pero tienen en mira eventos que causan graves violaciones del derecho internacional de acuerdo con el ámbito donde ocurren o a las personas protegidas (secuestro de aeronaves, crímenes contra la seguridad marítima, rehenes, ataques a personas internacionalmente protegidas, ataques al personal de las Naciones Unidas, ataque con bombas). Internacionalmente es regulado por normativa internacional, entre otros el Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes, el Convenio para la Supresión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil y el Convenio sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

De resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pareciera desprenderse que el terrorismo puede surgir de actos de un Estado o de organizaciones no estatales pero con su aquiescencia. Así, el terrorismo fue por primera vez contemplado en la resolución 579 de 1985, en respuesta a un acto suicida palestino por el que murieron por el efecto de bombas veinte personas de nacionalidad americana e israelí en los aeropuertos de Roma y Viena. Luego, cuando trató las violaciones de derechos humanos en Kosovo calificó a ciertas prácticas del gobierno yugoslavo como terrorismo (entrega de armas y entrenamiento militar) y con la resolución 1160 caracterizó al terrorismo como actividad no estatal realizada por el Ejército de Liberación de Kosovo y otros grupos e individuos, mientras que entendió que la actuación de las fuerzas armadas serbias eran sólo uso de la fuerza armada.

El art. 2º de la *Convención Interamericana contra el Terrorismo* considera formas particulares de terrorismo, por ejemplo, la toma de rehenes, el secuestro y destrucción de aeronaves civiles, los ataques contra la vida, la integridad física o la libertad de personas internacionalmente protegidas, incluyendo los agentes diplomáticos y en el contexto de los conflictos armados, los actos o amenazas de violencia cuyo propósito primordial es sembrar el terror entre la población civil.

En el caso *Scilingo* se formuló la acusación sobre la base de crímenes de lesa humanidad de genocidio y terrorismo. El Tribunal expresó que “rechaza que se trate exclusivamente de un delito de terrorismo. Resulta cierto que se dan en el caso los elementos penales típicos del delito de terrorismo (elemento estructural y teleológico de esta clase de delitos), pero los hechos van más allá y contienen otros elementos que sólo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala se decanta por esta última calificación, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos”.

La Corte Suprema de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse en el asunto *Lariz Iriondo* llegando a la conclusión de que no todos los actos de terrorismo pueden calificarse como crímenes de lesa humanidad ⁸⁶.

E. Otros crímenes de derecho internacional internacionales que no fueron objeto de jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación

1. Esclavitud. Trata de personas. Esclavitud sexual y prostitución forzada

La esclavitud ha sido quizás el primer ilícito de derecho internacional reconocido por la comunidad internacional y si bien en 1815 se avanzó hacia la prohibición del tráfico de esclavos, no ocurrió lo mismo con respecto a la proscripción de la esclavitud, ya que es recién con el Tratado de Berlín de 1885 cuando se la condena en un acuerdo internacional.

Muchos años más tarde se siguen produciendo hechos que derivan en el sometimiento de las personas y no se habla de esclavitud sino de trata de personas. Este ilícito es definido como el comercio de personas a

los fines obtener de ellos un trabajo forzado, la esclavitud o la servidumbre en fábricas, burdeles, fincas o casas. Pero también se habla del traslado o transporte de la persona para la remoción de sus órganos.

La trata de personas se halla vinculada con el crimen internacional organizado y, aun cuando desde nuestro punto de vista es un ilícito gravísimo, para el derecho internacional convencional no entraría en la categoría de crimen contra la humanidad toda vez que falte la conexión con un ataque contra la población civil, pero podría entrar en otras figuras criminales, como la esclavitud o los tratos degradantes y crueles.

De acuerdo con el *Convenio sobre Trabajo Forzoso N° 29* de la Organización Internacional del Trabajo, trabajo forzado sería aquel exigido al individuo bajo amenaza de pena, mientras que esclavitud según el art. 1. 1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Esclavitud* de 1953 es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. Las prácticas análogas a la esclavitud están definidas en la *Convención Suplementaria de Naciones Unidas sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud* de 1956 (art. 1º) y comprende: la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, toda práctica en la que la mujer puede ser vendida o cedida sin derecho a oponerse o un niño menor de dieciocho años pueda ser entregado por sus padres o tutor mediante remuneración o sin ella para ser explotado por otra persona ⁸⁷.

2. Apartheid

La *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, firmada en Nueva York el 30 de noviembre de 1973 ha venido a llenar un vacío legal que tampoco puede considerarse originado en los procesos de Nüremberg y Tokio, puesto que la segregación condenada fue aquella de la minoría blanca respecto a la mayoría negra en Sudáfrica comenzó durante la Segunda Guerra Mundial. La Convención establece que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de *apartheid* y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial son crímenes que violan los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales (art. 1.1).

3. Violación. Violencia sexual. Embarazo forzado y esterilización forzada

La violación y la violencia sexual son dos crímenes que han sido enumerados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y aun cuando fueron prácticas horribles durante los conflictos armados internacionales y no internacionales, recién ahora han sido tipificadas en un instrumento convencional.

Sin embargo, en el caso *Akayesu* se reconoció que la violación era una forma de agresión parecida a la tortura que se propone la intimidación, degradación, discriminación, control y destrucción de la persona. El tribunal definió la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona bajo circunstancias coercitivas. La violencia sexual puede incluir o no la violación.

4. Deportación o traslado forzado de población

El traslado forzado de población fue admitido al fin de la Primera Guerra Mundial, ya que fue dispuesto por tratados ⁸⁸, para pasar a ser considerado crimen de guerra por los tribunales militares internacionales que actuaron a consecuencia de los ilícitos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial,

El *Estatuto del Tribunal Penal Internacional* de 1998 enumera las violaciones graves cometidas en gran escala durante conflictos internacionales y establece que no sólo es crimen de guerra el traslado de habitantes a un territorio ocupado ⁸⁹ sino también crimen de lesa humanidad. A tenor del art. 7º por deportación o traslado forzado de población se entiende el desplazamiento forzado de las personas afectadas por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.

Puede apreciarse asimismo que en el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, adoptado en 1996 por la Comisión de Derecho Internacional, y sometido a consideración de la Asamblea General (A/48/10), se ha incluido a la deportación arbitraria o el traslado forzado de población dentro de los “crímenes contra la humanidad” (art. 18, g), y a la transferencia o deportación ilegal de personas protegidas (art. 20, a, vii) y la transferencia por la Potencia Ocupante de su población civil al territorio ocupado (art. 20, c, i) en violación a las normas de derecho internacional humanitario, como “crímenes de guerra”. Además, trátase de crímenes contra la humanidad o de guerra la responsabilidad de los individuos no excluye la responsabilidad internacional de los Estados conforme al derecho internacional (art. 4º) ⁹⁰.

