

EL JUS COGENS Y SU IMPRONTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Sebastián F. García Amuchástegui

Abogado, Especialista en Derecho Judicial
y de la Judicatura (UCC), Diplomado en
Derecho Procesal Penal por la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales (UNC).

Palabras claves:

*Costumbre, principios
generales del derecho,
derecho penal, derechos
humanos.*

Key words:

*Tradition, general
principles of law, criminal
law, human rights*

Resumen

La aplicación de la norma de *jus cogens* en el ámbito interno por parte de la CSJN constituye, aún hoy, una cuestión de incipiente análisis doctrinario pero, por sobre todo las cosas, de alto interés práctico.

Abstract

The application of the rule of *jus cogens* internally by the Supreme Court is, even today, a point of incipient doctrinal analysis but, above all things, high practical interest.

Introducción

La República Argentina al igual que la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional, se encuentra inmersa dentro de un sistema normativo de índole supranacional que afecta, según la adopción que cada país haga del mismo, el orden jurídico interno.

Dicha aseveración, que encuentra sustento insoslayable en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en materia de derechos humanos se ve plasmada, específicamente, en el ámbito del derecho penal y, en lo que aquí interesa, en la concepción actual en torno a la validez temporal de la ley penal en relación a los denominados delitos de lesa humanidad.

En tal sentido, el máximo órgano judicial argentino al resolver las causas sometidas a su consideración, en especial las referidas al juzgamiento de los crímenes de Estado ocurridos en la República Argentina entre los años 1976-1983, aplicó en sus sentencias normas del derecho internacional¹; ya sea tanto en lo que se respecta a los tratados internacionales, toda vez que los mismos se encuentran expresamente establecidos en la Constitución Nacional como fuente normativa a través de lo establecido en sus arts. 27, 31 y 75.22, como también, otras fuentes del derecho internacional (v.gr: *costumbre internacional y principios generales del derecho*) las cuales, vale recordar, no se encuentran explícitamente indicadas en la CN, lo cual no lució como óbice para que el citado tribunal las hiciera derivar de la referencia al "Derecho de Gentes" contenida en el art. 118 de la CN y, en definitiva, las aplicara a los casos sujetos a su consideración.

Y es, en este último supuesto, en donde se encuentra el objeto de estudio del presente trabajo. En efecto, como ya se adelantó, la CSJN admitió, sin tapujos, el carácter de fuente normativa de la costumbre internacional en el orden interno, justificando por consiguiente, el ingreso de la norma de *jus cogens*² como fuente normativa de primer orden con

¹ Por citar algunos: 1) CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/ 94) - A 1996-I-328.Fallos 318:2148, 2) 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. - SJA 2004-IV-426, 3) CSJN, 14/06/2005 - Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad -SJA 2/11/2005, etc.

² Con tal carácter (es decir de derecho consuetudinario). Se señala esto porque, como ya se verá, la naturaleza de la norma de *jus cogens* constituye, aún hoy, una cuestión controvertida.

prevalencia sobre la primera parte de la constitución y los principios de derecho público consagrados en la misma³.

Dicha cuestión implicó, en lo concreto, que la mayoría de las conductas imputadas a los supuestos autores de los *crímenes de lesa humanidad* ocurridos en nuestro país fueran consideradas imprescriptibles, a partir de estimar -principalmente- que al momento de comisión de las mismas existía una costumbre internacional⁴ (*jus cogens*) que ya los consideraba en tal sentido, sorteando de esta manera los problemas de aplicación retroactiva de la ley penal -y por consiguiente de contraposición expresa al principio de legalidad penal previsto en el art. 18 de la CN- que podían surgir de fundarse la imprescriptibilidad de los crímenes de Estado sólo en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual fue ratificada por la República Argentina entre los años 1995 (ley 24.584 de aprobación) y 2003 (decreto 579/2003 del PEN de adhesión)⁵, adquiriendo jerarquía constitucional también en el mismo año (ley 25.778).

