

UNO INTRODUCCIÓN AL DEBATE

Hace un tiempo, Luigi Ferrajoli me hizo reflexionar sobre la crisis actual del concepto “soberanía” al leer *“Derechos y Garantías -La ley del más débil”*- que editorial Trotta editó en 1999. Unos años antes, la CSJN nos introdujo en el instituto del “*Ius Cogens*” en la resolución de importantes precedentes que han constituido verdaderos “*leading case*” (Priebke, Simón, Arancibia Clavel, Lariz Iriondo, Von Wernich, entre otros).

En esa oportunidad, me limité a intentar desentrañar los novedosos conceptos que los Ministros de la CSJN vertían, en sus respectivos votos, en torno al “*Ius Cogens*”, en un ensayo que rectificaba la interpretación sobre la supremacía constitucional que había trazado oportunamente en *“La Interpretación Judicial de la Supremacía Constitucional”* (Editorial Juris, 2000).

En este nuevo texto *“El *Ius Cogens* y la Supremacía Constitucional”* (Editorial UNR, 2005), me entusiasmaba el contenido y las reflexiones vertidas por la nueva composición de la CSJN y “abría” una interpretación diferente en materia de fuentes, consagrando la tendencia que “otra” Corte había ensayado a partir de 1992.

Efectivamente: La CSJN al consultar en “*Ekmekdjian c/Sofovich*” (Fallos 315:1492) a la Corte Interamericana de Justicia y adherir a la interpretación que éste Tribunal Internacional adoptaba en torno al artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, abandonó la condición de “interprete final de la Constitución Nacional”, delegando en un tribunal internacional ese cometido.

El análisis que históricamente hicimos entorno al concepto “soberanía” devenía obsoleto, y era precisamente el instituto del *Ius Cogens* el que lo pone en crisis, dibujando un contexto internacional inédito que ha modificado sustancialmente la interpretación tradicional sobre la materia y los alcances del concepto “soberanía”.

Precisamente Ferrajoli (Obra citada, página 126), menciona tres aportes sobre “la idea” de soberanía:

La primera afecta al significado filosófico: “*Como categoría filosófico-jurídica, la soberanía es una construcción de matriz iusnaturalista que ha servido como base para la concepción positivista del Estado, desde la idea de soberanía como atributo del princeps hasta las concepciones jacobinas, organicistas y democráticas en los orígenes de la soberanía nacional, más tarde de la soberanía popular, y finalmente en las doctrinas ius publicistas decimonónicas del Estado-persona y de la soberanía como atributo o sinónimo del Estado.*”.

La segunda hace referencia a la historia, teórica y sobre todo práctica, de la idea de soberanía que afecta a dos procesos que han tenido una evolución paralela y sin embargo divergente: el de la soberanía interna, de su progresiva limitación y disolución simultánea a la formación de los Estados constitucionales y democráticos de derecho; y el de la soberanía externa, de su progresiva absolutización, que alcanza su apogeo en la primera mitad de este siglo con las dos guerras mundiales.

Por fin, la tercera afecta a la consistencia y legitimidad conceptual de la idea de soberanía desde el punto de vista de la teoría del derecho.

Esta última nos introduce precisamente en el análisis que queremos desarrollar: la crisis del concepto tradicional de soberanía como consecuencia del Derecho Penal Humanitario, de contenido convencional y consuetudinario.

En el ámbito del derecho internacional, el derecho de cada Estado, fundado en el principio de legalidad y en los postulados constitucionales como dogma infranqueable a cualquier disposición de jerarquía supra-constitucional, ha entrado en contradicción con las modernas cartas constitucionales internacionales y, en particular, con la *Carta* de la ONU de 1945 y con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948.

En un Estado de Derecho, la omisión de una decisión del poder político (que tiende por definición a satisfacer los intereses de las mayorías), provoca que la protección de los derechos de las minorías corresponda al poder judicial.

El proceso democrático abierto en 1983, incipiente e inmaduro, devino como consecuencia de la derrota en Malvinas y la presión internacional en materia de derechos humanos y no como consecuencia de un proceso de revolución triunfante. La Argentina democrática despertó legítimas y razonables expectativas de reparación. Sin embargo, las vacila-

ciones entre 1983/1989 y la claudicación entre 1989/1999 sumado a los decisivos de los tribunales de justicia, hicieron poco por reconocer y restablecer esos derechos.

Nuestra Corte Suprema de Justicia invocó en esos momentos el principio de legalidad (sustentado por las leyes de “obediencia debida” y “punto final”) y la seguridad jurídica.

Hasta 1992 la CSJN mantenía la postura “dualista” asimilando “Ley” a “Tratado”, desconociendo el alcance de la Convención de Viena. Ello, consecuencia del diseño de la Constitución histórica que se caracteriza por el *hermetismo normativo interno* y, desde una perspectiva externa, por la *impermeabilidad* frente al derecho internacional.

El texto constitucional histórico marca el desinterés del poder constituyente por el Derecho Internacional ligado a una época en que los conceptos “soberanía” y “autodeterminación” justifican una conducta introspectiva.

La pobreza normativa original era, de todas formas, la indispensable para que el Estado pudiera ratificar tratados internacionales cuyo contenido (generalmente comercial o de colaboración interestatal) no significaba la modificación de las estructuras internas ni la adecuación de estas a unas nuevas realidades internacionales, las que sólo se presentaron como medios de lograr la reinserción de nuestro país en la comunidad internacional.

“*Los redactores del texto constitucional se inspiraron en las concepciones políticas de Schmitt, y, por tanto, en la idea tradicional de soberanía de corte schmitteana con que se inicia el siglo XX, la cual llevaba implícita los principios de exclusión y beligerancia, en virtud de los cuales ‘El Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el “todo” para pasar a ser simplemente una parte de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad’*”(ver *Los Efectos en el Sistema Chileno de Fuentes del Derecho Penal de la Incorporación de los Tratados Internacionales y del Fenómeno de la Globalización*, por Roberto Navarro Dolmestch en *Ius Et Praxis*- Año 10 N° 1, 2004, páginas 77 a 111).

El diseño constitucional original fue modificado sustancialmente a partir de la reforma introducida al texto constitucional en el año 1994, y específicamente, en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución, rompién-

dose la impermeabilidad con que había sido diseñado el sistema jurídico y aumentándose la posibilidad de recurrir a otras fuentes del derecho para configurar el catálogo de derechos fundamentales. A partir de esta reforma, todos los órganos estatales (incluidos los tribunales, principales destinatarios de esta modificación) quedaban obligados a promover y respetar no sólo los derechos recogidos formalmente en el texto constitucional, sino también aquellos contenidos en fuentes formales externas, como los tratados internacionales (Roberto Navarro Dolmestch, obra citada, página 3).

Se desplazaba el hermetismo normativo interno de la Constitución original y se abría una compuerta al derecho internacional y a una “Constitución Democrática” que ha sido definida como “*Una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un ‘compromiso de posibilidades’*”.

Este es el debate y el presente ensayo la herramienta provocadora.

DOS LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS COMO FUENTES EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Nuestra CSJN ha dictado en los últimos años trascendentes fallos citando la Convención de Viena, aceptando el “monismo” y reconociendo el *ius cogens*, todos los cuales parten de una premisa: Los derechos humanos no nacieron en 1994 y Argentina no era un mundo aparte durante la dictadura: en nuestro territorio también regía el derecho internacional.

El régimen de facto no era preconstitucional, sino pos-constitucional. Frente a la perversa conducta judicial de la etapa del “proceso” no se requiere aplicar retroactivamente la Constitución de 1994, sino tender un puente de legalidad desde la Constitución histórica hacia adelante. El principio de legalidad penal, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, la irretroactividad de las normas penales desfavorables y la tutela judicial efectiva no han sido inventados en 1994: estaban reconocidos expresamente en la Constitución de 1853/60. Algunos de esos derechos no podían ser dejados sin efecto en ningún caso.

Carlos Castresana Fernández (Fiscal de la Fiscalía Anticorrupción en España), sostiene en referencia a la Constitución de su país (y nosotros podemos adaptarlo a nuestra realidad): “*La Constitución de 1978 no instituyó nuestros derechos fundamentales: nos los restituyó. No creó ex novo un orden jurídico democrático, sólo restableció el preexistente. Por ese puente de legalidad constitucional pueden transitar los actos de legalidad formal de la dictadura políticamente neutrales, aquellos cuyo contenido y consecuencias hubieran permanecido invariables cualquiera que hubiera sido la legitimidad de su origen o de las instituciones que los aplicaron; pero no las normas y actos que negaron a los españoles derechos fundamentales previamente adquiridos,*

de los que fuimos privados por la fuerza de las armas. La dictadura no suprimió nuestros derechos: se limitó a violarlos. Las consecuencias jurídicas de tales actos ilícitos deben considerarse inexistentes...".

El artículo 27 de la Constitución Nacional precisa que “*los tratados deben hallarse en conformidad con los principios de derecho público de la Constitución*” y el problema que plantea su redacción es determinar cuál es el alcance que la doctrina y los precedentes judiciales han dado al mismo.

La norma no dice exactamente que la Constitución está por encima de los tratados internacionales en vigor. Lo que ordena es, primero, que el gobierno federal debe afianzar las relaciones de paz y comercio con potencias extranjeras por medio de Tratados y segundo, que dichos Tratados “estén” en conformidad con los principios de derecho público contenidos en la Constitución.

Para Pablo Manili, en su comentario a la referida disposición constitucional en *Constitución de la Nación Argentina* (Editorial Hammurabi, 2009, página 1071 y siguientes) manifiesta que el uso de dicho modo verbal revela que dicha conformidad es una “condición”; y se interroga: ¿Condición para qué?. Para que puedan ser concluidos válidamente.

Coincido con el Dr. Manili que el artículo 27 sólo se refiere a los Tratados Internacionales pero no a todo el derecho internacional, con lo cual la costumbre y los principios generales del derecho no están sometidos a esa regla.

El Derecho Penal Humanitario y las disposiciones “*ius cogens*” (delitos de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, prohibición de amenaza y uso de la fuerza, etc.) como se analizará más adelante, no están subordinados a un proceso previo de aceptación por los órganos del Estado ni de correspondencia con normas del derecho interno y no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de los Estados.

Pablo Manili (obra citada, página 1076), refiere que el mundo ha evolucionado y entre 1853 y principios del siglo XXI se han sustentado cambios:

- 1) En 1853 los tratados internacionales eran una expresión minoritaria de la voluntad del Estado y la mayoría de las normas internacionales eran consuetudinarias. Los tratados eran bilaterales y celebrados para resolver problemas concretos (armisticios, límites).

- 2) No existían los llamados Tratados-Ley, es decir aquellos que contienen normas genéricas aplicables en número indeterminado de circunstancias no previstas a priori (Derecho del Mar, Derecho de los Tratados).
- 3) No existían organismos internacionales y en consecuencia, no se habían presentado dos fenómenos que revolucionaron el derecho internacional y su relación con el derecho interno: el derecho comunitario y la protección internacional de los derechos humanos.

En la reforma constitucional de 1994 el artículo 75 inciso 22 provocó:

- 1) la consagración expresa del principio según el cual los tratados y convenciones internacionales tienen jerarquía superior a las leyes,
- 2) la conformación del bloque de constitucionalidad federal en el derecho argentino integrado por la Constitución Nacional, los once instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y los que el congreso eleve con posterioridad.

Por ello, los “principios de derecho público” son materia interpretativa que acompaña el proceso evolutivo y transformador del nuevo contexto internacional, que condicionan la aprobación de los de los tratados internacionales que no gozan de jerarquía constitucional.

TRES EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Las experiencias internacionales después de la Segunda Guerra Mundial colaboraron con la construcción de un orden jurídico internacional humanitario, basado en acuerdos que imponen obligaciones positivas para los Estados de promoción y respeto a los Derechos Humanos en las relaciones internacionales, bajo premisas mínimas de calidad, eficacia, responsabilidad y trascendencia.

Se trata de impulsar pautas, algunas de las cuales se codifican y otras forman parte del derecho consuetudinario, que han recibido el nombre de *ius cogens*, que procuran la protección de los derechos humanos en cualquier circunstancia, y a los que la comunidad internacional debe observar y promover.

Sin embargo, no todos los Estados comparten estos estándares en materia humanitaria por diversas circunstancias, principalmente históricas.

La comunidad internacional se vale de tres supuestos:

- 1) Consenso en los derechos humanos como elemento fundamental del Estado democrático de derecho y de las relaciones internacionales.
- 2) Acuerdo en cuanto a su definición, contenido y conductas o actividades que los ponen en riesgo, y
- 3) Establecimiento del conjunto de instituciones jurídicas para su tutela.

La comunidad internacional ha comenzado a transitar un nuevo orden jurídico que reconoce a los derechos humanos como uno de sus bienes valiosos, y les da la categoría de supremos en cuanto a la necesidad vital para ese orden, de mantenerlos aun por encima de figuras tradicio-

nalmente representativas de otros intereses, igualmente legítimos, como la soberanía nacional.

Precisamente, detrás de conceptos caros a nuestra historia como “soberanía nacional”, estaban quienes lo invocaban y alegaban como excusa para limitar el carácter humanitario del orden jurídico internacional a lo que los Estados estuvieran dispuestos a conceder.

Los derechos humanos no deben ser vistos tampoco como un argumento para justificar la intervención en los asuntos internos de los Estados, principio básico del Derecho Internacional reconocido ampliamente. Por el contrario, constituye un compromiso legal y moral mínimo que un gobierno impulsa a través de su legislación y sus políticas públicas internas y su conducta internacional que permite evaluar no su apego a modelos externos por más dominantes que sean, sino su esencia democrática y confiable como miembro de la comunidad internacional en cuanto a su voluntad política y buena fe en las relaciones internacionales.

¿Cuáles son los principios que orientan al sistema internacional de derechos humanos?

En mi interpretación: Justicia, dignidad e igualdad, todas las cuales dan contenido a los instrumentos internacionales y constituyen una guía común para los derechos nacionales en su adaptación interna a las instituciones y parámetros internacionales.

Un paso fundamental en esta dirección lo fue, sin duda, el sistema de Justicia Penal Internacional establecido después de la Segunda Guerra mundial, cuando los denominados principios reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nüremberg permitieron configurar una jurisdicción internacional.

El genocidio es un ejemplo de ello. Constituye la negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho de vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por esos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas.