Si bien no han sido tratados por jurisprudencia nacional, estas violaciones graves de los derechos humanos han recibido la condena en el ámbito internacional, principalmente por las Naciones Unidas. Así, son numerosas las resoluciones aprobadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad respecto al *pueblo palestino* por parte de Israel ⁹¹. Por otra parte, la intervención de Turquía en los asuntos internos de *Chipre* que culminó con el desembarco de tropas turcas en 1974 se pretendió justificar en consideraciones humanitarias ⁹². A partir de ese año, Turquía inició una política de traslado y deportación de población grecochipriota, que fue denunciada por Chipre ante la Comisión Europea de Derechos Humanos ⁹³ y condenada por la Asamblea General (resoluciones 3395 (XXX) de 1975, 34/30 de 1979, 37/253 de 1983) y por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (resolución 4 (XXXII) de 1975).

No obstante esta preocupación internacional para la época no había una clara distinción de este crimen contra la humanidad respecto de los crímenes de guerra y del genocidio, a tal punto que la Asamblea General de las Naciones Unidas en las resoluciones 46/242, 47/80 y 47/121 del 25 de agosto, del 16 de diciembre y 18 de diciembre de 1992, respectivamente, hizo referencia a la “limpieza étnica” llevada a cabo en el territorio de Bosnia-Herzegovina como una grave y seria violación del derecho internacional humanitario, calificando a las expulsiones masivas de población civil como una “forma de genocidio”. Seguramente porque cuando se da en el contexto de una persecución por motivos étnicos, religiosos o raciales, buscando la destrucción del grupo, sería subsumida por la categoría genocidio.

En 1998, la brutal represión y persecución de la población de la provincia serbia de *Kosovo* ⁹⁴, orquestada por el presidente Milosevic, determinó la intervención del Consejo de Seguridad (resoluciones N^{ros} 1160 de 31 de marzo, 1199 de 23 de setiembre y 1203 de 24 de octubre), que actuando bajo el Capítulo VII de la Carta y afirmando la integridad territorial y la independencia política de la República Federativa de Yugoslavia, decidió prohibir la venta de armamento de cualquier tipo a las partes en conflicto, se mostró profundamente preocupado por el desplazamiento forzado de personas en Kosovo y las frecuentes violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y afirmó que la situación no resuelta constituía una “amenaza a la paz y seguridad” en la región. También decidió establecer un tribunal internacional con el propósito de enjuiciar a las personas responsables de serias violaciones al derecho internacional humanitario ⁹⁵. Para 2001 el ex presidente yugoslavo Milosevic había sido detenido y al año siguiente se inició su juzgamiento en la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia por los crímenes de lesa humanidad y entre ellos la deportación forzosa de población ⁹⁶.

Más adelante, las atrocidades cometidas en *Darfur* (Sudán) llevó a la intervención de las Naciones Unidas y a la de la Corte Penal Internacional. Así, un informe elaborado por indicación del Consejo de Seguridad da cuenta de la deliberada destrucción de los medios de supervivencia con la finalidad de provocar desplazamientos forzados de población ⁹⁷ y además aclara que para distinguir esta categoría de crimen de los crímenes de guerra es preciso investigar si se trata de actos aislados o esporádicos o bien de una práctica sistemática contra una población civil ⁹⁸.

Si bien nuestra Corte no tuvo oportunidad de entender en este crimen, durante el pasado proceso militar muchos argentinos debieron autoexiliarse en otros países. Estos hechos entrarían en el crimen de persecución y no en la modalidad deportación de población, ya que no hubo intención en expulsar parte de habitantes, cosa que sí ocurrió con los decretos N^o 81 de 1973 y N^o 788 de 1978 que legalizaron la expulsión o “exilio administrativo” en Chile ⁹⁹.

Conclusión

Atento el modo en que el derecho internacional se ha ido desarrollando respecto de esta importante temática, creemos que corresponde felicitar a quienes han promovido el reconocimiento de normas que prevengan y sancionen las violaciones graves de los derechos humanos, especialmente su codificación en tratados, y a quienes -a través de su poder jurisdiccional- se han animado a no dejar sin satisfacer los justos reclamos de las víctimas de crímenes de lesa humanidad, no importando cuál ha sido el lugar, el tiempo o las personas involucradas.

NOTAS

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Docente de Derecho Internacional Público. Miembro del IDIPDI.

¹ En el voto disidente del juez Li para el asunto *Erdemovic*, miembro del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, reitera los razonamientos de Schwelb al comentar que la palabra humanidad tiene dos diferentes significados, el primero relativo a la raza humana o humanidad, y otro referido a la humanidad como una cierta cualidad de comportamiento. En la Carta de las Naciones Unidas y en otros documentos básicos la palabra humanidad tendría este último sentido. El crimen contra la humanidad es una violación de ciertos principios generales del derecho, los cuales, en ciertas circunstancias y por sus repercusiones más allá de las fronteras internacionales o por su magnitud o salvajismo, traspasa cualquier límite de lo que es tolerable por una civilización moderna (párrafo 26).

² Para la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas cuando se habla de violación grave en derecho internacional se hace referencia a la magnitud de la violación, ya que podrían existir formas menos graves de violación de normas imperativas. Agrega que en la esfera de los derechos humanos cuando se trate de violaciones sistemáticas no se aplicaría la regla del agotamiento de los recursos internos.

³ Respecto de la violación sistemática, la Comisión de Derecho Internacional entiende que se caracteriza por realizarse de manera organizada y deliberada.

⁴ Documento ICC/ASP/1/3. Correspondiente a la Parte II (B) del Reporte de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su Primera Sesión (3-10 de septiembre de 2002).

⁵ Informe de 10 de diciembre de 1997 de la Cruz Roja Internacional. *El régimen de consentimiento del Estado contra la jurisdicción universal. Crímenes de guerra-Crímenes contra la humanidad-Crimen de genocidio*.

⁶ “El crimen de genocidio comenzó siendo una clase de crimen contra la humanidad, pero ahora puede ser considerado un crimen separado -el mismo constituye una categoría- por la específica intención requerida”. Conf. FRULLI, M., “Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?”, *European Journal of International Law*, vol. 12, Nº 2, 329-350.