Es por ello, que en el presente trabajo se pretende escrudiñar el verdadero sentido y alcance que la norma de *jus cogens* encuentra, tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial (nacional e internacional) y, a partir de ello, determinar si su aplicación, en el caso concreto, por parte de la CSJN puede traer aparejado aquello que se ha dado en llamar **neopunitivismo**, o mejor dicho, en términos del Dr. Daniel Pastor, la realización de un derecho penal a ultranza en donde, en la mayoría de los

³ DRNAS de Clément, Z, SARTORI, Susana M, 2010, *La aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Lerner Editora, Córdoba, pág. 28.

⁴ No debemos olvidar en este acápite que en otros campos del derecho se reconoce, junto al Derecho Legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho Consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar **legalmente**. Es por ello que se afirma que, del tenor literal y del sentido del principio de legalidad se sigue necesariamente que en Derecho Penal está prohibida la aplicación del Derecho consuetudinario en perjuicio del reo. Así lo entiende Claus Roxin, quien al rechazar que el derecho consuetudinario pueda fundamentar o agravar la pena sostiene que "(...) *En cambio, a efectos de atenuar y eximir de responsabilidad penal el Derecho consuetudinario es admisible sin restricciones, exactamente igual que la analogía favorable al reo (...)*" ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la 2º. Edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 159 y 161.

⁵ PASTOR, Daniel R., 2011, "Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva (o la prescriptibilidad penal como garantía de seguridad jurídica)", en *Derecho Penal y Democracia. Desafíos actuales*, libro homenaje al Prof. Dr. Jorge De La Rúa, Astrea, Córdoba, p. 673.

casos, las garantías penales fundamentales se ven menoscabadas por un incipiente interés en el castigo de cualquier persona catalogada "prima facie" como violadora de los derechos humanos esenciales.

En tal sentido, interrogantes tales como: ¿Es cierto que al momento de la comisión de los hechos considerados como crímenes de lesa humanidad en nuestro país existía en el ámbito internacional una *opinio iuris sive necessitatis* en la práctica sucesiva o instantánea de los Estados de tal envergadura, que permitiera afirmar la existencia de una costumbre internacional que considerara imprescriptibles a los delitos de lesa humanidad? ó ¿Se ha constituido la CSJN en una suerte de colegisladora en materia de delitos de lesa humanidad? ó ¿Puede fundarse la imprescriptibilidad de un delito de lesa humanidad primordialmente en el derecho de gentes? se presentan como de ineludible tratamiento, máxime si, como es sabido, en materia penal⁶, por regla, la única fuente de producción es la ley⁷, es decir aquella dictada conforme los cánones establecidos en la CN⁸.

⁶ Por lo menos en el sistema continental, del cual la Rep. Argentina forma parte.

⁷ Ver en tal sentido: SOLER, S., 1963, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, TEA, Bs. As., pág. 121.

⁸ Así, se ha afirmado: "(...) que el tema de las fuentes (propio de la teoría general del derecho que (...) además de la ley reconoce también el carácter de fuente a la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, los tratados internacionales, los principios generales del derecho (...) en la mayor parte de los casos ha sido elaborado teniendo en miras el ordenamiento jurídico en su totalidad, razón por la cual muchas de sus proposiciones pensadas para captar otras situaciones jurídicas muy diversas, no son válidas y aplicables sin más ni más a una parcela del mundo normativo que, como el derecho penal moderno -en virtud de sus particulares y perentorias exigencias de seguridad y certeza- rechaza una concepción pluralista en esta materia. Ello así, por cuanto a partir de la efectiva realidad de los postulados políticos e ideológicos del Iluminismo, ha arraigado firmemente en el derecho penal occidental la vigencia plena del principio "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege" (...)". FIERRO, Guillermo J., *Legalidad y retroactividad de las normas penales, fuentes del derecho, legalidad en el Derecho Tributario, procesal penal y aduanero*, 1 ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 45/46.