En la actualidad se han elaborado múltiples instrumentos internacionales en reconocimiento y amparo a los Derechos Humanos. Algunos son generales como “La declaración Universal de los Derechos Hum-

nos”, o continentales, como las Convenciones Americana y Europea; especializados por ámbito de expresión como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, por un lado, y por otro, Económicos, Sociales y Culturales; por destinatario beneficiario, como niños, mujeres, refugiados, discapacitados, etcétera, o bien, por el derecho o libertad que se tutela, como la vida, la libertad personal, la seguridad, la identidad, el trabajo, etcétera.

La “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, es el fundamento de todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que señala simultáneamente una tendencia a la Comunidad Internacional y el estado de la conciencia jurídica internacional en un momento determinado.

La protección efectiva de los Derechos Humanos se canaliza en la actuación de organismos internacionales competentes en materia humanitaria, y en el funcionamiento de órganos jurisdiccionales que conocen de cuestiones humanitarias.

Estos organismos son generales cuando se crean y operan en el contexto del sistema de las Naciones Unidas, ya sean instancias de la propia organización, especializados, al establecerse para abordar alguno de los derechos humanos en particular, y de igual manera, pueden ser continentales o regionales: Organismos Generales de Derechos Humanos, Organismos Especializados del Sistema de Naciones Unidas, Organismos Continentales o Regionales y Órganos Jurisdiccionales de Derechos Humanos.

Precisamente, en estos últimos:

- Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, establecida mediante un protocolo de 1998 a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 27 de julio de 1981. Quedó integrada en 2006.
- Corte Europea de Derechos Humanos, de conformidad con el Protocolo 11 de 11 de mayo de 1994, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 20 de marzo de 1952.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969. Está en funciones desde 1979.

Por su parte, también deben comprenderse entre los mecanismos jurisdiccionales internacionales los tribunales penales internacionales, constituidos tanto por instrumentos convencionales como por resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU.

Estos órganos, que formalmente se adscriben en el ámbito del Derecho Internacional Penal, no pueden dejar de actuar en el entorno del sistema internacional de protección de los derechos humanos al tener entre su ámbito de competencia por materia conocer conductas o actividades contra la humanidad, tipificadas como delitos o crímenes internacionales frente a los cuales se colocan todos los bienes valiosos para la Comunidad Internacional, y por lo tanto, jurídicamente tutelados por ésta a través del derecho Internacional:

a) Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Con sede en La Haya, Holanda, fue establecido por la resolución 827 de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de la ONU en su 3217ª sesión, para juzgar diversos actos criminales cometidos durante la guerra civil que desmembró a la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia, a partir del 1 de enero de 1991 en los territorios que la conformaban: Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia.

los delitos que conoce son:

- Infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949.
- Violaciones de las leyes o prácticas de guerra.
- Genocidio.
- Crímenes contra la humanidad.

b) Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Con sede en Arusha, Tanzania, fue establecido por la resolución 955 de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad de la ONU en su sesión 3453ª, para juzgar los actos realizados por diversos elementos étnicos durante los disturbios en ese país y territorios vecinos (Burundi, República Democrática del Congo, Uganda y Tanzania en casos de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por ciudadanos de Ruanda), entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de ese año.

los delitos que conoce son:

- Genocidio.

- Crímenes de lesa humanidad.
- Violaciones al artículo 3º común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II de los Convenios.

c) Corte Penal Internacional

Con sede en La Haya, Holanda, establecida por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 (en vigor a partir del 1 de julio de 2002), adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en Roma, Italia, del 15 de junio al 17 de julio de 1998.

La Corte Penal Internacional conoce de los siguientes crímenes:

- Genocidio.
- Lesa humanidad.
- De guerra.
- Agresión.

Está integrada por dieciocho jueces electos por la Asamblea de las Partes en el Estatuto por un periodo de 9 años improrrogables. Los jueces eligen un Presidente y dos Vicepresidentes por un periodo de 3 años con una reelección.

Cuenta con una fiscalía y una secretaría, que maneja una oficina de víctimas y testigos, y realiza la investigación de las denuncias que reciba de Estados parte, el Consejo de Seguridad de la ONU o de oficio. El fiscal, que es responsable de la acusación, y los fiscales adjuntos que se requieran son electos por la Asamblea de las Partes en el Estatuto por un periodo improrrogable de 9 años. El secretario es electo por los jueces, por un periodo de 5 años con una reelección. De igual manera y a recomendación del secretario, podrá elegirse un secretario adjunto.

La Corte Internacional de Justicia se compone por una sección de Cuestiones Preliminares, que revisa y autoriza las investigaciones de la fiscalía; una sección de Primera Instancia, que propiamente juzga al acusado, y una sección de apelaciones, que conoce de este recurso, que pueden promover tanto la fiscalía como la defensa del acusado.

CUATRO LA CRISIS DEL CONCEPTO “SOBERANÍA”

Aquella concepción tradicional de la soberanía política que trasuntaba uno de los principios básicos de la independencia territorial por la cual no aceptaba (ni imaginaba) injerencia alguna del derecho supra-nacional que condicionara o derogara nuestro marco de legalidad, ha recibido una profunda transformación.

Por supuesto, el proceso reconoce una evolución:

El origen “iusnaturalista” se basaba en la configuración del orden mundial como sociedad natural de Estados soberanos en la que el Estado-Territorio ordenaba los derechos naturales de los pueblos y de las diferentes comunidades.

Una sociedad de Estados, libres e independientes, “*sometidos en el exterior a un mismo derecho de gentes y en el interior a las leyes constitucionales que ellos mismos se han dado*”.

Se conformaba, de esta manera, la doctrina del Estado de Derecho, tanto en el ámbito del derecho interno como del derecho internacional. Leyes que consagran conductas coercitivas y simultáneamente el fundamento democrático de la autoridad del soberano.

“*En la concepción primaria, el derecho de gentes vincula a los Estados en sus relaciones externas en forma obligatoria y vinculante por la fuerza de los pactos, sino también en cuanto ius cogens, con la fuerza de la ley.*”

“*La idea de una sociedad de Estados igualmente soberanos pero sometidos a derecho y la afirmación de una serie de derechos naturales que les corresponden a cada uno de sus habitantes, se encuentran en la base de la soberanía estatal externa y, en general, de la totalidad de la teoría internacionalista moderna.*”

Sin embargo, “cada una de ellas indica una ambivalencia: la idea de igualdad entre Estados como sujetos igualmente soberanos está en contradicción con su sometimiento a derecho y a la vez queda desmentida por las desigualdades concretas que existen entre ellos y por el papel dominante de las grandes potencias; los derechos naturales de los Estados, tanto en la comunicación como en el comercio se revelan en la práctica como asimétricos y desiguales, hasta el punto de convertirse en los derechos de conquista y colonización de los países del Segundo, y luego del Tercer Mundo, por parte de los del primero...” (Luigi Ferrajoli, obra citada, página 132) y la “justificación” de la doctrina de la guerra justa como sanción y realización del derecho.

La concepción iusnaturalista ha seguido alimentando dos imágenes opuestas y simultáneas: por un lado, la utopía jurídica y la doctrina normativa de la convivencia mundial basada en el derecho, y, por otro, la doctrina que legitima la colonización y la explotación del resto del mundo por parte de los Estados industriales.

Si el Estado es soberano en el interior, lo es necesariamente también, pues no hay fuentes normativas superiores a él, en el exterior. Sin embargo, al coincidir ésta última con la igual soberanía de los demás Estados, genera una “libertad salvaje” que posibilita en el ámbito de la comunidad internacional la inexistencia de reglas que posibilitan el desarrollo de la conquista y la utilización de la fuerza bélica.

Hobbes sostuvo que “aunque no hubiese habido ninguna época en la que los individuos estaban en una situación de guerra de todos contra todos, es un hecho que, en todas las épocas, los reyes y las personas que poseen una autoridad soberana están, a causa de su independencia, en una situación de perenne desconfianza mutua, en un estado y disposición de gladiadores, apuntándose con sus armas, mirándose fijamente, es decir, con sus fortalezas, guarniciones y cañones instalados en las fronteras de sus reinos, espionando a sus vecinos constantemente, en una actitud belicosa”.

La Revolución Francesa consagra dos líneas de evolución paralelas y opuestas: la de su progresiva limitación interna, en el ámbito del derecho estatal, y la de su progresiva absolutización externa, en el ámbito del derecho internacional.

“Con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y más tarde con la sucesivas cartas constitucionales cambia la forma del Estado y con ella, hasta quedar vacío de contenido, el principio mismo de la soberanía

interna: División de poderes, principio de legalidad y derechos fundamentales constituyen, en efecto, limitaciones y en último término negaciones de la soberanía interna.

La relación entre Estado y ciudadano deja de ser una relación de subordinación y se convierte en una relación entre dos sujetos que tienen una soberanía limitada” (Ferrajoli, Luigi, obra citada, página 138).

El principio de legalidad en los nuevos sistemas presidencialistas y parlamentarios modifica la estructura del sujeto soberano vinculándolo no sólo a la ley sino también al principio de las mayorías y a los derechos fundamentales —por tanto, al pueblo y a los individuos— y transformando los poderes públicos de potestades absolutas en potestades funcionales.

La doctrina organicista, presente en los manuales de derecho público, consagra a la Soberanía, el Pueblo y el Territorio, como “elementos” constitutivos del Estado. Junto con ello, el principio positivista de la superioridad de la ley y por tanto del Congreso como órgano de la soberanía popular.

Pero este criterio desaparece con el descubrimiento de la rigidez de las Constituciones como normas superiores a las leyes ordinarias. La norma, como tal, para imponerse exige, amén de su forma, que sea válida y para ello debe ser coherente con los principios constitucionales.

Se rompe entonces con la omnipotencia del legislador y de la soberanía del Congreso. Al someterse el Poder Legislativo a la ley constitucional y a los derechos fundamentales en ella establecidos, el modelo del Estado de derecho se perfecciona y se completa en el del Estado constitucional de derecho.

En los ordenamientos internos de los Estados democráticos y liberales, los viejos derechos naturales quedan consagrados y positivizados en las constituciones como “universales”, convirtiéndose por tanto en base de la igualdad de todos los seres humanos. Y, sin embargo, puesto que su “universo” jurídico-positivo coincide con el del ordenamiento interno de los Estados, los derechos del “hombre” acaban identificándose de hecho con los derechos del “ciudadano”.

En esta etapa de la evolución que estamos analizando tomando como referencia la obra de Ferrajoli, no se ha asumido todavía la idea del derecho internacional como derecho supra-estatal. El Estado queda con-

figurado como un sistema jurídico cerrado y autosuficiente. El monopolio exclusivo de la fuerza así alcanzado se afirma no sólo en su interior, donde se encuentra subordinado al derecho, sino también en el exterior, donde se traduce en la libre competencia entre monopolios igualmente exclusivos, y por tanto en el dominio del más fuerte.

Los conceptos “monismo” y “dualismo” se abren al debate y en la interpretación de nuestra Corte, ocupan un capítulo extenso.

Tuve la oportunidad de referirme a ello con el análisis del proceso evolutivo de la interpretación sobre la “supremacía Constitucional” en dos textos a los que me remito: *La Interpretación Judicial de la Supremacía Constitucional* (Editorial Juris) y *El Ius Cogens y la Supremacía Constitucional* (Editorial UNR).

La Carta de la ONU, aprobada en junio de 1945, y luego la Declaración Universal de Derechos del Hombre aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas, constituyen dos documentos relevantes que transforman por lo menos en su dimensión normativa el orden jurídico mundial.

El concepto iusnaturalista de una libertad absoluta y salvaje, queda subordinada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos.

La consagración de los derechos humanos a través de la citada *Declaración* de 1948 y más tarde a través de los pactos internacionales hace que estos derechos sean no sólo constitucionales, sino también supra-estatales, y se conviertan en límites no sólo internos, sino también externos a la potestad de los Estados.

La *Carta* de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma representado por el modelo de Westfalia. Representa un auténtico pacto social internacional, acto constituyente efectivo por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema basado en tratados bilaterales entre partes para convertirse en un auténtico ordenamiento jurídico genérico.

Lo expuesto implica una verdadera y relevante transformación en la interpretación tradicional que manteníamos sobre el concepto “soberanía”, atento la existencia de un sistema de normas internacionales que

pueden ser caracterizadas como *ius cogens*, que mantienen un derecho inmediatamente vinculante para los Estados miembros.

En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no sólo los Estados, sino también los individuos y los pueblos: los primeros, en cuanto titulares frente a sus propios Estados de los derechos humanos que les confieren la *Declaración* de 1948 y los pactos internacionales; los segundos, en cuanto titulares del derecho de autodeterminación reconocido por los mencionados pactos y la Convención de Viena.

Para medir la relevancia teórica de la transformación que ha tenido lugar, nos dice Ferrajoli (obra citada, página 145): “*será suficiente observar hasta qué punto habría sido impensable, antes de la Carta de la ONU, el recurso de un ciudadano contra su propio Estado ante una jurisdicción internacional...*”.

Los principios *ius cogens* siguen generando resistencia en el plano de los hechos. Los Estados Unidos han evitado la aprobación de Tratados que autoricen admitir en su contexto interno, cláusulas de esa naturaleza, adoptando conductas claramente violatorias en materia de derechos humanos. La inexistencia de garantías adecuadas contra dichas violaciones constituyen una dificultad que los Estados y los Organismos Internacionales deben resolver.

El Estado nacional como sujeto soberano se encuentra hoy en crisis. Existe una abundante transferencia hacia instancias supra-estatales o extra-estatales de gran parte de sus funciones. Ello lo verificamos en ámbitos como la defensa, la dirección de la economía, la política monetaria, política de migraciones, etc.

El derecho moderno no tiene nada de “natural”. Se presenta tal como va configurándose a través de diversas relaciones de poder. Lo construyen los hombres, con sus reivindicaciones y sus luchas y también con el trabajo de los filósofos y los juristas.

Hoy disponemos de una embrionaria constitución mundial. Los valores incorporados a ella —la prohibición de la guerra y los derechos de los hombres y de los pueblos—, se han convertido en normas jurídicas de naturaleza *ius cogens* que los Estados no pueden contradecir y que han generado un debate apasionante sobre el difícil camino de consolidar un derecho más humano donde no exista impunidad para los responsables de su violación.