⁷ SAUTENET, V., “Crimes Against Humanity And The Principles Of Legality: What Could the Potential Offender Expect?”, Universidad de Essex, *E Law. Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 7, Nº 1, marzo 2000.

⁸ En el Preámbulo de las convenciones de La Haya sobre la guerra terrestre de 1899 y 1907 se aludía al principio del derecho de gentes que resulta de los usos establecidos por las naciones y de las exigencias de la conciencia pública.

⁹ De SAYAS, A., “Memorandum on The Genocide against the Armenians 1915-1923 and the application of the 1948 Genocide Convention”, *American News Network*. La represión del crimen de genocidio -llamado exterminación, asesinatos masivos o masacres- como la obligación de indemnización a las víctimas, fue considerada por los aliados en la Primera Guerra Mundial e incluida en el texto del Tratado de Sèvres del 10 de agosto de 1920 entre los aliados y el Imperio Otomano. Este tratado preveía no sólo la persecución de los oficiales turcos por crímenes de guerra sino también los crímenes cometidos contra población civil de Turquía de diferente origen étnico, en particular armenios, crímenes que hoy entran dentro del concepto de genocidio o de crímenes contra la humanidad.

¹⁰ Estados Unidos se opuso al procesamiento de los militares turcos argumentando que el crimen de genocidio no existía conforme al derecho internacional positivo. Como el Tratado de Sèvres (1923) no fue ratificado y en su lugar se aprobó el de Lausana (1927) que amnistió a los turcos, quedaron sin castigar tales ilícitos.

¹¹ “Crimes against humanity have existed in customary international law for over half a century and are also evidenced in prosecutions before some national courts. The most notable of these trials include those of Paul Touvier, Klaus Barbie, and Maurice Papon in France, and Imre Finta in Canada. But crimes against humanity are also deemed to be part of jus cogens-the highest standing in international legal norms”. BASSIOUNI, Ch. *Crimes Against Humanity*. Crimes of War Project. The Book.

¹² HUHLE, Rainer, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, “De Nuremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Internacional de Nuremberg”, *Revista Análisis Político*, Nº 55, septiembre-diciembre, 2005, Bogotá, p. 24.

¹³ Sumarios legislativos. LS-360E-Bill C-19-Crimes against Humanity and War Crimes Act., 5 April 2000 Revised 15 June 2000.

¹⁴ HUHLE, Rainer, *ibid.*, p. 23.

¹⁵ Vide en general *The Avalon Project at Yale Law School. Nuremberg Trial Proceedings* (www.yale.edu/lawweb/avalon/wwii).

¹⁶ El tribunal militar norteamericano sostuvo que “el crimen contra la humanidad es el producto del Estatuto o del derecho consuetudinario, o, como creemos en ambos, nosotros encontramos que no es injusto juzgar a personas por tales crímenes. Ellos conocían que tales actos estaban equivocados y sancionados cuando los cometieron”. En el caso *List* sostuvo que los crímenes definidos en la ley Nº 10 “eran crímenes bajo reglas de derecho internacional preexistentes, algunas convencionales y otras de derecho consuetudinario”.

¹⁷ En la sentencia de la Corte de Jerusalén (Asunto Criminal Nº 40/61) consta la referencia a la ley israelí que otorgaba competencia temporal y material al tribunal en los siguientes términos: “At the outset, we must state the reasons for our Decision (No. 3 given on 17 April 1961, Session 6) relating to our jurisdiction to try this case. It is the duty of the Court to examine its competence ex officio even without the question having been raised by the Accused; indeed, even if the Accused had consented to be tried by this Court, we would not have been entitled to try him unless the law empowers us so to do. The law which confers on us jurisdiction to try the Accused in this case is the Nazi and Nazi Collaborators (Punishment) Law 5710-1950 (hereinafter referred to, for short, as “the Israeli Law”, “the Law in question” or “the Law”). Section 1(a) of the Law provides: “A person who has committed one of the following offences (1) during the period of the Nazi regime in a hostile country, carried out an act constituting a crime against the Jewish People; (2) during the period of the Nazi regime, carried out an act constituting a crime against humanity, in a hostile country; (3) during the period of the Second World War, carried out an act constituting a war crime, in a hostile country; is liable to the death penalty.” The three above-mentioned classes of crimes - crime against the Jewish People, crime against humanity, war crime - are defined in Section 1(b) (see infra)”(pár. 4).

¹⁸ Sumario 19/1997, Rollo de Sala 139/1997. Juzgado de Instrucción N° 5. Sentencia N° 16/2005 del 19 de abril de 2005.

¹⁹ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Australia: “Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another” (1991). HCA 32, (1991) 172. CLR 501 F.C. 91/026 (14 de agosto 1991), párrafos 69 y 70.

²⁰ En el párrafo N° 28 de su voto individual expresa “Y, además que estos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en tal art. 118 sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos).

²¹ “Art. 2°.- El sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente. Las conductas descritas en los artículos 6°, 7°, 8° y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé. Toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a “crímenes” debe entenderse como “delitos”. Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación Argentina (mayo 2004).

²² Por ejemplo, en Estados Unidos antes y durante la Guerra de la Secesión; en Brasil hasta fines del siglo XIX.

²³ Fernández Pons sostiene que del examen de la jurisprudencia se han podido identificar tres respuestas al principio *nullum crime sine lege*: 1) la negación de la vigencia del principio en la incriminación internacional del individuo; 2) la afirmación del principio y la justificación de su vulneración mediante una ponderación de ciertos valores o intereses, y 3) la adaptación del principio a las particulares formas de creación de las normas internacionales. FERNÁNDEZ PONS, X., “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.

²⁴ En el Commonwealth se adoptó una recomendación -elaborada por la British Commonwealth Relations Office- mediante la que se proponía que a partir del 31 de agosto de 1948 no se iniciaran más juicios por crímenes perpetrados por nacionales alemanes durante la Segunda Guerra Mundial. Esta política fue seguida por Gran Bretaña, Canadá, Estados Unidos y Australia.

²⁵ En el documento de trabajo presentado en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas durante 1993 se reconoció “la ausencia de criterios precisos para decidir qué tipo de violaciones de los derechos humanos se deben considerar crímenes internacionales” (Documento E/CN.4/Sub.2/1993/10 de 11 de agosto de 1993. *Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales*).