CAPITULO I

JUS COGENS

1. Origen. Evolución histórica

Una de las máximas establecidas en el derecho romano antiguo prescribía que las reglas emanadas del *ius publicum* no podían ser derogadas por las convenciones particulares (*ius publicum privatorum pactis mutari non*). Dicho apotegma implicaba, en lo concreto, que el acuerdo de partes se presentaba como ineficaz para sortear las reglas jurídicas de índole públicas que regían en general, lo cual ha sido considerado, por algunos doctrinarios, como el arquetipo más remoto del *rasgo esencial* al que alude la norma de jus cogens: la inderogabilidad de la norma imperativa por un acuerdo inter partes⁹.

Con el transcurso del tiempo el aforismo de mención fue traspolado al derecho positivo de todos los Estados de tradición romanista, cuyo ejemplo más claro, lo encontramos en el art. 6 del Código Napoleónico¹⁰. Es en este contexto histórico en donde las normas imperativas denotaban -en el plano interno- la premisa de que el orden público¹¹ y las buenas costumbres no podían ser derogados por la voluntad de los particulares. Había pues, un derecho imperativo o impositivo, un *jus cogens*¹², el cual, si bien, no era

⁹ GÓMEZ ROBLEDO, A., 2003, *El ius cogens internacional, Estudio crítico-histórico*, Segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica, Núm. 147, Universidad Nacional Autónoma de México, Méjico, pág. 01.

¹⁰ "On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intérrsent l' ordre public et les bonnes moeurs". DRNAS de Clément, Z, "Las normas imperativas de Derecho (...)", op. cit. pág. 01.

¹¹ Las normas de *jus cogens* han sido comparadas con normas nacionales de orden público. De hecho, *ius cogens*, es visto como una forma de realización del principio de que "ciertos tipos de contratos son, por su propia naturaleza, perjudiciales para la sociedad y por lo tanto contrarios al orden público". REITER-KORKMAZ, Axelle, "Going Global: Individual Rights, Universal Norms and the Existence of an Overarching Normative Hierarchy in International Law", *European Journal of Legal Studies* ([http:// www.ejls.eu/4/53UK.htm](http://www.ejls.eu/4/53UK.htm)).

¹² GÓMEZ ROBLEDO, A., "El ius cogens internacional, Estudio crítico-histórico (...)", op. cit. pág. 3/4.

conocido en la antigüedad con este último término¹³, sí reunía algunos de los rasgos característicos que hoy presenta la mentada norma jurídica.

Dicho derecho imperativo llevaba ínsito, en su esencia, la premisa excluyente de la existencia de un conjunto de reglas de derecho que excluían toda actitud arbitraria de las personas privadas, aplicándose incluso, aunque las partes no lo quisieran o aceptaran.

En tal sentido, algunos autores han sostenido que la idea de normas imperativas, no derogables, tuvo su origen en la labor propia desarrollada por los pandectistas y no en el derecho romano antiguo. Para Paul Guggenheim:

"(...) La expresión jus cogens aparece en primer lugar con los pandectistas. Fue Windscheid quien buscó definirla como las reglas de derecho que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas, estas se aplican aunque las partes quieran excluirlas, estas se imponen (...)"¹⁴.

Como se desprende, los mencionados *antecedentes remotos* del jus cogens trazan una distinción evidente entre el denominado derecho dispositivo, más propio del derecho de índole privado, y las normas integrantes del derecho público entre las cuales se encuentran incluidas, indudablemente, las normas de derecho penal¹⁵.

Es que, como es sabido, en materia de contratos rige, por regla, el principio de la autonomía de la voluntad¹⁶ por medio del cual se consagra que cada individuo es libre para crear y modificar su propia situación jurídica, poseyendo la facultad de no obligarse, o de precisar las reglas bajo las cuales contrata; pero una vez empeñada su palabra, debe cumplirla¹⁷,

¹³ Es que el jus cogens (como ya se verá, en el capítulo 2 del presente trabajo) formalmente, con esa designación, recién ingresó en el Derecho internacional a través de los Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas (CDI) sobre Derecho de los Tratados y sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos ilícitos.