CINCO LOS PRINCIPIOS

El derecho Internacional humanitario se apoya en dos principios fundamentales:

- a) de justicia universal y
- b) de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

El “**principio de justicia universal**” consiste en la obligación jurídica o el compromiso moral de los Estado de perseguir, juzgar y castigar los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, sus responsables o víctimas, independientemente de que estén tipificados en sus legislaciones internas o tengan competencia material, personal, temporal o espacial conforme a dichas legislaciones.

Este principio tiene su fundamento en el artículo 1º de la Carta de la ONU, que establece entre los propósitos de ésta realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Mediante este propósito y sus implicaciones, los Estados pueden y deben construir un sistema internacional que resuelva de manera eficaz, en este ámbito, es decir, fuera del aspecto interno y sin constituir una amenaza a la existencia de los Estados como tales, el problema humanitario que significan las graves violaciones a los derechos humanos en casos de conflictos armados.

Las bases para este sistema quedaron establecidas por los juicios internacionales seguidos a los criminales de guerra alemanes y japoneses después de la Segunda Guerra Mundial en Nüremberg, Alemania y

Tokio, Japón, de los que derivaron los principios del Derecho Internacional Penal, o principios reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, ya mencionados, y que la Asamblea General de la ONU confirmó mediante su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, para la elaboración de un Código Criminal Internacional como paso para la codificación general del Derecho Internacional.

Estos principios fueron objeto, posteriormente, de un informe de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU el 31 de diciembre de 1950:

- 1) Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho Internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.
- 2) El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho Internacional no exime de responsabilidad en derecho Internacional a quien lo haya cometido.
- 3) El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho Internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho Internacional.
- 4) El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho Internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.
- 5) Toda persona acusada de un delito de derecho Internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.
- 6) Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional:
 - a) Delitos contra la paz:
 - I. planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;
 - II. participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso I).
 - b) Delitos de guerra:

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limita-

tivo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c) Delitos contra la humanidad:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

7) la complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados precedentemente, constituye asimismo delito de derecho Internacional.

Posteriormente, en las convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949, se establece en su artículo 3º común a todas ellas, que frente a conflictos armados que no sean de índole internacional y que surjan en el territorio de una de las altas partes contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

En este sentido, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

En la Conferencia de Paz de La Haya, Holanda, se había adoptado la convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, en cuyo preámbulo se afirma que mientras se forma un código más completo de las leyes de la guerra las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Este enunciado, conocido como “cláusula Martens” (por Fiódor F. Martens, distinguido jurista ruso y redactor del mismo), hace referencia a los usos, a las leyes de humanidad y a la conciencia pública como elementos atenuadores de la violencia de las hostilidades y sobre todo, a actos que en estricto sentido son ensañamiento.

Por lo tanto, “**justicia universal**” significa que siendo los derechos humanos la expresión de las “consideraciones elementales de humanidad” y por ello un bien tutelado no sólo por el Derecho Internacional, sino por los propios Estados, tienen éstos la obligación consuetudinaria y convencional de perseguir a los infractores del derecho humanitario y sancionarlos (justicia universal), así como de tipificar esas infracciones en sus leyes internas para crear un régimen colectivo contra la criminalidad y la impunidad y, en todo caso, cooperar, para resolver el problema humanitario de las infracciones a los derechos humanos en casos de conflicto armado (jurisdicción universal).

El “**Principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad**” es la voluntad internacional en no sujetar la punibilidad de

estos crímenes, comprendidos los de guerra, a su prescripción por el paso del tiempo, habida cuenta de su gravedad y trascendencia en sus víctimas individuales o colectivas, y en la estabilidad política, social y cultural de los pueblos.

Constituyen una marca permanente en la conciencia humana que, sin el castigo que la justicia y la razón reclaman, nunca terminan mientras una sola de sus víctimas no haya sido reivindicada, así sea en la memoria.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada el 26 de noviembre de 1968 por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece el régimen convencional respectivo, así como los alcances del instituto en su artículo 1: “*los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...*”

SEIS EL IUS COGENS

1. INTRODUCCION

El ius cogens, como idea preliminar, hace referencia a un conjunto de normas imperativas.

En derecho, se considera **norma imperativa** a aquella norma jurídica que posee un contenido del que los sujetos no pueden prescindir, de manera que la regulación normativa que se haga de la materia tendrá completa validez independientemente de la voluntad del individuo.

El concepto “norma imperativa” se contrapone al de “norma dispositiva”, pues en este último supuesto, la norma y su contenido están su-peditadas al principio de autonomía de la voluntad.

El imperio es el tipo de norma predominante en el derecho público, en los diferentes ordenamientos jurídicos. Existe un mayor margen para la autonomía de la voluntad en el derecho privado.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 53, dentro del título **Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**, dispone: “*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.*”

Bidart Campos ha definido al *ius cogens* como “*normas internacionales imperativas e inderogables que tiene por fuente al derecho consuetudinario o al Derecho de los Tratados y constituyen la cúspide en el orden jerárquico del*

Derecho Internacional...”, remarcando que las mismas se encuentran incorporadas a los tratados internacionales humanitarios (ver *Manual de Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, T. 1, página 374).

La existencia de estas normas imperativas de Derecho Internacional Público es generalmente aceptada: sólo algunos pocos Estados la niegan, entre ellos Francia.

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 (artículo 53) -ratificada por ley 19.865- que hemos transcripto con anterioridad. El carácter de “*ius cogens*” de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actitud 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 Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el *ius cogens*, “*deriva de conceptos jurídicos que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir*”. Se trata “*de normas que han sido aceptadas sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como necesarias para proteger la moral pública en ellas reconocidas*” (cfr. CIDH, “Roach y Pinkerton c. Estados Unidos”, caso 9647, *Informe Anual de la CIDH 1987*, párr. 55).

Más tarde, en el año 2002, la Comisión precisó que las normas de *ius cogens*, “*derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional, en la medida en que la violación de esas normas prioritarias se considera que conmueve la conciencia de la humanidad y, por tanto, obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia*” (cfr. CIDH, “Michael Domínguez c. Estados Unidos”, caso 12.289, párr. 49).

No obstante, es objeto de discusión “*el contenido de las normas concretas*” que revestirían este carácter. Este es otro de los temas que vamos a desarrollar en el presente ensayo.

2. NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS E INTENTO DE COMPOSICIÓN

Partiendo de la premisa señalada anteriormente, una norma de *ius cogens* se caracteriza por ser de obligado cumplimiento y no admitir

acuerdo en contrario de los Estados. Obligan frente a todos los Estados, asumiendo la condición de obligaciones *erga omnes*.

El reconocimiento de las normas de *ius cogens* implica aceptar la existencia de jerarquía entre las fuentes del Derecho Internacional, jerarquía inexistente en épocas anteriores.

En el debate sobre el contenido de las normas de *ius cogens*, los representantes de los Estados parte establecieron un consenso mínimo sobre ciertos valores fundamentales de la comunidad internacional que se impondrían sobre el consentimiento de los Estados individualmente considerados.

Esto constituye una primera diferenciación en la concepción tradicional de la vigencia de los tratados como fuentes del derecho, que ha requerido del consentimiento de los Estados y permite su alteración únicamente mediante otros tratados.

Hasta el siglo XX, la costumbre internacional fue la fuente más importante del Derecho Internacional pues en su concepción clásica era un derecho relacional entre los Estados.

A partir del siglo XX, con el paso de la coexistencia hacia la cooperación entre los Estados, se ha acudido al Tratado Internacional para regular estas relaciones de interdependencia creciente entre los Estados.

La costumbre internacional decayó en su uso porque el Derecho Internacional clásico era un Derecho eurocéntrico, hecho a la medida de las necesidades de Europa. Conforme otros países fueron adquiriendo la independencia, se acrecentó una posición crítica por parte de los mismos hacia este cuerpo de costumbres internacionales que no reflejaban sus intereses. Esta nueva situación provocó que estas normas fueran progresivamente modificadas a través de tratados internacionales.

¿Qué es la costumbre internacional?

El artículo 38 del estatuto del Tribunal Internacional de Justicia define la costumbre internacional como “*prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho*”.

Esta definición nos advierte que la costumbre es una forma espontánea de creación del derecho. Espontánea porque surge gracias a una práctica seguida por los Estados de forma uniforme y que, con el paso del tiempo, acaba consolidándose como Derecho.

Podemos, por lo tanto, diferenciar dos elementos en esta fuente del

Derecho: por un lado, el elemento material, que consiste en la práctica uniforme y continuada; por otro, el elemento espiritual o psicológico, también conocido como *opinio juris*, que es la convicción de que la misma resulta obligatoria jurídicamente.

Hemos precisado, hasta ahora, el carácter imperativo de las normas del *ius cogens* y como uno de sus componentes a la costumbre internacional. **Sin embargo, no hemos individualizado cuáles serían las normas que pueden considerarse en la actualidad como normas propias del *ius cogens*.** La doctrina sostiene un debate en torno a su composición, sin alcanzar un consenso.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI), es un organismo creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 con el objetivo de codificar y promocionar el Derecho Internacional.

Su trabajo ha sido fundamental en la adopción de diversos tratados u otros instrumentos internacionales, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o la Corte Penal Internacional, sobre la que emitió una primera propuesta ya en 1949.

Oportunamente, la CDI, al tratar sobre estas normas, suscribió un documento *Fragmentación del derecho internacional*, en la que rehusó hacer una lista extensiva.

Determinados organismos internacionales se han pronunciado al respecto, pero de manera fragmentada:

La Corte Internacional de Justicia, frente a la “*Licitud de la amenaza o el uso de las armas nucleares*”, hizo referencia a “*principios intransgredibles de Derecho Internacional*”, pero no usó expresamente el término *ius cogens*.

Se refería a tres principios del Derecho Internacional Humanitario, aplicable en caso de conflicto armado. Es importante su referencia porque constituye un intento de individualizar algunos de los contenidos propios de la norma y evitar el concepto omnicompreensivo.

En primer lugar, el llamado “**principio de distinción**”: la prohibición de ataques contra civiles y el uso de armas que no distingan entre civiles y militares.

En segundo lugar, el “**principio de proporcionalidad**”: la prohibición del uso de armas que causen un daño mayor que el necesario para conseguir objetivos militares legítimos.

En tercer lugar, la llamada “**Cláusula Martens**”: el trato de civiles y militares de acuerdo con principios de humanidad, en defecto de norma de Derecho internacional humanitario que sea de aplicación.

Por su parte, el **Comité de Derechos Humanos** afirma expresamente que “*son normas de ius cogens (peremptory norms) la prohibición de la tortura y de la privación arbitraria de la vida (Observación general N° 24), así como el derecho a unas garantías procesales mínimas, en especial el derecho a la presunción de inocencia (Observación general N° 29).*”

En el artículo 2.6 de la Carta de San Francisco se afirma que la Organización de las Naciones Unidas hará que todos los Estados, incluso los que no sean miembros de la Organización, cumplan los principios recogidos en el propio artículo 2, lo que podría entenderse como un principio de imperatividad.

Por su parte, en los debates en torno a la noción de “*crímenes contra la humanidad*”, se ha incorporado como contenido del delito de *crimen contra la humanidad o crimen de lesa humanidad*, por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, las conductas tipificadas como asesinato, exterminio, deportación o desplazamiento forzoso, encarcelación, tortura, violación, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos u otros definidos expresamente, desaparición forzada, secuestros o cualesquiera actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física de quien los sufre, siempre que dichas conductas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en su jurisprudencia constante, tanto contenciosa como consultiva, que varias normas de protección de los derechos fundamentales revisten el carácter de *ius cogens*, como el acceso a la justicia, llamado por esta Corte “**derecho al derecho**”.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia incluyó entre estas normas, en el caso Furundžija, la prohibición de la tortura.

La doctrina internacionalista también ha argumentado a favor de la inclusión entre los principios *ius cogens* de determinadas normas, entre las que podrían mencionarse:

- La igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos.
- La prohibición del uso de la fuerza y la obligación de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos.
- La igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención.
- Las normas básicas relativas a la protección de los derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe 62/02, caso 12.285 Michael Domingues v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002, en referencia al *ius cogens*, precisa: “*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*”.

Hemos reseñado algunos fallos que hacen referencia al *ius cogens*. Pueden señalarse, ahora, las siguientes normas:

- a) En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, en Viena, el 26/03/1968, se estableció en su artículo 53, bajo el título “Tratados contrarios a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, que “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”.

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.

- b) El artículo 3 inciso b de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio dispone que será castigada la asociación para cometer genocidio (*conspiracy to commit genocide*).
- c) El artículo 4 inciso 1º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes dispone que todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal lo cual se aplicará también a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.
- d) El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que considera a la desaparición forzada, la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometidas 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 la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Dicha tipificación resulta coherente con uno de los objetivos ratificados en el Preámbulo a dicha Convención según el cual “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”, criterio que parece apuntar la punición de toda organización, acuerdo o agrupación que persiga tales fines.

Estas normativas ponen de resalto que existe en la comunidad internacional la intención de:

- 1) Castigar tanto la ejecución del acto como los actos preparatorios o la complicidad en la perpetración de aquéllos, con el objetivo de evitar esencialmente la repetición de tales delitos y para disuadir a los eventuales delincuentes de seguir ese curso de acción.
- 2) Individualizar los delitos que configuran y contienen al *ius cogens*.
- 3) Investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad.

3. LOS ANTECEDENTES DEL IUS COGENS

Su recepción en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados significó una profunda transformación en el Derecho Internacional.

Nuestro país y la SCJN lo ignoró prácticamente hasta el año 2005. De hecho, estando vigente la Convención de Viena, la Corte Suprema en “*Ekmekdjian c/ Neustadt*” no tuvo en cuenta sus postulados y rechazó la pretensión del actor sobre la vigencia y operatividad del artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica en el derecho interno. La propia CSJN, con otra composición, modificó su decisorio en 1992 con “*Ekmekdjian c/ Sofovich*” sin autocritica alguna.

La institución del *ius cogens* constituye una innovación profunda en el derecho internacional positivo.