²⁶ “Es verdad que dicha calificación sirvió, pero afirmamos que sigue sirviendo, como punto de conexión o requisito habilitante de la actuación de la jurisdicción española desde la perspectiva meramente interna, es decir de los previstos en el art. 23 de la LOPJ, necesarios según el orden interno español para la actuación de la jurisdicción española. Nos referimos a que los hechos serían susceptibles también de ser considerados incursos dentro de ese concepto amplio o social de genocidio, ya superado por la más precisa y acorde con el derecho internacional actual, pero todavía desplegando vigencia en el momento actual como derecho penal anteriormente existente, no obstante preferirse ahora por el Tribunal, desde un perspectiva estrictamente penal, calificarlos como crimen de lesa humanidad según el Código Penal en su redacción vigente”.

²⁷ La ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado de Uruguay N° 15.848.

²⁸ En Francia en el asunto “Javor et autres c/ X” (1994), Senegal frente a la denuncia presentada contra el ex presidente de Chad *Hissène Habré* (2000), en Bélgica respecto a las denuncias contra Sharon y Bush. En la denuncia en Bélgica al premier israelí Sharon por las masacres de Sabra y Chatila (1982), la Cámara de Casación belga declaró en 2003 que la acusación era inadmisibles por su calidad de jefe de Estado y además porque la ley del 23 de abril de 2003 que admitía la jurisdicción universal había sido derogada. En el asunto *Bush y otros dirigentes americanos* presentada en marzo de 2003 por violaciones a las Convenciones de Ginebra durante la Guerra del Golfo en 1991 se consideró un hecho que era anterior a la ley de 2003 y estos acuerdos sólo autorizaban la persecución de infracciones ocurridas en el territorio de los estados contratantes.

²⁹ Por ejemplo, el pedido de arresto solicitado respecto al presidente de Sudán Mugabe presente durante 2000 en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sustentable realizada en Johannesburgo (República Sudafricana).

³⁰ “*In light of the unanimous view of these authoritative voices, it would be unthinkable to conclude other than that acts of official torture violate customary international law. And while not all customary international law carries with it the force of a jus cogens norm, the prohibition against official torture has attained that status. In CUSCLIN, 859 F.2d at 941 -42, the D.C. Circuit announced that torture is one of a handful of acts that constitute violations of jus cogens. In Filartiga, though the court was not explicitly considering jus cogens, Judge Kaufman’s survey of the universal condemnation of torture provides much support for the view that torture violates jus cogens. Other authorities have also recognized that official torture is prohibited by customary international law. In Forti v. Suárez-Mason, 672 F.Supp. 1531, 1541 (N.D.Cal. 1987), a suit predicated on atrocities committed by the same Argentine military government alleged to be responsible for the torture of Jose Siderman, the district court held that “official torture constitutes a cognizable violation of the law of nations,” and described the prohibition against official torture as “universal, obligatory, and definable. Similarly, in Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774, 781 (D.C.Cir. 1984) (opinion of Edwards, J.), cert. denied, 470 U.S. 1003, 105 S.Ct. 1354, 84 L.Ed.2d 377 (1985), which involved an action against the Palestine Liberation Organization for its acts of terrorism, Judge Edwards identified torture as a violation of customary international law. Judge Bork, although raising considerable opposition to the application of customary international law in U.S. courts, see id. at 801-19 (opinion of Bork, J.), at the same time conceded that the international law prohibition against torture is not disputed” (Siderman de Blake v. Republic of Argentina. U.S. 9th Circuit Court of Appeals, 965 F.2d. 699 (9th Circ.1992).*

³¹ La sala de acusación de la Audiencia Territorial de Nimes había declarado la incompetencia del juez de instrucción por entender que eran actos de genocidio perpetrados en el extranjero por extranjeros. El Tribunal Supremo francés anuló la decisión en 1998 al considerar que los actos también podían considerarse como crímenes de tortura.

³² *Vide en general*: BECERRA RAMÍREZ, M., “Caso Cavallo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, ps. 5585-626.

³³ Klaus Barbie fue jefe de la Gestapo en Lyon (Francia) desde 1942 a 1944. Al finalizar la guerra huyó y es recién en 1982 cuando el gobierno francés solicita la extradición a Bolivia, lugar donde él se había refugiado. Concedida la extradición en 1983 es juzgado por una Corte de Casación definiendo los elementos principales: persecución, gravedad, intención, masividad, medios. En la primera instancia los crímenes contra la humanidad tratados fueron aquellos cometidos respecto de los judíos y no sobre los miembros de la Resistencia francesa

³⁴ Desde un punto de vista cuantitativo han ocurrido muchas y gravísimas violaciones de los derechos humanos a partir de 1945 que hoy constituirían crímenes contra la humanidad, quedando muchas por perseguir o que por diversas razones no han querido ser juzgados. Por ejemplo, los cometidos en Argelia (1954 y 1963), Burundi (1959 y 1962), Etiopía (1945 y 1974), Nigeria (1966 y 1970), Angola (1961 a 1962), Nepal (1966), Indonesia (1965 y 1966), China, Vietnam, Laos (1960), Timor Oriental (1965 y 2000), Israel (1987, 1993, 2000, 2006), Turquía (1984), México (2001), Tíbet (1990), Afganistán (1978, 1996, 2001).

³⁵ Por ejemplo, España y Bélgica cuentan con leyes que garantizan la inmunidad del rey de manera absoluta, tanto por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones como fuera de ellas. Considerando que los crímenes de lesa humanidad son planificados y ejecutados desde el gobierno, es elocuente la incompatibilidad entre la legislación interna y las normas internacionales, entre ellas el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

³⁶ En 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid* (resolución 3068 XXVIII), cuyo art. 1º dispone: Los Estados Partes en la presente Convención declaran que el *apartheid* es un crimen de lesa humanidad y que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de *apartheid* y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial que se definen en el artículo II de la presente Convención son crímenes que violan los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales. Los Estados Partes en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*.