¹⁴ GUGGENHEIM, P., 1967, *Traité de droit international public*, ed., Librairie Georg, Ginebra, pág. 128.

¹⁵ En el Asunto del Sudoeste africano, segunda fase, en la opinión disidente del juez TANAKA se recoge la distinción entre *ius cogens* y derecho dispositivo (CIJ, *Recueil*, 1966, pág. 258 y ss.).

¹⁶ El Código Civil Argentino en su artículo 1197 establece: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

¹⁷ TINTI, Guillermo P., *Autonomía de la voluntad en el contrato y criterios para su consideración judicial*, en Academia Nacional de Derecho. Dirección URL: <http://www.acaderc.org.ar>.

salvo que las mismas atenten, como ya se adelantó, contra el derecho imperativo o *jus cogens*¹⁸. Por el contrario, en las normas penales el Estado no deja librada a la voluntad de los individuos la creación de derechos, obligaciones y responsabilidades, sino que fija normas directamente destinadas a la generalidad, y procede como poder soberanamente regulador de las mismas¹⁹.

Mientras todo esto ocurría en el derecho interno, en el ámbito propio del derecho internacional público el cual, por regla, no goza (aún en la actualidad) de un legislador en sentido propio, la función singular de la norma imperativa la cumplía, para algunos, el *jus naturalis*.

En tal sentido, en los primeros albores del derecho internacional, la idea imperante consistía en la existencia de un derecho inmutable, inmanente a todo sistema jurídico que tenía su fundamento en la Ley natural²⁰.

Entre los seguidores de dicha teoría se enrolaban los teólogos-juristas españoles Francisco de Vitoria y Suárez, quienes entroncados en la concepción tomista de la Ontología de la Ley consideraban que la Ley positiva encontraba su fundamento último en la Ley natural. Fueron dichos clásicos españoles los que insertaron, finalmente, al Derecho Internacional o *Derecho de Gentes*, en el marco de la Comunidad Internacional, a partir de la idea de que el mismo recibe su razón de ser y su ámbito universal en la concepción de la "unidad del Género Humano"²¹.

Si bien, en la actualidad, tal concepción iusnaturalista (al menos en su versión más radical) ha perdido virtualidad frente a las concepciones de raigambre positivistas (v.gr: teoría de la norma fundamental suprema de

¹⁸ El art. 21 del Código Civil de la República Argentina prescribe que "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

¹⁹ SOLER, Sebastián, 1963, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, TEA, Bs. As., p. 30/31.

²⁰ Por regla, todas las normas del Derecho Internacional Público son de carácter dispositivo, en el sentido de que dos Estados pueden acordar entre sí una regulación que se aparte del D.I común en la medida en que no afecte los derechos de los terceros Estados. Sin embargo, junto a estas normas hay otras que los Estados tampoco pueden modificar inter se. Así, por ejemplo, ya con anterioridad a la Carta de la Organizaciones de Naciones Unidas eran nulos los tratados que se opusiesen a las buenas costumbres (contra *bonos mores*).

²¹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, 1983, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, sexta edición, Tecnos, Madrid, p. 73.

Hans Kelsen, teoría dogmática de Perassi, etc.) lo que se debe tener en cuenta es que **siempre**, desde antiguo, **han existido normas taxativas** (*jus cogens*), toda vez que, al menos en teoría, siempre fue impensable ponderar la existencia de un ordenamiento jurídico que desconozca en absoluto bienes e intereses jurídicamente protegidos ^{22 23}.

Lo cierto es que el *jus cogens* -tal como se lo conoce en la actualidad- adquirió su verdadera impronta en el Derecho Internacional a través de las labores de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas²⁴ en materias vinculadas de responsabilidad y derecho de los tratados²⁵.