Conforme lo señala con lucidez el Dr. Antonio Gómez Robledo, en *El Ius Cogens Internacional* (UNAM, 2009, página 43), “...*la institución en sí misma, sin embargo es tan antigua por lo menos como el derecho romano, y por más que la terminología contemporánea no aparezca sino muy tardíamente... Donde, por el contrario, hay que situarse para encontrar el ius cogens tal como hoy lo entendemos, y aunque sin este nombre, es en el centro de la primera división del derecho de que da cuenta la Instituta, o sea entre derecho público y derecho privado, según que el correlato del uno o del otro sea la cosa pública o, por el contrario, la utilidad de los particulares...*”

Para los romanos, tanto el derecho público como el privado estaban asimilados y subordinados al “bien común de la república (*rei publicae interest*)”. Ello determinaba la aplicación inflexible de la ley e impedía cuando se afectaba el “orden público” (que no era otro que el interés de la república), eludirla por convenio o composición entre los particulares.

El derecho romano tiñó la legislación occidental, se transmitió en la codificación privada y aquellos principios del derecho público limitaron la autonomía de la partes planteando la exclusión de todo acuerdo particular, bilateral o multilateral, en contrario a un interés general.

Antonio Gómez Robledo (obra citada, página 45) a quién seguimos en su interesante análisis sobre la “prehistoria del *ius cogens*”, nos dice que el abecé del *ius cogens* no consiste en el cumplimiento forzoso de la norma jurídica, sino en la exclusión de todo acuerdo particular derogatorio de la norma *iuris cogens*.

4. EL “IUS COGENS” Y EL “IUS NATURALE” (SUS ENFOQUES FILOSÓFICOS)

La doctrina internacional del *ius cogens* se ha desarrollado bajo la influencia de conceptos iusnaturalistas, basándose en el Derecho natural o Derecho de gentes y la consiguiente imperatividad de determinadas normas.

En su obra *Mare Liberum* (1609), Hugo Grocio distinguió entre el Derecho de Gentes primario, por un lado, que consideraba inmutable por derivarse del Derecho natural; y el Derecho de Gentes secundario, voluntario o positivo, por otro, que se derivaría de la voluntad de las naciones y sí sería susceptible de modificación.

Emmerich de Vattel afirmó en su obra *El Derecho de gentes o Principios de la Ley natural* (1758) que los Estados eran libres e independientes de los demás mientras no se sometieran a éstos voluntariamente, y que de la igualdad soberana se derivaba la facultad de los Estados para firmar tratados. No obstante, en esta época aún se afirmaba la existencia de un “derecho de gentes necesario”, que se derivaba de la aplicación del Derecho Natural a las naciones y que éstas estaban obligadas a observar.

Con la progresiva positivización del Derecho internacional, a través del tratado internacional y la costumbre y el auge de las teorías iuspositivistas en general, se potenció una concepción de la libertad contractual de los Estados sin apenas límites materiales.

La nueva concepción del *ius cogens* como fuente jerárquica del derecho internacional, ha devuelto aquel debate entre naturalistas y positivistas en torno al contenido de los llamados “valores esenciales del ser humano” y la necesidad de su individualización.

Las normas de *ius cogens* constituyen un límite, fundamentado en la idea de humanidad, a la idea de la omnipotencia de la voluntad estatal, basada en los conceptos de la teoría europea internacionalista que se consolidaron en el siglo XIX.

El Derecho Natural no es positivo. Es anterior y superior a la ley, la cual lo reconoce y protege.

Los iusnaturalistas lo definen como “*aquel derecho inherente a la persona humana, aquel que emana de la naturaleza misma del hombre, y que por esta razón no es creado por los órganos de Estado*”.

En la doctrina comparada, algunos autores interpretan que es el fundamento ideológico de la Declaración Universal de los Derechos del

Hombre, el cual establece expresos reconocimientos al hombre para que alcance su dignidad como persona y su desarrollo dentro de la comunidad. Son derechos inherentes al individuo, al ser humano. Superiores y anteriores a las leyes estatales, por lo tanto los derechos humanos son los derechos naturales del hombre, sin importar su sexo, edad, posición social, creencia, religión, etc.

Su condición de “inherentes” a la idea de dignidad del hombre, implica que no pueden perderse ni transferirse por propia voluntad.

La expresión Derecho Natural hace referencia a una corriente de pensamiento jurídico que funda su sistema en la existencia de un Derecho anterior a cualquier norma jurídica positiva. Se une a otros conceptos jurídicos tales como Derechos Humanos, naturaleza humana, valores jurídicos, justicia, bien común.

Parte de un concepto acientífico. Se alude al derecho propio o inherente a la naturaleza humana, que no es creado deliberadamente por un órgano gubernamental, sino que está constituido por conductas humanas, eternas e inmutables que traducen principios rectores y se formula en postulados ideales, absolutos y universales, que tienen la pretensión de ser intrínsecamente válidos, o sea que valen por sí mismos.

Lo significativo, es que se trata de una concepción que destaca la realización de los valores humanos. Es una acepción axiológica, que no requiere atender sólo a las formas, sino más bien a los contenidos valiosos y por ello siempre se le contrapone al Derecho Positivo, que sólo es formalmente válido por la razón de ser elaborado, aplicado y reconocido por el Estado, en el que impera el arbitrio de sus órganos de poder o gobierno y en el que la legalidad predomina sobre sus valores, si no es que los sustituye.

Algunos autores niegan el carácter inmutable de los valores humanos. Definen al Derecho Natural como: *“El conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado y que sigue al hombre en el curso de la historia y en consecuencia se transforma como el tiempo”*.

En 1948, los Estados miembros de las Naciones Unidas, representantes de toda una gama de ideologías, sistemas políticos y antecedentes religiosos y culturales, así como diferentes etapas de desarrollo económico provenientes de diferentes regiones del mundo, se esforzaron para

que el proyecto de la futura declaración reflejara las diferentes tradiciones culturales e incorporara valores comunes inherentes a los principales sistemas jurídicos y tradiciones religiosas y filosóficas del mundo. Así, concibieron la Declaración como un valor universal, como una afirmación común de las aspiraciones mutuas y una visión de un mundo que aspiraba a ser más equitativo y justo.

El éxito de dicho documento se puede ver en la aceptación casi universal. Traducida a casi 250 idiomas nacionales y locales, es el más conocido y citado documento sobre Derechos Humanos del mundo y constituye el fundamento de numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos; ha servido de modelo de numerosos tratados y declaraciones internacionales e incorporada a las constituciones y leyes de muchos países.

El Artículo 1º declara que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados, como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

En el Artículo 2 reconoce la dignidad universal de una vida libre de discriminación, al consagrar que: *“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

La Asamblea General de las Naciones Unidas consideró necesario proteger los Derechos Humanos con un régimen de Derecho.

En la Declaración Universal se proclama la tesis de la universalidad de los Derechos del Hombre, sin diferencias de raza, sexo, idioma o religión, reconociendo contenidos civiles, políticos, económicos y sociales, para lograr su respetabilidad como persona y su desarrollo vital dentro de la comunidad. Estos derechos no son exclusivos ni estrictamente individuales sino sociales, consagrando las herramientas para remover los obstáculos que impidan el ejercicio y pleno goce de un derecho con las garantías individuales y colectivas.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre no crea esos derechos, sólo los reconoce y los positiviza.

Para los partidarios del Derecho Natural, no es la voluntad caprichosa o arbitraria del Estado la fuente de origen de los Derechos Humanos, sino la justicia intrínseca de la norma natural.

Las normas intrínsecamente justas y válidas, supremas y evidentes, se aplican a todos los hombres atento a que la esencia sigue siendo común a todos los seres humanos.

Los Derechos Humanos, según los partidarios del Derecho Natural, no emanan de la ley positiva ni de ningún hecho o acto concreto que se registre en cualquier ámbito de la vida social, puesto que existen por sí mismos con el hombre, siendo en consecuencia *inalienables e imprescriptibles*.

Aquí aparece nuevamente una de las características del *ius cogens*.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclama la igualdad esencial en dignidad y derechos, y la libertad y el comportamiento fraternal de todos los hombres, sin distinción alguna.

El derecho natural asumió en su momento, la función que en la actualidad corresponde al *ius cogens*, aunque éste último lo suple con ventaja.

Sin perjuicio de pertenecer, ambos, a la escala jerárquica superior e inderogable por toda convención particular, el derecho natural ha sido concebido como absolutamente inderogable, mientras que el *ius cogens*, en la versión positivista del artículo 53 de la Convención de Viena, puede ser derogado por una norma posterior del mismo carácter.

Es más:

El postulado del artículo 27° dispone: “Una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 46°”. Precisamente, es la norma que autoriza la excepción a aquel principio tutelar al disponer:

“1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho Interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno, cuando el vicio de consentimiento frente a la aprobación de un tratado sea manifiesto y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2.- Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”

5. EL CONTENIDO DEL IUS COGENS

Sin lugar a dudas, determinar el contenido del *ius cogens*, constituye el aspecto más controvertido de su naturaleza y comprensión.

El primer interrogante que nos plantea el instituto es si su definición alcanza para la comprensión del tema. Adelanto la respuesta negativa: su concepto no es concreto y ensaya pautas tan amplias que se vacían de contenido práctico.

¿Será necesario consignar una lista cuya individualización y descripción nos acerque a la naturaleza, génesis y extensión del *ius cogens*?. Posiblemente, dicha metodología colaborará con una idea más precisa de sus alcances.

Aún así, la elaboración e integración de esa lista está llena de incertidumbre en torno al carácter imperativo de todas las materias que eventualmente la componen.

La doctrina y los organismos internacionales no se ponen de acuerdo en la decisión de erigir ésta o aquella norma imperativa o absolutamente inderogable e incluso, no existe consenso generalizado en reconocer a las resoluciones de naturaleza legislativa de la Asamblea de Naciones Unidas, como parte del *ius cogens*.

Lo jurídico positivista cede su paso a la política y los intereses internacionales y el debate parece hacerse eterno. La desconfianza juega su papel.

¿Quién interpreta?. ¿Cuáles son las fuentes?.

No es un tema menor: el imperio de sus normas que tienen la jerarquía de anteponerse al derecho interno de cada uno de los países soberanos, sin que puedan contradecirse por los Estados, provoca cautela y simultáneamente la necesidad de un consenso en la procura de un orden humanitario más justo y equitativo que no contradiga el marco de soberanía que sus funcionarios remarcan.

¿Será por eso que la Comisión de Derecho Internacional prefirió adoptar un criterio puramente formal en la identificación del *ius cogens*, y dejar a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia internacional la tarea de ir llenando progresivamente de contenido aquella formalidad vacía?

¿Será la doctrina y en consecuencia los especialistas en su función de “auxiliares” en la “determinación de las reglas de derecho”, conforme lo

autoriza el artículo 38 (*Id*) del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la más apta para configurar su contexto?.

¿Acaso la doctrina elabora normas?. No parece constituir una fuente válida y mucho menos pensar que los diferentes Estados puedan confiar en sus criterios. No imagino a los representantes de los Estados en el marco de sus mandatos y responsabilidades nacionales e internacionales delegando en la doctrina, la constitución de las fuentes del derecho del *ius cogens*.

¿Qué hacer?

Hablamos de normas inmutables. Sin embargo reconocemos aún en aquellos que celebran la identificación del *ius cogens* con el *ius naturalismo*, que la evolución del orden público, las costumbres, el propio derecho, acompañan y acompasan a la evolución humana.

¿Debemos partir, en consecuencia, antes de ingresar en los interrogantes planteados, en asumir la posibilidad, tan sólo la posibilidad de procurar definiciones acotadas en el tiempo que se vayan actualizando periódicamente?

Si esto es así como conjetura, ¿cómo juega el principio de legalidad?. ¿Vamos a establecer la sanción de los delitos sin especificar los actos que constituyen delito?, o en su defecto, ¿vamos a definir los actos pero omitimos su sanción concreta?.

¿Definimos un concepto o individualizamos las normas que tienen carácter *ius cogentis*?

En materia de definiciones la dificultad de ensayar un acuerdo llevó a algunos autores a pautas mínimas que se tradujeron en las siguientes formulas:

- 1) “*El mínimo esquema jurídico que la comunidad internacional considera indispensable para su existencia en un momento determinado*” (Antonio de Luna).
- 2) “*Las normas de ius cogens son aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico*” (Eduardo Suárez).

En la premisa que la definición o el concepto es insuficiente para individualizar las normas *ius cogentis*, hemos apelado a individualizar las disposiciones que tienen ese carácter y que cuentan con consenso unívoco.

Algunos autores verifican como tales las que refieren a “la proscripción del uso de la fuerza”, “la solución pacífica de los conflictos” y “la legítima defensa” (artículos 2, 33 y 51 de la Carta de las Naciones Unidas) conjuntamente con la protección de los derechos humanos fundamentales, a saber: la prohibición de la esclavitud, del genocidio, de la discriminación racial, normas relativas a los intereses vitales de la comunidad internacional como por ejemplo, las normas que prohíben el recurso a la fuerza y que no admiten sino la solución pacífica de las controversias (artículos 24 y 33 de la Carta) y normas que reconocen los derechos fundamentales del hombre.

El internacionalista uruguayo Roberto Puceiro Ripoll y el colombiano Caicedo Perdomo ambos citados por Antonio Gómez Robledo en su libro *El Ius Cogens Internacional*, el primero autor de *Desarrollos actuales del ius cogens* (*Revista uruguaya de derecho internacional*, núm. 3, 1974, p. 70) y el segundo autor de *La teoría del ius cogens en derecho internacional a la luz de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados* (*Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, enero-junio de 1975, pp. 261-274), ensayan y señalan una clasificación entre las normas imperativas, “más generalizadas y notorias”:

a) Clasificación de Roberto Puceiro Ripoll:

- 1) Normas protectoras de los intereses y valores de la comunidad internacional en cuanto tal. Entre estas normas podrían contarse la interdicción del uso y amenaza de la fuerza; los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas que proveen al mantenimiento de la paz; la represión de la piratería y las libertades fundamentales de la alta mar. Gómez Robledo adscribe a este grupo las normas relativas al “patrimonio común de la humanidad” que constituyen los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional; el principio de que la exploración y utilización del espacio ultraterrestre y de los cuerpos celestes deben llevarse a cabo en provecho y en interés de la humanidad, y la defensa del medio ambiente.