³⁷ En un trabajo de investigación realizado dentro del Programa de Transición y Reconciliación del Centro para el Estudio de la Violencia y la Reconciliación de la República Sudafricana (VALLE, Nahla, “Proreconciliación y reparación”, publicado en *Vanguardia Dossier*, “Potencias emergentes: China, India, Brasil y Sudáfrica”, N° 12, julio/setiembre 2004) se expresa: “La Comisión para la Verdad y la Reconciliación (CVR) vio la luz según la Ley para la Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación de 1995 y se le encomendó investigar y consignar los incidentes de graves violaciones de los derechos humanos registrados entre 1960 y las primeras elecciones democráticas en 1994, hallándose facultada para conceder un indulto a sus responsables y elevar determinadas recomendaciones sobre la cuestión de las indemnizaciones. A este fin, la Comisión constaba de tres comités independientes: el Comité de Violaciones de los Derechos Humanos; el Comité de Amnistía y el Comité de Reparaciones y Rehabilitaciones. El trabajo de estos tres comités, sus conclusiones y recomendaciones, culminaron en un informe final de siete volúmenes que ha alentado una nueva y plena trayectoria histórica para el país”. “Hasta la fecha, la CVR parece haberse interesado escasamente en las necesidades de las víctimas. Los autores de la violencia del pasado andan sueltos; algunos incluso ocupan posiciones en las nuevas fuerzas armadas y de seguridad. El gobierno parece ahora reticente a instar más procesos y abundan los rumores sobre otra ronda de indultos. De parte de los supervivientes del *apartheid*, la falta de disposición para aplicar una política de redistribución concertada o para proponer reparaciones de amplio alcance susceptibles de abrazar a todos los sectores de la sociedad, ha significado que en gran medida se ha considerado a la CVR como un ejercicio de actitud benevolente para con los perpetradores de aquellos actos, permitiendo a sus autores irse a casa: a sus grandes mansiones de las áreas residenciales mientras sus víctimas se encuentran casi con las manos vacías y siguen en el paro, las privaciones y la precariedad”.

³⁸ En un trabajo jurídico referido al fallo Arancibia, Gelli opina que “*la interpretación del alcance del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional -en punto a la norma que prevalece y es superior en el derecho- lo cierto es que la sentencia en “Arancibia Clavel” resulta, además, inquietante por dos motivos. En primer lugar por la amplitud del poder de los jueces que supone -si la regla de la vigencia del derecho de gentes o constitucional consuetudinario se extiende- serán los magistrados judiciales quienes deberán descubrir el alcance, contenido y compatibilidad de tal derecho, nada menos que en materia tan sensible como la penal, pero no sólo en ella. En segundo término, por la caracterización hasta ahora laxa de los delitos de lesa humanidad y la eventual necesidad de subsumirlos en tipos penales nacionales para encontrar en éstos, la sanción pertinente. Como puede apreciarse, los bordes del poder de los jueces se tornan difusos, en una cuestión tan sensible como lo es la de las garantías en materia penal -y por ello mismo permeable a influencias o idearios cambiantes- y en una circunstancia histórica donde aún permanece inconclusa la transición judicial en la República Argentina”*. GELLI, M., “El alcance de la irretroactividad penal y las fuentes del ordenamiento jurídico en el caso “Arancibia Clavel””, L.L., 10/11/2004, p. 8.

³⁹ En el párrafo 26 la Corte afirma: “Que, en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como actos de terrorismo puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia delitos de lesa humanidad”.

⁴⁰ En su voto, el Dr Fayt aclara: “Sobre la cuestión cabe destacar que en el Documento de Trabajo para un ‘Instrumento Internacional Jurídicamente vinculante sobre desapariciones forzadas’ de las Naciones Unidas -Ginebra 4 al 8 de octubre de 2004- se ha propuesto que en su Preámbulo se establezca que la desaparición forzada constituye un delito y, en determinadas circunstancias, un crimen contra la humanidad (ver así también la proposición de la presidencia de fecha 6 de febrero de 2005)”.

⁴¹ Luo Gan es un alto funcionario chino, quien habría cometido genocidio y tortura sobre los miembros del grupo religioso Falun Dafa, y fue denunciado por éstos ante la justicia argentina cuando, en diciembre de 2005, visitó nuestro país invitado por el gobierno nacional.

⁴² Véase, en general, Revista de la Cruz Roja Internacional, y en particular, el informe de 10 de diciembre de 1997 sobre “Régimen de consentimiento del Estado contra la jurisdicción universal. Crímenes de guerra. Crímenes de lesa humanidad. Crimen de genocidio”.

⁴³ “*Crimes against humanity have existed in customary international law for over half a century and are also evidenced in prosecutions before some national courts. The most notable of these trials include those of Paul Touvier, Klaus Barbie, and Maurice Papon in France, and Imre Finta in Canada*”. Conf. BASSOUNI, Ch., *Crimes Against Humanity*, Crimes of War Project. The Book.

⁴⁴ Decision on the Defense Motion on Jurisdiction, párrafo 76.

⁴⁵ Los actos de violencia sexual fueron ignorados por los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

⁴⁶ Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá) en el caso Finta (10/5/1989, I.L.R., 82, 438 ss.).

⁴⁷ “Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another” (1991). High Court of Australia 32: 1991, 172, CLR 501 F.C. 91/026 (14 august 1991).

⁴⁸ En el caso *Barbie* se ha dicho: a) esta inculpación pertenece a “un orden represivo internacional al que le es fundamentalmente ajena la noción de frontera”, b) la adhesión de Francia a este orden represivo, c) la consagración, por la resolución

de 13/II/1946 de la Asamblea General de la O.N.U., de la definición de crímenes contra la Humanidad que figura en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, d) la recomendación de las NN.UU. a los Estados, en esta resolución, de perseguir o extraditar a los autores de tales crímenes, e) la conformidad de tales textos con los arts. 15.2. del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 (y al art. 7.2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre), que afirman que el principio de irretroactividad de las leyes penales no se opone a la persecución y condena de personas por hechos reputados como “criminales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de las naciones”.

⁴⁹ En el caso *Arancibia Clavel* sostiene que la doctrina y la práctica han calificado muchas veces a las desapariciones como un delito contra la humanidad. En el párrafo 13 afirma: “para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había obligado el Estado argentino desde el comienzo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra”.

⁵⁰ Vide en general: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, N° 47. *El ius cogens internacional. Estudio histórico crítico*. GÓMEZ ROBLEDO, A., cuidado de la edición, formación en computadora y elaboración de formato PDF: Aurora Jiménez Jardín, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Este jurista comenta que en proyectos relativos a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados se incluían el tráfico y trata de blancas; la piratería y la guerra de agresión. Afirma que Estados Unidos pretendía que las normas *ius cogens* fueran las reconocidas por los principales sistemas jurídicos nacionales y regionales.

⁵¹ “*The presumed “conscience of mankind” was certainly not the conscience of the accused or their accomplices, who might number in the millions. And who would be its lawmakers? Would “common-law crimes,” crimes defined by judges after the fact and not by legislators before the fact, be revived? Appeals to supposed precedents, like “piracy” and the international traffic in slaves foundered on the rocks of fact; on closer examination, although judicial and scholarly dicta were common, real cases supporting universal conscience simply did not exist. Worse, assertions of “universal jurisdiction,” the notion that any state’s tribunal could try any foreigner for his or her acts outside the normal legal reach of the tribunal’s state’s legal process, foundered on the same rocks*” (conf. RUBIN, A., “Action Popularize, Jus Cogens and Offenses Ergo Omnes?”, *New England Law Review*, vol. 35, p. 266).