Fue en la actividad desarrollada por dicha Comisión, más precisamente en la tarea de codificación del derecho de los tratados, en donde se fueron perfeccionando y definiendo algunos de los perfiles que hoy caracterizan a la norma de *jus cogens* y, en donde, se consagró a la misma como parte integrante del derecho internacional convencional.

En efecto, si bien la mencionada Comisión en sus diversas actividades anteriores a la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (1968-1969) ya había esbozado algunas ideas a través de sus relatores sobre la existencia de normas imperativas (v.gr: proyecto de Sir

²² VERDROSS, Alfred, 1976, *Derecho Internacional Público*, 5ª edición alemana, refundida y aumentada con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, pág. 112.

²³ Lo dicho no debe ser entendido en el sentido de que el derecho penal no involucra normas de *jus cogens*. Por el contrario, para ciertos autores es en el ámbito propio del denominado *Derecho Penal Internacional* en donde se avizoran la existencia de normas penales, que pueden ser NO ESCRITAS, pero presentes en la conciencia internacional como una norma del "ius cogens". El principio del nulla crimen sine lege (scripta) no tiene vigencia en este Derecho Penal. (Ver en tal sentido: DOBOSEVK, *La Jurisdicción internacional Penal*, en *Aequitas virtual*, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Salvador, en página web: www.usal.edu.ar).

²⁴ Precisamente, en los informes elaborados por el relator **Sir H. Lauerpacht** (1953) sobre la validez de los tratados en relación a la legalidad de su objeto es que, **por primera vez, se hizo referencia al carácter cogent de estas normas**. La definición dada por Lauerpacht introduce por primera vez el concepto de "cogent", que de conformidad con el Merriam Webster Dictionary significa, "having the power to compel or constrain". En castellano no existe una acepción equivalente, razón por la cual, se deja la palabra "fuerte" a sabiendas de que no refleja en su totalidad el concepto de la palabra en inglés. (Cfre: VARON MEJIA, Antonio, *Orden Público Internacional y Normas Jus Cogens: Una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>).

²⁵ DRNAS de Clément, Z, "Las normas imperativas de Derecho (...)", op. cit. pág. 03.

Humphrey Waldock, de Fitzmaurice)²⁶, lo que interesa remarcar aquí es que, salvo algunos negadores del *jus cogens*, el debate en el proceso de codificación y desarrollo en el derecho internacional sobre la materia se dio entre dos grupos antagónicos, a saber: a) los que reconocían el *jus cogens* pero veían problemas insuperables para identificar dichas normas jurídicas y b) entre quienes confiaban en que luego de su inclusión en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, más precisamente, sobre la nulidad de cualquier tratado que contravinieran normas de *jus cogens*, es que estas últimas se irían identificando por la jurisprudencia, la *opini3n iuris* expresadas por los Estados en diversos foros internacionales y la doctrina²⁷.

Fue esta última idea la que prevaleció, toda vez que, como ya se expresó, en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁸ (en adelante CVDT) se consagró al *jus cogens* en el derecho internacional convencional al incorporarlo expresamente en los arts. 53²⁹, 64³⁰ y correlativos. Sin embargo, dicha consagración no trajo aparejado, en lo concreto, que se estableciera un catálogo o enumeración de las normas que debían ser entendidas como de *jus cogens*, lo cual sigue constituyendo, como se verá en los próximos capítulos, una cuestión (al menos en ciertos aspectos) controvertida.

²⁶ Siguiendo lo señalado por Gómez Robledo, hay tres etapas que se deben distinguir: a. El anteproyecto presentado por sir Humphrey Waldock en 1963. Posición que siguen autores como Suy y Rosenne. Este es el momento en el que se explicita el término "*ius cogens*". b. Otros autores como Jerzy Sztucki consideran que el estudio normativo del *ius cogens* empieza con el proyecto presentado por Lauterpacht en 1953, quien era, en ese momento, el relator especial de la CDI para el derecho de los tratados. c. Un tercer momento está dado por el informe efectuado en 1950 por el profesor Jesús María Yepes, miembro colombiano en la CDI, quien manifestó en la Comisión su preocupación en lo relativo a la validez de los tratados internacionales en función de la licitud del objeto.