- 2) Normas que protegen los derechos de los Estados en cuanto tales y en sus relaciones recíprocas, en tanto que miembros de la sociedad internacional, tales como: el principio de la igualdad soberana de los Estados (artículo 2.1), la autodeterminación de los pueblos (artículo 1.2) y el principio de la no intervención (resolución 2131 (1965) de la Asamblea General).
- 3) Normas que protegen los derechos fundamentales de la persona humana en su proyección humanitaria y universal (prohibición de la esclavitud, tráfico de esclavos, el genocidio, trata de blancas).

b) Clasificación de Caicedo Perdomo:

Las divide en cinco categorías:

- 1) Las normas imperativas relativas a los derechos soberanos de los Estados y de los pueblos (igualdad, integridad territorial, libre determinación de los pueblos).
- 2) Las normas imperativas relativas al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales (prohibición del uso de la fuerza, procedimientos de solución pacífica de las controversias, definición de la agresión).
- 3) Las normas imperativas relativas a la libertad de la voluntad contractual y la inviolabilidad de los tratados (*pacta sunt servanda*, buena fe).
- 4) Las normas imperativas relativas a los derechos del hombre (prohibición de la trata de esclavos, habeas corpus, prohibición de la tortura, respeto del asilo, de la libertad de enseñanza, de la libertad de reunión, de la libertad religiosa, igualdad de derechos).
- 5) Las normas imperativas relativas al uso del espacio terrestre y ultraterrestre pertenientes a la comunidad de Estados en su conjunto (alta mar, “patrimonio común de la humanidad”, espacio extraatmosférico).

Existen quienes han sostenido darle en carácter de *ius cogens* a diferentes resoluciones de naturaleza legislativa de Naciones Unidas. No a todas, sino algunas que se identifican como: “Declaración sobre la concesión de la pendencia a los países y pueblos coloniales” (Resolución

1514-XV); “La soberanía permanente sobre los recursos naturales” (Resolución 1893-XVII) y “Sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía” (Resolución 2131-XX).

Sobre el particular, ampliaremos más adelante.

Existe consenso en la actualidad, entre los diferentes Estados, de consagrar como normas *ius cogens* siete principios reiterados y explicitados en la histórica “Declaración de 1948”:

- 1) la proscripción de la amenaza o el empleo de la fuerza;
- 2) la solución pacífica de los conflictos;
- 3) la no intervención en los asuntos internos de los Estados;
- 4) la cooperación internacional en la promoción de los propósitos y principios de las Naciones Unidas;
- 5) la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos;
- 6) la igualdad soberana de los Estados; y
- 7) el principio de la buena fe.

Su listado y tipología es forzosamente mutable, en función de las realidades y de los cambios operados en la conciencia jurídica prevaleciente.

Sin perjuicio de que existen una tendencia a individualizarlos “*los delitos iuris gentium no tienen ni pueden tener contornos precisos. Por ello, el artículo 118 de la Constitución Nacional es una “cláusula abierta en el sentido de que capta realidades de su época (realidades mínimas ya que el catálogo de delitos iuris gentium era en ese momento reducido) y realidades del presente como del futuro (puesto que engloba a figuras penales posteriores a su sanción)”* (cfr. Sagües, Néstor Pedro; *Los delitos contra el Derecho de Gentes en la Constitución Argentina*, E.D., T. 146, páginas 938 a 939).

La experiencia indica que existe el más amplio consenso en torno a que los derechos fundamentales del hombre contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen este carácter imperativo e indisponible.

Lejos de constituir el patrimonio exclusivo de un estado particular, pertenecen a la humanidad entera. Los Estados tienen a su respecto obligaciones plenamente operativas que comprometen tanto la prevención y la tutela como la reparación y sanción en casos de violaciones.

La prohibición de la esclavitud, de la piratería y del uso de determinadas armas fueron las primeras a las que se les reconoció el estatus de *ius cogens* con sus connotaciones actuales, integrándose luego con la sanción y prevención del genocidio, la desaparición forzada de personas, la tortura u otros tratos y castigos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la discriminación racial, que constituyen una ejemplificación no exhaustiva de normas de derecho consuetudinario a las que se les reconoce este carácter preeminente e imperativo.

Los instrumentos de derecho internacional constituyeron un importante aporte para la internacionalización de delitos que originariamente o no se sancionaban o se consideraban como de carácter doméstico. Precisamente, es en el marco de los tratados internacionales de entre guerras donde se fue desarrollando la noción, por ejemplo, de crímenes contra la humanidad.

La Declaración de San Petersburgo de 1868 proscribió el empleo de armas que por sus características “agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable” y declaró que su uso sería “contrario a las leyes de la humanidad”.

En 1919 la Comisión de la Conferencia de Paz declaró que los crímenes contra la humanidad comprendían asesinatos, masacres, terrorismo sistemático, matanza de rehenes, torturas de civiles, inanición deliberada de civiles, violación, abducción de mujeres y niñas para su sometimiento a prostitución forzosa, deportación de civiles, internamiento de civiles bajo condiciones inhumanas, trabajos forzosos de civiles en conexión con las operaciones militares del enemigo y bombardeo deliberado de hospitales y lugares indefensos.

Concluida la Segunda Guerra Mundial, el Estatuto constitutivo y la labor llevada a cabo por el Tribunal Militar de Nüremberg constituyeron sin duda un hito cardinal no sólo para el afianzamiento y precisión conceptual de los denominados delitos de lesa humanidad sino también en el reconocimiento de su carácter universal, y correlativamente la sanción de los responsables de tanto horror que le precedió.

El artículo sexto de la Carta del Tribunal, estableció los alcances de su jurisdicción, que comprendió

- a) la comisión de crímenes contra la paz,
- b) la comisión de crímenes de guerra y
- c) la comisión de delitos contra la humanidad, tales como el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación u otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos en la ejecución de o en conexión con cualquier otro crimen atribuible a la jurisdicción del Tribunal, ya sea que hayan sido cometidos o no en violación a las leyes internas del país donde se perpetraron.

Las cuatro convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 dispusieron que “en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

- 1) *Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:*
 - a) *los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
 - b) *la toma de rehenes;*
 - c) *los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
 - d) *las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*
- 2) *Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente*

Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto” (cfr. Art. 3º de las cuatro convenciones, Ley 14.467).

El Estatuto del Tribunal Internacional creado para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991, incluyó en su enunciado los delitos contra la humanidad. Entre ellos enuncia “*el asesinato, el exterminio; la esclavitud; la deportación; el encarcelamiento; la Tortura; la violación; las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; otros actos inhumanos*” (cfr. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 827, del 25 de mayo de 1993, art. 5º del Estatuto).

Luego, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reiteraría esta enunciación en la adopción del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, definiendo a los crímenes de lesa humanidad como aquellos que “*han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso*” (cfr. Art. 31).

El Art. 21 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda establece que “*se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal:*

- a) *Asesinato de miembros del grupo;*
- b) *Graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) *Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial;*
- d) *Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo;*
- e) *Traslados forzados de niños del grupo a otro grupo*”
y que “*serán castigados los siguientes actos:*

 - a) *El genocidio;*
 - b) *La colaboración para la comisión de genocidio;*
 - c) *La incitación directa y pública a cometer genocidio;*
 - d) *La tentativa de genocidio;*
 - e) *La complicidad en el genocidio*”.

Por ley 25.390 se incorporó a nuestro derecho interno el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, en cuyo preámbulo se afirma que “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia*”; asimismo, se expresa la decisión de “*poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes*”.

El artículo 7 del mencionado Estatuto precisa aquellas conductas comprendidas dentro del concepto delitos de “lesa humanidad”, incluyendo a los siguientes:

- a) asesinato;
- b) exterminio;
- c) esclavitud;
- d) deportación o traslado forzoso de población;
- e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) tortura;
- g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, 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;
- i) desaparición forzada de personas;
- j) el crimen de apartheid;
- k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

La CSJN ha dicho que “*la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales y las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluídas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos*” (cfr. causa “Simón, Julio Héctor”, supra cit., voto del doctor Juan Carlos Maqueda, considerandos 56 y 57).

Por su parte, la Cámara de Juicio del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia señaló que: “*Generalmente se reconoce que los crímenes contra la humanidad constituyen graves violaciones que choquean la conciencia colectiva. El libelo que contenía los cargos contra los acusados ante el Tribunal de Nüremberg especificó que los crímenes contra la humanidad constituían rupturas de las convenciones internacionales, del derecho interno, y de los principios generales de derecho penal que derivan del derecho penal de todas las naciones civilizadas*”.

En 1994 la Comisión de Derecho Internacional afirmó que la definición de crímenes contra la humanidad comprende actos inhumanos de carácter muy serio que involucran violaciones generalizadas o sistemáticas dirigidas contra la población civil en todo o en parte.

Los crímenes contra la humanidad “*son actos serios de violencia que dañan a los seres humanos privándolos de lo que es más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites tolerables por la comunidad internacional, que forzosamente debe exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden al individuo porque cuando el individuo es lesionado, la humanidad es atacada y anulada. Es por tanto el concepto de humanidad como víctima el que caracteriza los crímenes contra la humanidad...*” (cfr. Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Cámara de Juicio, caso “Grazen Erdemovic”, sentencia del 29 de noviembre de 1996, parágrafos 27 y 28).

Cuando referimos a “contenidos del *ius cogens*”, la doctrina y los precedentes judiciales nacionales e internacionales, conscientes de la dificultad de encontrar definiciones concretas que tutelen la configuración

penal, refieren a “elementos” que componen los contenidos. En el caso “Simón, Julio Héctor”, el voto del doctor Ricardo Luis Lorenzetti, en su considerando 13, se refiere a ellos:

- a) “*El primer elemento pone de manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son ‘fundantes’ y ‘anteriores’ al estado de derecho.*”
- b) “*El segundo elemento requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos. No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno. No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura y el secuestro configurando un ‘Terrorismo de Estado’ que ninguna sociedad civilizada puede admitir. No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad*”.

En este proceso de análisis en torno a la configuración de los contenidos inderogables, se impone conocer si la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, ¿tiene valor jurídico como norma *ius cogens*?

La dificultad de encontrar un concepto, una definición que contenga todo el *ius cogens*, sumado a la necesidad de evitar la ampliación en forma excesiva de los contenidos imperativos no derogables, nos lleva a procurar, al menos, la individualización de algunos de ellos con el objeto de transitar el proceso de decantación e ir fijando en forma consensuada, un abanico acotado y consensuado de los “verdaderos” contenidos.

Lanzados a transitar este camino, conocemos preliminarmente algunas características:

- 1) Son normas que pertenecen al derecho internacional general.
- 2) Son aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto, como normas imperativas e inderogables que se imponen jerárquicamente y no admiten, en consecuencia, acuerdo en contrario.

Asimismo, contamos con un marco convencional: el artículo 53 de la Convención de Viena:

“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”.

Sin embargo, verificamos que esta disposición se limita a constatar la existencia de normas imperativas, pero no establece cuáles son estas normas.

Es decir, no define ni individualiza el continente del *ius cogens*. Se limita a explicitar la consecuencia derivada del carácter imperativo de una norma cuando colisiona con otra norma internacional convencional.

La ampliación extensa y en algunos casos exagerada que se ha dado al concepto de *ius cogens*, y en ese contexto a las disposiciones y normas que lo componen, ha dado lugar a una especie de *banalización* de este concepto, en el sentido de que se ha llegado incluso a afirmar que todas las normas que protegen los derechos humanos, en general, pueden ser potencialmente calificadas como normas imperativas.

Sin duda alguna, el respeto universal de todos los derechos humanos es una meta deseable de ser alcanzada por parte de la Comunidad Internacional. No obstante, lo que puede resultar al menos conflictivo es que por ampliar de manera indiscriminada el concepto de *ius cogens*, éste pierda su verdadera esencia y por tanto su efectividad.

Uno de los peligros de la *banalización* del *ius cogens* está relacionado con las consecuencias que se derivan del incumplimiento de una norma de este carácter que se caracterizan como *violaciones graves*, es decir, se trata de una responsabilidad agravada. Si se *banaliza* el concepto y todos los derechos son bautizados como *ius cogens*, entonces toda responsabilidad sería agravada, lo cual quitaría el efecto útil a la agravación.

Por ello, es importante en el marco del derecho a la responsabilidad internacional *“debería precisar en el futuro qué normas tienen el carácter de ius cogens, qué órgano internacional tendrá competencia para decidir cuándo el comportamiento del Estado es contrario a una norma imperativa del DIDH y cuáles son las consecuencias jurídicas de la violación”* (Carrillo Salcedo, obra citada).

Se ha perfilado hace algunos años una postura que ha considerado que las normas que tienen carácter de *ius cogens* son aquellas que están establecidas en los instrumentos internacionales, que no admiten suspensiones, ni siquiera en estados de excepción.

Estas normas pertenecerían a un “núcleo duro” inderogable, y por tanto estarían protegidas como normas imperativas.

Sin embargo, participando de que “nada es absoluto, todo es relativo, excepto que nada es absoluto”, existen derechos tales como el respeto a la vida, a la integridad o a las libertades políticas, que admiten excepciones a su aparente condición de inderogable. Por ejemplo, los derechos a la vida y a la integridad pueden ser limitados e incluso suprimidos legítimamente, bajo las normas del Derecho Internacional, a pesar de que quisiéramos que no tuviera que ser así bajo ninguna circunstancia.

Por el contrario, la prohibición de la tortura no admite ningún tipo de excepción, bajo ninguna circunstancia, y lo mismo ocurre con la prohibición del genocidio y la prohibición de la desaparición forzada.

Juana Inés Acosta López y Ana María Duque Vallejo, en su interesante reflexión *Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de Ius Cogens?*, proponen que sólo sean categorizadas como tales las normas

sustanciales, enunciadas como prohibiciones que no admiten ningún tipo de excepción, bajo ninguna circunstancia, y que, tal y como lo afirma Carrillo Salcedo, se requiere que se defina quién, en el ámbito del Derecho Internacional, tiene la competencia para dar esta categoría a dichas normas.

Las autoras, en referencia al contenido de las normas *ius cogens*, refieren: “La DUDH en su artículo 1 señala: ‘Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros’. Este artículo, al igual que los artículos 2 y 7 de la misma Declaración, contiene implícita la prohibición de discriminación, la cual, sí puede ser reconocida como *ius cogens* internacional. A su vez, los artículos 4 y 5 están redactados en la DUDH como prohibiciones que no admiten excepciones. En este sentido, podría afirmarse que estas normas consagran sustancialmente prohibiciones categorizadas como *ius cogens*. En efecto, el artículo 4 prescribe: ‘Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas’. Por su parte, el artículo 5 señala: ‘Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes’. Lo mismo podría predicarse del artículo 9 que establece: ‘Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado’”.