⁵² Vinuesa critica esta afirmación pues entiende que no define cuál es el contenido de la norma de *ius cogens* que invocó para calificar los hechos imputados como delitos contra la humanidad. VINUESA, R., “La aplicación del Derecho Internacional Humanitario por los tribunales nacionales: La extradición de criminales de guerra (A propósito del caso Priebke, Erich s/solicitud de Extradición. Causa nro. 1663/1994)”, *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* N° 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador). LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2005, ps. 311 a 347.

⁵³ Párrafo 28.

⁵⁴ Voto del Dr. Maqueda: “Que esta doctrina relacionada con obligaciones internacionales de un rango superior que prevalecen sobre las normas legales nacionales existía ya antes de la Segunda Guerra Mundial y posteriormente recibió el apoyo de diversos publicistas de derecho internacional en el sentido de que la prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho (párr. 48)”. Párrafos más adelante sostiene: “Que, de acuerdo con lo expresado, las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrante la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos. Es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precitados un orden normativo -formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional- que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes (párr. 57).

⁵⁵ El informe de la Comisión de Derecho Internacional titulado *Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general*, aclara que en el caso del genocidio y de la tortura el carácter imperativo de la prohibición está confirmado por diversas decisiones de tribunales nacionales e internacionales, pero en ningún momento expresa que la naturaleza imperativa de la norma se haya originado en estas jurisdicciones.

⁵⁶ BASSIOUNI, Ch., “International Crimes: Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes”, cited: 59 *Law & Contemp. Probs.* 63 (Autumn 1996), p. 63.

⁵⁷ En la sentencia del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia recaída en el asunto *Erdemovic* se aclaró que la gravedad está dada por su naturaleza.

⁵⁸ En el documento sobre los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se aclara que no es necesario que el ataque sea militar, ni tampoco que el acusado conozca todos sus detalles.

⁵⁹ ARONEANU, E. (compilador), *Inside the Concentration Camps: Eyewitness Accounts of Life in Hitler’s Death Camps*, Westport, 1996, p. 11. “Traditionally, we have been inclined to think of crimes against humanity as crimes against common law. It would follow, then, that the world would have no reason to be alarmed since every nation has its penal code. If that were so, then Nazi Germany, which also had its penal code, would not have committed all these crimes. And if that were the case, then such a limited number of hangmen could never have executed such an enormous number of victims. If that were really so, then the German public authority would have been sufficient to end these shameful deeds without first requiring the invasion of the Allies. Crimes against humanity are only vaguely related to crimes against common law. As long as society is subordinate to common law, the victim always retains the possibility of seeking help from public authority. In the case of crimes against humanity, those concerned stand there completely powerless. No one interferes, not the police, not the mayor, not anybody. Public authorities are no longer able to provide protection to those who innocently come in conflict with the penal code. And that’s not the only thing. Because public authorities don’t see to it that common law is respected, they become accomplices in the crimes against humanity through their participation in the arrest of the victims. Put it goes even farther than that. The railroad transports the victims, civil servants execute the laws, the press stirs up hatred in the people, manufacturers build gas chambers and ovens, doctors exceed their authority, the pharmaceutical companies test their medications on prisoners, the financing of the whole nefarious business is assured”.

⁶⁰ ICTR Trial Chamber), May 21, 1999 “[T]he targeted population must be predominantly civilian in nature but the presence of certain non-civilians in their midst does not change the character of that population” (párr. 128).

⁶¹ “Aussi, comme elle l’a déjà déclaré, la Chambre considère que le crime de génocide constitue le crime des crimes et décidera de la peine en conséquence. S’agissant du crime contre l’humanité, la Chambre considère, comme l’ont fait avant elle d’autres juridictions, qu’il est particulièrement choquant pour la conscience humaine puisqu’il caractérise des actes inhumains commis sur une base discriminatoire à l’encontre de populations civiles”.

⁶² En el caso *Pinochet* la justicia española sostuvo que si bien la Convención sobre Genocidio no contenía expresamente a la persecución y matanza de personas opositoras políticas al gobierno, tampoco excluía conductas tales como la detención ilegal seguida de asesinato o desaparición, las que en definitiva formaban el genocidio. Otra fue la opinión de la Cámara de los Lores pues entendió que sólo podía perseguirse el crimen de tortura.

⁶³ “La delegación francesa presentó un Proyecto de Convención sobre el Genocidio ante la Sexta Comisión: El crimen contra la humanidad, denominado genocidio, es un ataque a la vida que apunta a un grupo humano o a un individuo en tanto que miembro de un grupo humano, principalmente por el hecho de su nacionalidad, raza, religión u opiniones. Que es cometido, favorecido o tolerado por los gobernantes de un Estado. Es perpetrado y se reprime en tiempos de guerra o de paz. Sus autores o cómplices, gobernantes o ejecutantes, deben de responder ante la justicia internacional” (conf. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, “El crimen de genocidio en derecho internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie*, año XXXV, N° 105, setiembre-diciembre 2002. Formato pdf, disponible en www.juridica.unam.mx/publica/rev/boletin105).

⁶⁴ “Zolfagharkhani v. Canadá” A-520-91. Fereidoon Zolfagharkhani (*Appellant*) v. The Minister of Employment and Immigration (*Respondent*) Indexed as: Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Décary J.J.A., Vancouver, May 20; Ottawa, June 15, 1993.

⁶⁵ Asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia). C.I.J., fallo N°91, Excepciones preliminares, 11 de julio de 1996, p. 13 q).

⁶⁶ Al respecto se indicó que una tribu constituye una división territorial de poblaciones basada en la creencia de que ellos descienden de un antecesor, existe una jefatura y ellos se llaman por un nombre y hablan una misma lengua.

⁶⁷ Asuntos Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, (ICTR Trial Chamber), December 3, 2003, para. 1061; Kayishema y Ruzindana, (ICTR Trial Chamber), May 21, 1999, nota 8 to para. 645 and para. 144; Krstic, (ICTY Trial Chamber), August 2, 2001, para. 500; Vasiljevic, (ICTY Trial Chamber), November 29, 2002, para. 228-229

⁶⁸ “Que el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la jefatura de policía alemana, de entre los trescientos treinta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configura *prima facie* delito de genocidio. Ello así, sin mengua, de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio” (párrafo 2).