²⁷ VALLARTA MARRÓN, José Lu3s, *La argumentación jurídica en torno al jus cogens internacional*, en página web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: www.jur3dicas.unam.mx, pág. 25.

²⁸ La cual fue aprobada por la República Argentina mediante ley n° 19865, siendo ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5/12/1972, encontrándose en vigor desde el 27/01/1980.

²⁹ Art. 53. Tratados que están en oposici3n con una norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"): *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebraci3n, esté en oposici3n con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convenci3n, 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.*

³⁰ Art. 64: Aparici3n de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"): *Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposici3n con esa norma se convertirá en nulo y terminará.*

1.1 Concepto. Naturaleza jurídica

Una de las cuestiones complejas de la terminología del derecho internacional, se encuentra referida a la necesidad de trazar los *justos límites* de la formulación del denominado *jus cogens*. Dicha cuestión, no menor, se ve acrecentada cada vez más por el uso reiterado y sistemático que de dicho término lingüístico hacen, no solamente, las obras de doctrina, sino también los tribunales nacionales como foráneos³¹.

A priori, parecería que en cada rincón del universo jurídico se esconde un rescoldo que forma parte del difuso *contenido* de las normas que poseen el carácter de *jus cogens*, siendo aprovechada dicha situación por quienes afirman, de manera reiterada, la existencia sin parangón de la mentada norma jurídica. Ello trae aparejado *-en no pocos casos-* que el uso argumentativo (y simbólico) que de la misma se hace (al aplicarla al caso concreto), represente una aplicación inexacta de su verdadero carácter y, por consiguiente, de su impronta como norma fundamental para salvaguardar los bienes fundamentales de una sociedad dada.

Así, por un lado, se encuentran aquellos que afirman que el término *jus cogens*³² denota la idea de la existencia de *normas superiores* (imperativas) de la comunidad internacional, presentes en la cúspide de cualquier sistema

³¹ La jurisprudencia internacional ha reconocido gran cantidad de prohibiciones absolutas con fundamento en las normas de *jus cogens*. Un ejemplo claro de ello de lo constituye la labor efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual, desde el año 2006, ha sostenido mediante reiterada jurisprudencia que *"la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de jus cogens"*. (Ver en tal sentido: Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Párr. 84. "Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 118; Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso La Cantuta Vs. Perú." Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 115 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202. Párr. 59).

³² No se tratará en este trabajo la relación de género a especie que existe entre las normas erga omnes y las normas de *jus cogens*. Vale aclarar, sin embargo, que la violación a cualquier de ellas constituye una lesión para toda la comunidad en su conjunto que, en el caso de primeras, conlleva a una afectación de intereses generales de la comunidad internacional y que, en el caso de las segundas, en cambio, lesionan la base misma de la comunidad, en cuanto a los elementos esenciales que le son insustituibles.

normativo³³, constituyendo una concepción de milenaria raigambre en el mundo jurídico.

En tal sentido, se aduce que el término *jus cogens* conlleva, en sí mismo, la idea de un conjunto de normas jurídicas de contenido regulador, en el sentido de aquellas que son utilizadas para identificar un comportamiento o estado de cosas ya establecido, en el cual se prescribe lo prohibido o permitido, por oposición a aquel grupo de normas de carácter constitutivo, que tienden a crear un hecho institucional³⁴.