No existe duda alguna que la *Declaración Universal de Derechos Humanos* es un instrumento invaluable. A pesar de su importancia, sin embargo, no corresponde que esta Declaración, al menos como instrumento, sea elevada a la categoría de *ius cogens* internacional.

Varias de sus disposiciones sí pueden tener este carácter, otras pueden tener otra fuerza vinculante, en su calidad de costumbres, normas cristalizadas en tratados o principios generales del derecho.

El ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Cançado Trindade ha manifestado: “que el *ius cogens* sea una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación”.

El profesor austriaco Alfred Verdross (*Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 60, N° 1, enero de 1966, página 55 y ss.) señalaba que la quintaesencia de las normas *ius cogens* es “...que ellas prescriben un comportamiento cierto,

positivo o negativo, de manera incondicional...”. Añadía que “...normas de este carácter, por lo tanto, no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes contratantes.”

Verdross las hace derivar como una especie dentro del género de las normas compulsivas, que prohíbe a los estados concluir tratados contra aquellos principios, que no existen para satisfacer las necesidades de los Estados individuales, sino el interés más elevado de la comunidad internacional, cuya finalidad perseguía la defensa de la humanidad en su conjunto.

Individualizaba como “contenido preliminar” del *ius cogens* las convenciones sobre esclavitud, tráfico de mujeres y niños, o los derechos de los prisioneros de guerra. Frente a sus violaciones, era terminante: “son nulos” e incluso alcanzaba aun cuando los Estados contratantes no hubieran ratificado las convenciones correspondientes.

Este antecedente desarrollado y mayoritariamente reconocido en el derecho consuetudinario, resultó luego codificado con la Convención sobre Derecho de los Tratados en Viena del 23 de mayo de 1969 (en vigor desde 1980), 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.

A su vez, el canon precedentemente citado debe concordarse con el artículo 64 de la misma Convención, que introduce el denominado “*ius cogens superveniens*”, o derecho imperativo sobreviviente. Su texto establece que “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”

Finalmente, atendiendo a la necesidad de consagrar un criterio que nos permita dilucidar cuáles son los derechos humanos que pudieran entrar, con sólido fundamento, en la categoría del *ius cogens*, se han propuesto ciertos criterios de apreciación, que constituyen un verdadero “test”:

Primer test: Surge frente al interrogante “¿es concebible que dos Estados concluyan un acuerdo derogatorio de este derecho”.?.

Este primer *test* se relaciona con el “derecho de autodeterminación de los pueblos”, y sobre todo desde que este derecho pasó a figurar en primer lugar en los dos pactos internacionales de derechos humanos, tanto en el “Pacto de Derechos Civiles y Políticos” como en el relativo a

los “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Se le ha dado cabida en ambos pactos, a pesar de ser un derecho colectivo y no individual. El derecho de libre determinación de los pueblos es la *conditio sine qua non* para el goce y ejercicio de todos los demás derechos, sean cuales fueren. Aceptado como criterio por los Estados, se convierte en una norma *iure cogenti* dado que en la actualidad es sencillamente impensable, la existencia de un convenio por el que dos o más Estados estipularan la sumisión de algún pueblo.

Segundo test: El segundo de los criterios o métodos propuestos para identificar, entre los derechos humanos, los que pertenecen al *ius cogens*, es el de mirar atentamente en los textos oficiales la existencia de aquellas cláusulas que autoricen o no a los Estados parte en un tratado, a derogar entre sí algunas de sus cláusulas.

Con base en este examen podremos distinguir, en las cláusulas de un tratado, lo que en ellas es *de iure cogenti* de lo que es meramente de *iure dispositivo*.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 4º autoriza a los Estados parte a tomar medidas derogatorias de las estipulaciones del mismo pacto en casos de emergencia pública, “*en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación*”, y con tal que, además, estas medidas se limiten estrictamente a las exigencias de la situación.

Sin embargo, y según sigue diciendo el citado artículo, no se autoriza ninguna suspensión de los artículos 6º (derecho a la vida), 7º (prohibición de la tortura, de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 8º (esclavitud o servidumbre), 11º (nadie podrá ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual), 15º (no retroactividad de la ley penal en perjuicio del reo, pero sí en su beneficio), 16º (reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18º (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). **En consecuencia, todos estos preceptos, absolutamente inderogables, son portadores, con toda evidencia, de normas imperativas, protectoras de la persona humana en su estructura y dignidad fundamental.**

Tercer Test: El tercer criterio que, en opinión del profesor Suy, permitiría identificar una norma como perteneciente al *ius cogens*, sería el hecho de que la comunidad internacional considere la violación de esa

norma como un crimen internacional.

“*Puede admitirse —comenta Suy— que las obligaciones cuya violación constituye un crimen serán normalmente obligaciones que derivan del ius cogens*”. Lo que no quiere decir, claro está, que toda violación de una norma imperativa sea necesariamente un crimen internacional, y así lo reconoce la Comisión de Derecho Internacional, al decir que “*la categoría de las obligaciones internacionales con respecto a las cuales no se permite derogación alguna, es más amplia que la de las obligaciones cuya violación es necesariamente un crimen internacional*”.

En lo que se refiere a los derechos humanos, la propia Comisión considera que no cualquier violación constituye un crimen, pero sí “*una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid*”.

En nuestra opinión, también este último criterio de identificación del *ius cogens* confirma este carácter en el principio de autodeterminación de los pueblos, toda vez que su desconocimiento o violación, es decir la dominación colonial, ha sido calificada como un “crimen” en numerosas resoluciones de las Naciones Unidas, y aún por un cuerpo tan moderno en sus expresiones como la Comisión de Derecho Internacional, en el comentario a su proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado.

Los Estados parte, teniendo en mira la necesaria uniformidad que debe imperar en torno a cuáles normas ostentan la categoría de *ius cogens*, impusieron la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas en casos concernientes a la aplicación e interpretación de los artículos 53 y 64 de la Convención.

6. EL DEBATE EN TORNO A LA EXISTENCIA DE CONTENIDOS PÉTREOS Y LOS LÍMITES A LA FACULTAD DEROGATORIA

Pese al principio imperativo que sustenta, admite que puede ser modificado por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¿No existen contenidos pétreos en los principios tutelares del artículo 53 de la Convención de Viena?.

Si la mutabilidad, el desarrollo, la evolución humana desaconseja ello, vamos a tener que precisar más adelante: a) ¿Cuáles son las normas “del

derecho internacional que tengan el mismo carácter” y b) ¿Admitimos la derogación lisa y llana de la norma *ius cogens* o la limitamos a su “*modificación o ampliación*”?

El concepto del “nuevo *ius cogens*” ya está contemplado en el artículo 64 de la Convención de Viena al precisar que si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo.

Juana Inés Acosta Lopéz y Ana María Duque Vallejo (obra citada, página 18), abordan el dilema:

“*Cabe preguntarse si una modificación o una ampliación de una norma se puede catalogar de igual manera que una derogatoria. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), por ejemplo, al menos en lo relacionado con los derechos, se refiere a la supresión (o derogación) como un acto ilícito, pues implica dejar de reconocer el derecho en cuestión.*”

“*Parecería entonces distinto derogar una norma que modificarla o adicionarla.*”

“*Ahora bien, si se trata de una adición a la norma, podría catalogarse dentro de las posibilidades contempladas en el artículo 64 CV69, y si se tratara de una modificación, podrían presentarse sólo dos circunstancias: que la modificación intentara adicionar la norma (caso en el cual se aplica el mismo supuesto normativo anterior), o que la modificación intentara restringir la protección, “inter alia”, mediante una excepción a la regla, lo cual implicaría necesariamente quitarle el carácter de total inderogabilidad a la norma.*”

“*Las autoras consideramos que si el artículo 53 CV69 genera todo su efecto útil, no se puede presentar una circunstancia bajo la cual se pueda afirmar que se derogó la norma de derecho internacional imperativo por otra del mismo carácter. Esta circunstancia no podría existir, pues se estaría atentando contra la misma esencia del *ius cogens*. Habría bastado con la existencia del artículo 64 CV69 y la afirmación contundente y tajante de que las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas*”.

7. LOS PRECEDENTES DE LA CSJN:

Algunos precedentes judiciales nacionales han hecho referencia al proceso evolutivo que el alcance de las fuentes del derecho internacional han tenido en nuestro derecho interno, el marco de la supremacía y la incorporación de *ius cogens*.

Analicemos algunos de sus precedentes:

En el caso “Priebke”, (Causa 16.063/94- CSJN 02/11/1994), el señor Procurador General sostuvo que los actos por los que se solicitó la extradición de Priebke participan de la naturaleza de los crímenes que afectan “...a través de su perpetración, principios superiores a aquellos tutelados por los ordenamientos estatales: se considera que por ser cometidos contra la humanidad en su conjunto, ofenden las aceptadas normas del Derecho de Gentes.”

Sostuvo que la naturaleza de los homicidios perpetrados por Priebke configuran crímenes de lesa humanidad y que desde esta comprensión fue efectuado el requerimiento de asistencia internacional. Afirmó asimismo que esas peculiares características, “*insitas en la noción de lesión universal, involucran el principio de inexorabilidad en su juzgamiento, del cual deriva, como lógico colofón, el de imprescriptibilidad*”.

Las convenciones sobre extradición no constituyen leyes penales, sino meras formas de procedimientos para la entrega de los procesados o condenados, según la reiterada jurisprudencia de la Corte (Fallos: 110:412), y por consiguiente son disposiciones de orden público respecto de las cuales no rige el principio de la no retroactividad de las leyes (Fallos: 95:201). Sin embargo, esta última hipótesis no determina la exclusión del derecho de gentes, pues en la medida en que éste sea aplicable para la adecuada solución del caso, tal aplicación deviene inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 48, pues debe contemplarse la circunstancia de que como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en “vacío” sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integran el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar y del cual no es más que una parte.

Es importante destacar en el pronunciamiento del Procurador de la causa, que la interpretación de un convenio no puede efectuarse tomando a éste como una norma aislada y estática, sino dentro del marco del progresivo desarrollo de la materia de que se trata (ver: M.60.XXIV, “Mangiante, Guillermo Eduardo c/AADI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora s/cobro de pesos”, consid. 8° in fine, resuelta el 23 de febrero de 1995), computando a esos efectos la legislación vigente, la costumbre internacional y los principios generales del derecho en ese ámbito, que forman parte del derecho interno argentino (N.70, L.XXIII,

“Nadel, León y otro por contrabando”, cons. 12, párrafo 3° del voto de la mayoría y cons. 9° in fine del voto del juez Boggiano, resuelta el 6 de abril de 1993).

Los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra aprobados por decreto-ley 14.442, ratificados por ley 14.467, prohíben al “homicidio intencional” u “homicidio adrede” cometido contra prisioneros de guerra y población civil en tiempos de guerra, comprometiéndose las Partes Contratantes “...a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer” tales actos (artículos 129 y 130 del Convenio 3 y, 146 y 147 del Convenio 4).

Expresamente se reafirma que “*Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes o civiles o militares: a) atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular: i) el homicidio...*”

En el caso que nos ocupa, el encuadre legal no desplaza la concurrencia, respecto de los mismos hechos, de los crímenes contra la humanidad y especialmente del delito de genocidio (artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional) en la medida en que el accionar que se imputa al requerido reconoce “*el agravante de haber obrado Priebke con crueldad hacia las personas, en relación a las modalidades deshumanas con las cuales ha sido cometida la matanza de Fosse Ardeatine*”. Asimismo la selección de un número significativo de víctimas pertenecientes a la comunidad judía, traduce un odio racial o religioso en la ejecución de la sanción colectiva o represalia.

Las conductas asumidas por Priebke, no sólo han sido consideradas como “crímenes de guerra” sino que pueden concurrir real o idealmente, con crímenes contra la humanidad, cuyo presupuesto básico común - aunque no exclusivo- 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. Precisamente por esta circunstancia de la que participan tanto los “crímenes contra la humanidad” como los tradicionalmente denominados “crímenes de guerra” como los delitos contra la

humanidad, que se los reputa como delitos 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 (conforme Díaz Cisneros, César, en *Derecho Internacional Público*, Tomo I, páginas 278/282, Editorial T.E.A., Buenos Aires, 1955 y Cherif Bassiouni, M. en *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, páginas 68 y 69, Editorial Tecnos, Madrid, 1984).

La tipificación que encuadra el pedido de extradición de Priebke reconoce antecedentes en el texto del Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg, el cual calificó como “crímenes de guerra” “*a las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra, entre las que incluyó el asesinato de población civil de un territorio ocupado o que se encuentre en él, de prisioneros de guerra y de rehenes*”.

La Asamblea General de las Naciones Unidas mantuvo esta configuración tanto en su Resolución 3 (I) del 13 de febrero de 1946 al recomendar e instar a los Estados, miembros o no miembros, a la extradición y castigo de los responsables de estos crímenes al aprobar por unanimidad la Resolución 95 (I) que confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y sus sentencias.

La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en Chapultepec en los meses de febrero y marzo de 1945, repudió en su Acta Final los crímenes de guerra acaecidos en la Segunda Guerra Mundial como “*horrendos crímenes en violación de las leyes de la guerra, de los tratados existentes, de los preceptos del Derecho Internacional, de los códigos penales de las naciones civilizadas y de los conceptos de civilización*” (decreto N° 6945/45, aprobado por ley 12.837).

Por otra parte, cabe considerar a los hechos cometidos como delitos sancionados por el derecho internacional general y por la aplicación del derecho de gentes que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico argentino (artículo 118 de la Constitución Nacional).

A lo expuesto se suma la aprobación de la “Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad”, por Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General del 26 de noviembre de 1968, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Esta declaró imprescriptibles, tanto “los crímenes de guerra” como los “crímenes de lesa hu-

manidad” entre los que incluyó “*el delito de genocidio*” definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio “*aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos*”.

Existen normas fundamentales que conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional entre los cuales se encuentra la prohibición de genocidio, el principio de no discriminación racial y los crímenes de lesa humanidad, ofensas todas presentes en la causa que analizamos.

Estas reglas establecidas consuetudinariamente 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*”.