⁶⁹ V.gr., la Asamblea General de la O.E.A. aprobó una resolución que reconoció la desaparición forzada de personas recién en 1983 (AG/Res.666- XIII-0/83 de 17 de noviembre de 1983); mediante la resolución (84) 828 de 26 de septiembre de 1984 el Consejo de Europa promovió la aprobación de una declaración en las Naciones Unidas que la declarara crimen contra la humanidad; la Declaración de Naciones Unidas establece que constituye un crimen contra la humanidad.

⁷⁰ En el asunto *Velázquez Rodríguez*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que aun cuando no hubiera existido un texto convencional, la doctrina y práctica internacionales habían calificado muchas veces a las desapariciones forzadas como un delito contra la humanidad.

⁷¹ Case of Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876 1980.

⁷² Por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas informó que entre 1988 y 1990, Irak ejecutó a miles de civiles kurdos y había 182 mil personas desaparecidas (E/CN.4/1993/45 de 19 de febrero de 1993).

⁷³ Informe de la CDI año 2000.

⁷⁴ “S’appuyant sur la jurisprudence de la Cour, la Commission a estimé que l’article 2 imposait aux autorités de l’Etat défendeur l’obligation positive de mener une enquête effective sur les circonstances dans lesquelles étaient survenues les disparitions. De plus, cette obligation revêtait un caractère continu puisqu’il se pouvait que les disparus eussent trouvé la mort du fait de crimes imprescriptibles (par.127). A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu’il y a eu violation continue de l’article 2 en ce que les autorités de l’Etat défendeur n’ont pas mené d’enquête effective visant à faire la lumière sur le sort des Chypriotes grecs qui ont disparu dans des circonstances mettant leur vie en danger, et sur le lieu où ils se trouvaient (136)”. *Affaire Chypre c. Turquie*. (Requête n° 25781/94), Corte Europea de Derechos Humanos, 10 de mayo de 2001.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Blake*. Excepciones preliminares. Sentencia del 2/6/1996.

⁷⁶ E/CN.4/2005/WG.22/CRP.2/. Rev.1.9 de febrero de 2005.

⁷⁷ En mayo del 2000 la prisión de Jiam (Líbano) fue clausurada y los últimos 144 reclusos quedaron en libertad. En esta especie de centro penitenciario, dirigido por la milicia del Ejército del Sur del Líbano en colaboración con el ejército israelí, los detenidos sufrían torturas sistemáticas.

⁷⁸ En Estados Unidos existe legislación específica sobre este delito: 502B of the U.S. Foreign Assistance Act of 1961/27. Esta norma establece que un consistente patrón de graves violaciones de derechos humanos internacionalmente reconocidos incluye la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes o la sanción, la detención prolongada sin cargos y la flagrante denegación del derecho a la vida, libertad o la seguridad de la persona.

⁷⁹ Tribunal de Apelaciones de Amsterdam del 20 de noviembre del 2000, núms. R 97/163/12 y R 97/176/12. Citado por Amnistía Internacional en el artículo *El delito de tortura y delitos conexos comprendidos en el derecho internacional. Acabar con la impunidad. Justicia para las víctimas de tortura*.

⁸⁰ Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Fiscal c. Anto Furundzija Prosecutor v. Furundzija*, Judgment, Expediente N° IT-95-17/1-T 10 párrafo 155.

⁸¹ Joel Filartiga, opositor a Stroessner -quien gobernó Paraguay desde 1954- demandó al inspector general de policía paraguayo ante un tribunal neoyorquino por los delitos de tortura y posterior muerte de su hijo en venganza por las actividades políticas de su padre. Más allá de tratarse de un caso civil, este precedente, junto a otros posteriores que ratificaron lo sostenido en “Filartiga”, es valioso, dado que la jurisdicción se acepta por parte de la justicia norteamericana por tratarse crímenes de derecho internacional. “El tribunal aceptó su jurisdicción expresando que se trataba de su interpretación del moderno derecho internacional.

Sostuvo que materias que antes se consideraban como de jurisdicción interna, pueden con el tiempo transformarse en nuevas reglas del derecho internacional consuetudinario. Así ha ocurrido -afirmó- con la tortura oficial, su prohibición es hoy parte de la costumbre internacional del mismo modo que la piratería y el tráfico de esclavos estaban prohibidos antiguamente". Agregó que "Los tribunales deben interpretar la ley internacional no como era en 1789, sino como ha evolucionado y existe hoy entre las naciones del mundo" y recordó que "la ley de las naciones puede deducirse consultando el trabajo de los juristas, que se refieren expresamente al derecho público o los usos y prácticas de las naciones; o las decisiones judiciales que establecen el derecho vigente" (Idem). El tribunal expresó que "... en esta era moderna el trato de los Estados a sus propios ciudadanos es un problema de preocupación internacional"; asimismo, manifestó que el "... fundamento constitucional de la ley de ilícitos contra extranjeros es el derecho de las naciones que ha sido siempre parte del *common law* federal" (Second Circuit recognized more than ten years ago in the landmark. Case of *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 1980).

⁸² *The Minister of Citizenship and Immigration (Applicant) v. Gholam Hassan Hajialikhani (Respondent) Indexed as: Canada (Minister of Citizenship and Immigration)v. Hajialikhani (T.D.)*. Trial Division, Reed J., Toronto, August 6; Vancouver, September 11, 1998.

⁸³ *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, Causa N° IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, párrafo 141.

⁸⁴ "20) Que en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos -desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros- cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1º, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar".

⁸⁵ En el asunto *Erdemovic* el Tribunal internacional no hizo lugar a la excusa de coacción planteada por el acusado y tan sólo consideró que podía ser un atenuante para la pena. Cassese criticó este razonamiento pues sostuvo que el derecho internacional general no excluye la defensa por coacción. Sin embargo, *Erdemovic* se había enrolado en el ejército cuando ya se venían produciendo los crímenes y eran conocidos públicamente.

⁸⁶ Este tema ha sido objeto de tratamiento en esta misma publicación por lo que no haremos referencia en particular.