El Ministro Bossert, en la causa “Priebke”, afirma que “*supuestos como el de autos constituyen atentados contra el derecho elemental de la vida cuyo reconocimiento se postula por la propia naturaleza humana, de modo tal 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 internacional local o de un mínimo de orden jurídico interno admitido internacionalmente y que no se puede desconocer (conforme Jules Paoli, Contribution a l’Etude des Crimes de Guerre et des Crimes contre l’Humanité en Droit Penal International en Revue Générale de Droit International Public, 3 série, T. 48/49 - 1941/1945-, págs. 129/165, París).*”

En el plano internacional donde no hay Estado, ni órganos soberanos comunes, ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, la única salvaguarda posible contra los desbordes de los estados particulares para la protección de bienes esenciales -entre los que indudablemente se encuentra la vida- se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica reflejados en la costumbre internacional y a los principios generales del derecho internacional, que forman parte del derecho interno argentino (“Nadel”- Fallos: 316:567).

¿Cómo se configura la costumbre internacional?

Se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada. Si un Estado no reacciona abiertamente contra alguna decisión (por ejemplo, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa huma-

nidad) surge la presunción de que está conforme con su 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 (conforme Wolfke, Karol en *Custom in Present International Law*, 2nd. Revised, páginas 44 a 51 en especial páginas 47 y 48 y páginas 61 a 64, Editorial Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1993 y Lobo de Souza, I.M. *The Role of State Consent in the Customary Process* en *International and Comparative Quarterly* Vol. 44, págs. 521 a 539, July, 1995, citado por Bossert, en su voto, en la causa Priebke).

Esa presunción también se consolida cuando el Estado (y frente al mismo ejemplo) se abstiene de votar en la Convención gestada en el ámbito de las Naciones Unidas y tanto en el orden interno como en el internacional adopta una conducta en favor de la imprescriptibilidad.

En autos “Mazzeo, Julio Lilio y otros s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad” M. (2333. XLII) se dispuso modificar el precedente que justificaba el criterio discrecional del Poder Ejecutivo para indultar o del Congreso para amnistiar o remover sus propios miembros, aceptado y admitido en la interpretación de la CSJN en el entendimiento que constituían “actos políticos no justiciables”. Posteriormente en “Bussi” y “Patti”, la CSJN pone coto a tan amplias facultades discrecionales de los Poderes Ejecutivo y Legislativo estableciendo la buena doctrina: no cabe ni corresponde indultar a no procesados y tampoco a quienes hayan sido sospechados o condenados de haber cometido delitos de lesa humanidad.

El temperamento que sostuvo la CSJN parte de una reflexión que se impone como lógica: si el Estado argentino no puede celebrar un tratado con otra nación en violación de una norma del *ius cogens*, tampoco puede adoptar, en el ámbito interno, una decisión que es contraria al contenido de una norma *ius cogens* ya consolidada. Efectivamente: si los estados no pueden, en sus convenciones bilaterales o plurilaterales, postergar las normas de *ius cogens* so pena de nulidad, menos aun podrán infringirlas o desconocerlas mediante disposiciones unilaterales -de cualquier índole- propias de su derecho interno.

La prohibición de indultar crímenes de lesa humanidad no puede desconocerse con el dictado del decreto 1002/89; por lo que la nulidad se impone como consecuencia fatal e ineluctable. Caso contrario, se pro-

duciría el absurdo de que, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena (que es la positivización de la idea del *ius cogens*) sería nulo un tratado firmado por dos estados soberanos en virtud del cual se reimplantara el comercio de esclavos, mientras que una ley de cualquiera de esos estados que reivindicara la tortura fronteras adentro, sería inexpugnable para el derecho internacional, y sólo podría ser invalidada si una norma superior de su ordenamiento interno resultara comprometida.

Nuestro país, como integrante de la comunidad internacional, tiene el deber y la obligación de investigar y perseguir a los responsables de crímenes que atentan contra el derecho de gentes.

En “Mazzeo”, los Ministros señalan en su resolución que la reforma constitucional de 1994 acordó jerarquía constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre 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 la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional). Si bien el decreto de indulto 1002/98 fue dictado con anterioridad al reconocimiento de la jerarquía constitucional de tales instrumentos internacionales, lo cierto es que tratándose de delitos de lesa humanidad no existen limitaciones a su juzgamiento en tiempo y espacio, y tampoco pueden concederse indultos o dictarse leyes de prescripción que impidan su juzgamiento y condena.

Nuestro país, desde la Constitución misma de 1853 y los códigos penales vigentes, siempre incorporó en su legislación los principios fundamentales de derecho internacional y normas penales específicas bajo los cuales se sancionan los delitos de lesa humanidad. En “Simón” (Fallos: 328:2056) se reconoció la supremacía del derecho de gentes y el consiguiente deber de su aplicación por los tribunales, respecto a los crímenes aberrantes para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción.

La CSJN en “Von Wernich, Christian Federico s/ recurso de Casa-

ción”, resaltó que los “*derechos fundamentales son humanos, antes que estatales*” y que por ello, “*no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional. Si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales*” (cfr. “Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad. Causa N° 17.768”, resuelta el 14 de junio de 2005, voto del doctor Ricardo Luis Lorenzetti, considerando 13).

En esta dirección, la Sala II de la Cámara señaló que “*El hombre, por su sola condición de tal, ‘ingresa’ al estado munido de todas esas cualidades inherentes a su calidad de persona –v.gr. vida, integridad física, honor– y el Estado a partir de ese momento, es decir el de la existencia de la persona misma, se encuentra obligado a tutelar todas esas manifestaciones ontológicas de ese ser, pues en esa obligación reside la razón y el fundamento de su constitución como tal*” (cfr. “Mazzeo, Julio L. y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad”, fallo citado).

Los derechos humanos están en la base del Derecho, tienen carácter prejurídico y supraestatal. El constituyente de 1994 contribuyó a reforzar esta noción en nuestro sistema de derecho, asignándole jerarquía constitucional a los derechos y garantías enunciados

Existe un sistema de derecho común a todas las naciones, reconocido y receptado por nuestra carta organizacional y de manera conteste por la legislación y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que partiendo de principios comunes que vinculan a todas las naciones del orbe, asigna respuestas jurídicas a los responsables de los delitos de lesa humanidad, marcó el fin del sistema impuesto por la paz de Westfalia (1648) signado por la ausencia de una comunidad internacional organizada; la afirmación de la soberanía absoluta de los Estados y un derecho internacional o de gentes con sesgos fundamentalmente iusprivatistas.

En la actualidad, los derechos humanos, sin perder su ubicación en el derecho interno de los Estados, simultáneamente adquieren una dimensión particular en la comunidad internacional organizada que “*asume la defensa de la persona humana en sus libertades fundamentales, y que las ha declarado en documentos internacionales o las ha consignado en tratados internacionales sean estos regionales o universales. No se trata, pues, de que todos los estados positivizan en sus constituciones los derechos individuales, sino que*

la positividad de éstos aparece ya en el marco del derecho internacional público. El reconocimiento internacional de los derechos de la persona humana viene, entonces, a superar y completar el margen inicial –y subsistente– del similar reconocimiento en el derecho interno de los estados. No a sustituirlo, sino a reforzarlo” (cfr. Bidart Campos, Germán; *Los Derechos del Hombre*, supra cit., páginas 156 y 157).

En Fallos:318:2148, los jueces Nazareno y Moliné O’Connor han dicho: “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”.

En el voto que transcribimos, verificamos el propósito funcional del *ius cogens* pero no alcanzamos a individualizar el contenido debajo de la frase “...reglas generales del derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal...”.

En “Arancibia Clavel” (Fallos: 327/3:3312), el Ministro Maqueda desarrolla en su voto el alcance del *ius cogens*. En primer lugar lo define como “...la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países, independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas...”.

Maqueda expone en torno a la imperatividad del *ius cogens* e indica uno de sus contenidos (la comisión de crímenes contra la humanidad). Sin embargo, diluye la definición al sostenerse en una frase vacía de contenido: “...existen conductas que no pueden ser consideradas aceptables por las naciones civilizadas...”.

Más adelante, señala: “La Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdic-

ción. Por consiguiente, a la fecha de la institución de los principios constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial...”.

El Ministro Boggiano, por su parte, afirmó que el *ius cogens* constituye normas de justicia tan evidentes “que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad”.

En el precedente “Priebke”, ya citado, uno de los casos testigos de la nueva concepción en materia de interpretación, los Ministros afirman “...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”.

Y siguen diciendo:

“El derecho de gentes importa un sistema complejo estructurado a partir de principios generales del derecho y de justicia, igualmente adaptable para el gobierno de los individuos en un estado de igualdad natural, y para las relaciones y conductas entre las naciones, basado en una colección de usos y costumbres, en el crecimiento de la civilización y del comercio y en un código de leyes convencionales y positivas.

Supone una suerte de moralidad básica a la que debe atarse la conducta de las naciones entre sí y con relación a sus habitantes que se estructura en un ordenamiento jurídico y ético que va más allá de los sistemas internos positivos entonces existentes. Los elementos obligatorios del derecho de gentes no pueden ser violados por la legislación positiva, son vinculantes para todos, las legislaturas no deben prevalecer sobre ellos y el orden jurídico se entiende como declarativo de tales derechos preexistentes”.

En “Simón” y “Arancibia Clavel”, la CSJN admite en sus interesantes reflexiones de la mayoría, que el *ius cogens* también 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.

¿Quién califica los delitos contra la humanidad tutelados por el *ius cogens*?

Para Maqueda, la calificación “...no depende de la voluntad de los estados nacionales sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional, lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos. En realidad, se ha edificado, en primer lugar, sobre nociones de protección, 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 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”.

Del mismo modo es también obvio que ningún Estado de la comunidad internacional actual puede encontrarse ajeno a la vigencia de este *ius cogens* 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.

Nuestra constitución, después de 1994, al incorporar dentro del “bloque de constitucionalidad”, la “Declaración” de 1948, entre otros tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, ha reafirmado su voluntad de admitir y reconocer el *ius cogens*, lo que ha sido ratificado en la conducta internacional que nuestro país ha desplegado en las conferencias internacionales, en los votos dentro de las entidades supranacionales y en los fallos de la SCJN y su acatamiento a la decisión los Tribunales Internacionales con competencia para juzgar situaciones del derecho interno.

En cada una de las definiciones intentadas, existe un denominador común: su principal característica distintiva es su “condición de indeleble”, 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.

Existe coincidencia en considerar que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obliga, a diferencia del dere-

cho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados resaltó este carácter prescribiendo que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general” y aporta una definición indicando que “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” (artículo 53).

Las normas del *ius cogens* sólo recogen principios consuetudinarios fuertemente arraigados en la conciencia jurídica de la humanidad, de ahí que no todas las normas consuetudinarias que conforman el derecho internacional lo constituyen.

SIETE CONCLUSIONES A MODO DE SÍNTESIS

SOBRE LA DEFINICION DEL IUS COGENS Y SUS CARACTERISTICAS:

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, de 1969, recoge una definición de *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”.

Sin embargo es una definición incompleta que pone el acento en el carácter imperativo de la norma internacional convencional, sin determinar cuál es su contenido específico.

Por ello es necesario e imprescindible en la actual etapa de su evolución, precisar el contenido.

SOBRE EL CONTENIDO DEL “IUS COGENS” Y LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

La definición no alcanza. Debemos individualizar los contenidos “*ius cogens*”.

Uno de los contenidos que participan de esa condición son los llamados “delitos de lesa humanidad”.

¿Cómo se definen y caracterizan los llamados delitos de lesa humanidad?

Los denominados también crímenes contra la humanidad son aquellos que 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.

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, lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos.

Afectan a la persona como integrante de la “humanidad” y como tal:

- Agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano;
- Son derechos fundamentales: son humanos, antes que estatales;
- No pueden ser suprimidos por el Estado Nacional;
- Si no son respetados, tienen tutela transnacional;
- Son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado;
- Requieren que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos;
- No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno;
- No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura y el secuestro;
- No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación;

- Se censura con todo vigor a grupos que detentan el poder estatal que actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento.

Las prohibiciones de la esclavitud, de la piratería y del uso de determinadas armas fueron las primeras a las que se les reconoció el estatus de normas *ius cogens*.

Más tarde se integró el contenido con la sanción y prevención del genocidio, la desaparición forzada de personas, la tortura u otros tratos y castigos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la discriminación racial.

Todos ellos constituyen una ejemplificación no exhaustiva de normas de derecho consuetudinario a las que se les reconoce este carácter preeminente e imperativo.

Organismos internacionales y diversos tratados comenzaron a incluir dentro de la comisión de delitos contra la humanidad: el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación u otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos en la ejecución de o en conexión con cualquier otro crimen, ya sea que hayan sido cometidos o no en violación a las leyes internas del país donde se perpetraron.

En 1949 se dispusieron cuatro convenciones en Ginebra frente a casos “*de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes*”. Cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

“Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*

- b) la toma de rehenes*
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.”*

El Estatuto del Tribunal Internacional creado para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991, incluyó en su enunciado los delitos contra la humanidad.

Entre ellos enuncia “*el asesinato, el exterminio; la esclavitud; la deportación; el encarcelamiento; la tortura; la violación; las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; otros actos inhumanos*”

Luego, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reiteraría esta enunciación en la adopción del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, definiendo a los crímenes de lesa humanidad como aquellos que “*han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso*”.

Precisamente el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, en su artículo 31, establece que “*se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal:*

- a) Asesinato de miembros del grupo;*
- b) Graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial;*
- d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo;*
- e) Traslados forzados de niños del grupo a otro grupo”*

También que

“serán castigados los siguientes actos:

- a) el genocidio;*
- b) la colaboración para la comisión de genocidio;*
- c) la incitación directa y pública a cometer genocidio;*

- d) *la tentativa de genocidio;*
- e) *la complicidad en el genocidio*”.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su preámbulo afirma que *“los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”*; asimismo, se expresa la decisión de *“poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”*.

El artículo 7 del mencionado Estatuto precisa aquellas conductas comprendidas dentro del concepto delitos de “lesa humanidad”, incluyendo a los siguientes:

- a) asesinato;
- b) exterminio;
- c) esclavitud;
- d) deportación o traslado forzoso de población;
- e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) tortura;
- g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, 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;
- i) desaparición forzada de personas;
- j) el crimen de apartheid;
- k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Lo expuesto implica y delata que ningún Estado parte puede convenir ni suscribir convenios bilaterales o multilaterales que contengan cláusulas que desconozcan y/o contradigan los contenidos *ius cogens* mencionados.

Para ello, los Estados Parte tienen obligaciones que adoptan al formar parte de la comunidad internacional e integrar organismos internacionales.

SOBRE LA OBLIGACIÓN QUE MANTIENEN LOS ESTADOS DE APLICAR LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS:

La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, **imponen al Estado argentino el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad.**

Las normas del Derecho Internacional vigentes para la República Argentina que conforman los tratados, las normas consuetudinarias y los principios generales de derecho revisten el doble carácter:

- a) normas internacionales;
- b) normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución.

En consecuencia, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Ello no significa que los estados parte no puedan limitar o suspender la vigencia de los derechos en casos de emergencia y excepción.

Los propios pactos internacionales de derechos humanos lo admiten frente a graves conflictos internos o internacionales. El artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura expresa: *“...en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”*.

¿QUIÉN INTERPRETA LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS?

Sobre la interpretación de los tratados internacionales:

La SCJN ha establecido en “Giroldi”: (Fallos 318-514) que “*los criterios adoptados por los órganos de aplicación en el ámbito internacional resultan obligatorios para los tribunales locales*”.

La Convención Americana ha impuesto las siguientes obligaciones al Estado:

- a) Un principio general que clasifica en:
 - 1) esclarecer los hechos y
 - 2) Asumir las responsabilidades;
- b) Garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial;
- c) Obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos;
- d.) Adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación y los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos, las cuales no se encuentran sujetas a excepciones;
- e.) La obligación de los Estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares para que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades.

En nuestro país, el proceso evolutivo sobre la vigencia de la supremacía constitucional y la relación de subordinación entre la Constitución y los tratados internacionales, es muy rico y contradictorio. Su desarrollo lo hemos efectuado en otros aportes.

Me interesa destacar en la presente “síntesis” algunas decisiones relevantes que la actual CSJN ha establecido en referencia al *ius cogens*:

Sobre el alcance interpretativo que implica incorporar un tratado de derechos humanos con la misma jerarquía que la Constitución Nacional, en las condiciones de su vigencia:

Existe en la apreciación judicial, a partir del año 2005, una interpretación diferente en torno al concepto “en las condiciones de su vigencia”, en oportunidad de aprobar un tratado de derechos humanos.

El argumento que invocan los defensores de los responsables de haber cometido delitos de lesa humanidad, hace referencia al principio de legalidad y su “manifiesta violación” en torno al artículo 18 de la Constitución Nacional.

Se ha sostenido que no se puede tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas, y aplicar normas internacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad dado que éstas no habrían estado vigentes para el Estado argentino al momento del hecho que data entre los años 1976 y 1977.

La primera cuestión a resolver consiste en establecer:

- 1) Si para la época de los hechos investigados el delito de desaparición forzada de personas se hallaba tipificado en nuestra legislación interna, y
- 2) Si para ese entonces existía ya una norma vinculante para el Estado argentino que atribuyera la condición de crimen de lesa humanidad a ese delito.

La CSJN parte de interrogarse sobre el alcance del concepto “desaparición forzada de personas” en el Derecho Penal Internacional.

El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas incorporada a la Constitución por ley 24.556, la define como “*La privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que 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 la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona*”.

¿Se encontraba dicha norma tipificada al momento de los hechos que motivan la presente causa?

El tribunal sostiene que sí: “*...el delito de desaparición forzada de personas ya se encontraba tipificado en distintos artículos de nuestra legislación penal interna como ‘delito de privación ilegítima de la libertad’. La norma del Código Penal contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados ‘desaparición forzada de personas’.*”

En cuanto a la vigencia temporal, la evolución del Derecho Internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial permite afirmar que, ya

para la época de los hechos imputados, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos condenaba la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad.

Uno de los aportes más trascendentes en materia interpretativa que muda el criterio sostenido antes del caso “Simón” es la determinación de la entrada en vigencia de un tratado de derechos humanos.

Al respecto, el tribunal coincide en determinar que: al aprobarse y ratificarse un tratado de derechos humanos y otorgarle la jerarquía constitucional, no se incorpora a partir de ese momento al derecho interno argentino, sino que dicho acto institucional, constituye “*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*”.

Para la época de los hechos investigados que datan desde 1976 a 1978 aproximadamente, 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*).

El Dr. Antonio Boggiano es quien ha enfatizado que “*La Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, en su art. 75 inc. 22, hace una ‘referencia’ al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional universal. Tal referencia significa la remisión a un tratado vigente internacionalmente del cual la Argentina es Estado Parte y a su interpretación*”.

No es “recepción”, “incorporación” o “adaptación”. Todos ellos son métodos de nacionalización de los tratados. El propio Boggiano sostiene que cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un “juicio constituyente”, por autorización y delegación de la Convención Constituyente expuesta en la Constitución misma, según el cual, al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución, deduce que el tratado no sólo es arreglado a los principios de derecho público de esta Consti-

tución, sino que el tratado no deroga norma alguna de la Constitución, sino que la complementa.

El “juicio constituyente” constituye a mi entender un **acto político no justiciable**, dado que no puede ser revisado por la Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. Al aprobar e incorporar el instrumento internacional, se “**afirmó**” el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad para asegurar su aplicación internacional.

Es interesante observar que en los trabajos preparatorios de la Convención Constituyente se empleó el verbo “afirmar” en lugar de “enunciar”, a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo.

Vamos a deternos en un tema muy importante:

El artículo 27 de la Constitución Nacional precisa que “*los tratados deben hallarse en conformidad con los principios de derecho público de la Constitución*”.

¿A qué tratados se refiere? ¿Cuáles son los “principios de derecho público” en la actualidad?

La citada norma se refiere a los Tratados Internacionales, pero no a todo el derecho internacional con lo cual el Derecho Penal Humanitario y las disposiciones “*ius cogens*” (delitos de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, prohibición de amenaza y uso de la fuerza, etc.), no están subordinados a un proceso previo de aceptación por los órganos del Estado ni de correspondencia con normas del derecho interno, por lo que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de los Estados.

Se señaló oportunamente en éste mismo ensayo:

- a) En 1853 los tratados internacionales eran una expresión minoritaria de la voluntad del Estado y la mayoría de las normas internacionales eran consuetudinarias. Los tratados eran bilaterales y celebrados para resolver problemas concretos (armisticios, límites);

- b) No existían los llamados Tratados-Ley, es decir aquellos que contienen normas genéricas aplicables en número indeterminados de circunstancias no previstas a priori (Derecho del Mar, Derecho de los Tratados);
- c) No existían organismos internacionales y en consecuencia, no se habían presentado dos fenómenos que revolucionaron el derecho internacional y su relación con el derecho interno: el derecho comunitario y la protección internacional de los derechos humanos.

En la reforma constitucional de 1994 el artículo 75 inciso 22 provocó:

- 1) la consagración expresa del principio según la cual los tratados y convenciones internacionales tienen jerarquía superior a las leyes;
- 2) la conformación del bloque de constitucionalidad federal en el derecho argentino integrado por la Constitución Nacional, los once instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y los que el Congreso eleve con posterioridad.

Por ello, los “principios de derecho público” en la actualidad se sostienen en la nueva concepción del Derecho Internacional Humanitario y no pueden ser barrera para justificar la inaplicabilidad del *ius cogens* como nueva fuente suprema del derecho.

En 1994 se produjo la reforma parcial de la Constitución en nuestro país. Dentro de las atribuciones del Congreso que han sido individualizadas en el artículo 75, se dispone la competencia del órgano para la aprobación de los tratados internacionales y expresamente se incorpora con la misma jerarquía que la Constitución a once tratados de derechos humanos por decisión del convencional. Es decir, que el “juicio constituyente” lo hizo la Convención. Ella dedujo y resolvió que dichos tratados son afines con la norma constitucional.

Luego, la Convención le ha delegado al Congreso la posibilidad de ensayar un nuevo juicio constituyente sobre aquellos tratados de derechos humanos que eventualmente pueda incorporar en el futuro. 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.

Cuando se incorporan los tratados sobre Desaparición Forzada de Personas (1997) y la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad (2003), el “juicio constituyente” lo hace el Congreso por delegación de la Convención que así lo dispone en la propia Constitución Nacional.

Los tratados enumerados en el artículo 75 inciso 22 y los que posteriormente el Congreso confirió la misma jerarquía que la constitución, se aprobaron “*en las condiciones de su vigencia*”.

Dicha frase, “*en las condiciones de su vigencia*”, constituye el otro fundamento trascendente:

Efectivamente: En Ekmekdjian, la SCJN disponía que “*en las condiciones de su vigencia*” significaba que el tratado se aplicaba con las reservas que nuestro país estableció en oportunidad de su aprobación. Ahora, la interpretación es otra:

“*En las condiciones de su vigencia*” debe interpretarse que los tratados de derechos humanos al aprobarse mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen de la interpretación que la autoridad de aplicación que esos tratados haga sobre sus convenciones.

La Corte Interamericana ha sido fiel intérprete de este postulado en los casos “Barrios Altos” y “Velásquez Rodríguez” e incluso, en los autos “Ekmekdjian”, la consulta interpretativa que nuestra CSJN promueve ante el tribunal Internacional sobre el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica es una muestra de ello.

Nuestra CSJN ha abandonado su condición de intérprete final en materia de tratados de derechos humanos y ha delegado esa tarea en los tribunales de aplicación de esos tratados. Frente a litigios donde queden involucradas disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, es la Corte Interamericana; en la aplicación del Estatuto de Roma, el Comité Penal Internacional.

Por eso, cuando se aprueba y ratifica un tratado:

Se “reafirma” un postulado constitucional que viene del “*ius cogens*”

Se hace “referencia” a que el tratado se aplica en las condiciones vigentes “*tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento*”.

Todo esto implica que los tratados 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.

Una conclusión más:

En el Derecho de Gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno.

La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte en la convención, constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado.

Existe un nuevo Derecho Internacional y en consecuencia nuevos “principios” que no podemos ignorar, que condicionan a nuestro derecho interno en un mundo globalizado: nuevos sujetos y una crisis del concepto tradicional de “soberanía”.

SOBRE LOS NUEVOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Juan Carlos Maqueda, citando a Luigi Ferrajoli, menciona que existe “...un nuevo derecho internacional que representa un auténtico pacto social internacional constituyente efectivo por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales inter pares, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico *supraestatal*: ya no es un simple *pactum associationis*, sino además, un *pactum subiectionis*.”

En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de Derecho Internacional no sólo los Estados, sino también los individuos y los pueblos. Esta afirmación es trascendente.

SOBRE LA CRISIS DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE “SOBERANÍA”

Existe una verdadera y relevante transformación en la interpretación tradicional que manteníamos sobre el concepto “soberanía”, atento la existencia de un sistema de normas globales que pueden ser caracterizadas como *ius cogens*, que tienen reconocidas internacionalmente el carácter imperativo, universal, vinculante, inderogable e imprescriptible sobre el derecho interno de cada uno de los Estados Parte.

Ello significa que nuestro principio de legalidad ya no se basa en la creación unilateral de nuevas normas sino que estas deben estar conformes con un ordenamiento internacional que impone pautas de conducta a las que no podemos contradecir.

La Convención Constituyente y el propio Congreso de la Nación ya no son más soberanos si por “soberanía” entendemos independencia de criterio y oportunidad.

Nuevas normas que son elaboradas por el legislador internacional e interpretadas por jueces supra-nacionales, tienen aplicación y se imponen sobre nuestro derecho interno.

Sabemos ahora:

- Que no podemos suscribir convenios con otros Estados ignorando o contradiciendo contenidos “*ius cogens*”;
- Que la discrecionalidad de los poderes políticos no alcanzan a los llamados “delitos de lesa humanidad” de tal manera que no cabe la amnistía ni el indulto de personas condenadas de haber cometido ese tipo de delitos;
- Nuestro derecho Penal interno cede frente a los llamados delitos de lesa humanidad su imperio. Caracteres como la imprescriptibilidad o la inderogabilidad se establecen para quedarse en nuestro derecho interno por voluntad del derecho *Derecho de Gentes*.

CONSIDERACIONES FINALES QUE SIRVEN DE EPÍLOGO AUNQUE PODRÍAN HABERSE TRANSCRIPTO EN UN PRÓLOGO:

La existencia de órganos internacionales integrados por jueces probos que sancionen y castiguen a los responsables de los delitos de lesa humanidad en cualquier parte del mundo en que residan, para que no queden impunes, es una aspiración sana, de enormes valores éticos, trascendentes para la consolidación de la dignidad humana.

Sin embargo, cuando analizamos el contexto internacional beligerante, la modalidad del “derecho de veto” en Naciones Unidas impuesto por los países que han triunfado en la última guerra y los sistemas adoptados por los países industriales más ricos, aquella idea parece quedar subsumida por intereses geopolíticos.

Estamos asistiendo en algunos casos como testigos (por medio de la visualización por los medios de comunicación global) y en otros casos personalmente (pueblos involucrados en una verdadera guerra de intereses) a un nuevo escenario de conflictos internacionales.

Países que invocan como justificación la mentira y el engaño de “haber descubierto la fabricación de armas biológicas de destrucción masiva” para incorporar a otros Estados a una “guerra santa” y someter, simultáneamente, a pueblos postergados.

El “eje del mal” o la “guerra santa”, son consignas a partir de las cuales se genera un verdadero genocidio sobre esos pueblos ajenos a tanta barbarie. ¿Quién actúa contra sus dirigentes? ¿Qué proceso judicial se ha impulsado ante el Comité Penal Internacional contra sus responsables? ¿Existen matanzas ilegales y legales?

Se han tramitado procesos contra Milosevic como responsable de las matanzas religiosas en la ex Yugoslavia y también contra el responsable del genocidio en Ruanda. ¿Proseguirán contra los jefes de Estado de países industrializados?

Pretendo un Derecho Internacional Penal Humanitario pero temo que los organismos internacionales y los jueces de esos organismos discriminen el Derecho Universal en detrimento de los Estados que carecen del poder de veto en Naciones Unidas.

¿Qué hacer?.

Confiar en que un nuevo derecho es posible.

Frente a la alternativa de carecer de las normas *ius cogens* y tenerlas por reconocidas, me adhiero sin duda alguna a la segunda alternativa.

Deberemos los hombres de derecho impulsar los debates necesarios y potenciar las denuncias que correspondan para construir, entre todos, un mejor derecho fundado en la dignidad humana y para que “nunca más...”.

Rosario, Marzo de 2010.