⁸⁷ En 2005 se adoptó el primer fallo a nivel nacional de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (leyes 25632) conducta no tipificada en el código penal argentino, y el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

⁸⁸ El Tratado de Constantinopla de 1913, que puso fin a la guerra balcánica entre Bulgaria y Turquía, previó que los habitantes de los territorios cedidos por el Imperio Otomano a Bulgaria que optaran por la nacionalidad otomana debían abandonar los territorios cedidos (art. 7º); el Tratado de Atenas de 1913 entre Grecia y Turquía estableció que los habitantes de los territorios cedidos por Turquía a Grecia, que conservaran la nacionalidad otomana, debían emigrar al Imperio Otomano o al extranjero (art. 6º); el Tratado de Roma de 1939 dispuso que debían emigrar obligatoriamente hacia Alemania los habitantes del Alto Adigio que tuvieran la nacionalidad alemana, y podían hacerlo voluntariamente quienes eran de origen alemán. Dicho acuerdo tuvo por objeto poner fin a dificultades fronterizas y evitar la doble nacionalidad; los acuerdos del 17 de julio, del 2 de agosto y del 8 de agosto de 1945, suscritos durante la Conferencia de Potsdam, estipularon la partida de alemanes de Checoslovaquia hacia Alemania (3 millones); de alemanes de Posnania hacia Berlín; de alemanes de los territorios al Este del Oder y del Neisse hacia el interior de Alemania (9 a 12 millones); de minorías alemanas expulsadas de Polonia, Hungría, Rumania y Yugoslavia, etc..

⁸⁹ Israel se manifestó consternado por esta inclusión, por lo que no firmó el Estatuto.

⁹⁰ Quizás los antecedentes de los artículos citados resulten valiosos para interpretarlos, ya que en el comentario al art. 21 del primer texto del Proyecto de Código, aprobado en 1991 durante el 43º período de sesiones (A/46/10), la Comisión expresó que la deportación o traslado forzoso de poblaciones es un crimen que puede cometerse tanto en tiempo de conflicto armado como en épocas de paz; mientras que en el comentario al art. 22 del mismo Proyecto afirmó: "Es un crimen la instalación de colonos en un territorio ocupado y la modificación de la composición demográfica de un territorio ocupado". Varias razones han impulsado a incluir estos actos en este artículo. La instalación de colonos en un territorio ocupado constituye un abuso de poder particularmente grave, tanto más cuanto que tal acto puede importar la intención disimulada de anexar el territorio ocupado. Por otra parte, la modificación de la composición demográfica de un territorio ocupado le ha parecido a la Comisión que era de una gravedad que hacía recordar a la del genocidio (E/CN.4/Sub.2/1993/17, pár. 319, 320).

⁹¹ Resoluciones 2253 y 2254 de 1967 de la Asamblea General y 267 del 3 de julio de 1969 del Consejo de Seguridad, que calificaron de nulo el nuevo estatuto de la Ciudad de Jerusalén establecido por Israel; Resolución N° 242/1967 del Consejo de Seguridad, que condenó la adquisición de territorios por la fuerza y exigió a Israel el retiro de tropas y la solución del problema de los refugiados; Resolución N° 3236 de Asamblea General que reafirmó los derechos inalienables del pueblo palestino a la libre determinación; Resolución N° 446 de 1979 del Consejo de Seguridad que declaró que la práctica de Israel de constituir asentamientos en territorios palestinos y otros territorios árabes ocupados desde 1967 carecían de validez legal y le exhortó a desistir de adoptar medidas que afectasen la composición demográfica de la población de los territorios ocupados, incluso Jerusalén; Resolución N° 465 del 1 de mayo de 1980 del Consejo de Seguridad que insistió en la aplicación de la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949¹ e instó a todos los Estados a abstenerse de prestar cualquier ayuda que beneficiara la política de asentamientos de población israelí; Resolución 476 del 30 de junio de 1980 del Consejo de Seguridad, que calificó como nulas las medidas que habían alterado el carácter geográfico, demográfico e histórico de los territorios; Resolución 43/177 de la Asamblea General de 1988 que consideró necesario permitir al pueblo palestino que ejerza su soberanía sobre su territorio ocupado desde 1967; Resolución 697 de 1988 que condenó la deportación de palestinos de los territorios ocupados desde 1967; Resolución 799 del 18 de diciembre de 1992 del Consejo de Seguridad que condenó enérgicamente la deportación de cientos de civiles palestinos efectuada por Israel, la potencia ocupante, y expresó su oposición a toda deportación de esa índole por parte de Israel, etc.

⁹² Ante el Consejo de Seguridad el representante turco manifestó que “*cada vez que Turquía hizo uso de la fuerza en Chipre fue como respuesta a una amenaza para la vida de la comunidad turca, a la que Turquía tenía que defender*”. Conf. DÍAZ BARRADO, C., op. cit., p. 46.

⁹³ E/CN.4/Sub.2/1993/17, p. 282. La Comisión Europea de Derechos Humanos dijo que en el art. 1 de la “Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, “las Altas Partes Contratantes se obligaron a asegurar los derechos y libertades definidos en las Sección 1 a todas las personas bajo su jurisdicción. Contrariamente a lo alegado por el Estado demandado, la Comisión considera que el término no se limita o es equivalente al territorio nacional de la Alta Parte Contratante en cuestión. Según surge claramente del texto, particularmente en francés, y del objeto de este artículo, así como del propósito de la Convención en su conjunto, las Altas Partes Contratantes se encuentran obligadas a asegurar tales derechos y libertades a todas las personas bajo su autoridad efectiva y responsabilidad, ya sea que dicha autoridad sea ejercida dentro de su propio territorio o en el extranjero” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 38/99. Petición *Víctor Saldaño-Argentina*, 11 de marzo de 1999, párrafo 18).

⁹⁴ Sobre la problemática de Kosovo, véase, DRNAS DE CLÉMENT, Z., *La crisis de Kosovo sólo puede ser comprendida en el marco de la escisión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Cba., 1999.

⁹⁵ Resolución N° 827 de 1993.

⁹⁶ “*Trial Chambers have held in several judgements that deportation is defined as “ the forced displacement of persons by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, across a national border, without lawful grounds”. The crime of forcible transfer has been defined as a forced removal or displacement of people from one area to another which may take place within the same national borders*” (Decision on Motion for Judgement of Acquittal. 16 June 2004. Trial Chamber).

⁹⁷ Al tiempo del establecimiento de la Comisión de Encuesta (2004) había un millón de desplazados internos en Darfur y más de 200 mil refugiados en Chad.

⁹⁸ Informe de la Comisión Internacional de Encuesta sobre Darfur de las Naciones Unidas, Secretaría General (2005), requerido por resolución 1564 del Consejo de Seguridad de 18 de setiembre de 2004.

⁹⁹ LLAMBIAS-WOLF, “The Voluntary Repatriación Process of Chilean Exiles”. *International Migration*, vol. XXXI, 4, 1993, p. 579.

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de marzo de 2006