Dentro la doctrina que afirma la existencia incontrovertible de la norma de *jus cogens* se encuentran aquellos que alegan que, en la actualidad, nadie puede negar que existen "*principios de Derecho Internacional*" que hoy tienen carácter de *jus cogens* por responder al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su supervivencia en cuanto tal, así como a las necesidades morales de nuestro tiempo, incluyendo entre ellos a los "*(...) derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger, no tanto a través de pomposas declaraciones políticas como por medio de reglas procesales que garanticen la puesta en práctica de aquellos derechos fundamentales (...)*".³⁵

En este mismo orden de ideas se enrolan otros que, aceptando la existencia de normas de *jus cogens*, buscan su concepto a partir del propio articulado consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En tal sentido, Acosta Estévez sostiene que dichas normas son aquellas *que no admiten acuerdo en contrario*³⁶, ya que protegen los intereses fundamentales o esenciales que la comunidad internacional precisa para su supervivencia y, en consecuencia, imposibilitan a los sujetos el sustraerse de las mismas. En otras palabras, para el autor de mención las normas de *jus cogens* se encuentran por encima de las voluntades estatales

³³ DRNAS de Clément, Z, *Las normas imperativas de Derecho Internacional General (jus cogens)*. *Dimensión sustancial*, en www.acader.org.ar.

³⁴ LINDERFALK, U. 2008, *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, EJIL, Vol. 18 n° 5, p. 1/2.

³⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, 1976, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2da. Edición, Ed. tecnos, Madrid, pág. 279 y 284.

³⁶ Ver ut supra art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados.

en tanto que no pueden ser derogadas mediante acuerdos de voluntades entre los Estados³⁷.

Sin perjuicio de que la precedente enunciación peca de incompleta, es llamativo que la definición preponderante de la norma de *jus cogens* sea aquella que la articula como una norma jurídica que protege las bases *fundamentales de la comunidad internacional*, y que, a raíz de ello, no admite acuerdo en contrario. Es que, como se puede inferir, el término en cuestión puede ser interpretado de diversas maneras y con distintos matices.

No es que escape al sentido común, la idea obvia de que la violación directa de los derechos humanos fundamentales del hombre constituye, sin lugar a dudas, un ataque directo a los cimientos mismos en que la comunidad internacional se asienta desde su creación como tal. Lo que sucede es que, a la par de ello, existe una zona de penumbra que no habilita a sostener, de manera inequívoca, que la misma se halle comprendida en el amplio espectro de la denominada "*bases indispensables de la comunidad internacional*". Es por ello que Echeverri³⁸ se pregunta: ¿el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario son los únicos asuntos susceptibles de configurarse como normas perentorias que no acepten disposición en contrario?

Ante dicho interrogante el autor de mención responde que la opinión dominante, históricamente, se ha inclinado por responder afirmativamente. No obstante, prosigue, una respuesta concordante con el espíritu general de la Convención de Viena, la cual es aplicable a todo el virtualmente ilimitado espectro de materias susceptibles de ser reguladas por el Derecho Internacional, sugiere, a su entender, un no rotundo como solución. Es por ello que propone, por un lado, un *concepto estricto* de *jus cogens*, es decir aquel derivado del "*Corpus iuris de internacional de protección*" (v.gr:

³⁷ ACOSTA ESTEVÉZ, José, *Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

³⁸ ECHEVERRI, Pablo, *Ius cogens en sentido estricto y en sentido lato: una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del corpus iuris internacional de protección al ser humano*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados) y, por otro, un *concepto lato de jus cogens*, en donde se encontrarían normas relativas al comercio internacional, la diplomacia, la cultura (por ej: normas comerciales que fortalezcan la paz entre los pueblos y eviten correlativamente la guerra; principios y disposiciones culturales que respeten la libre autodeterminación de las naciones; regímenes de cooperación judicial interestatales; estatutos de propiedad intelectual en los cuales de facilite la producción y distribución de medicamentos genéricos, etc.), siempre que cumplan, estas últimas, determinados requisitos (v.gr: *cuantitativos*: números de Estados que converjan en su reconocimiento como norma de *ius cogens* y *cualitativos*: en cuanto a la finalidad de otorgar intangibilidad a esa norma, es decir, blindándola de cualquier acuerdo concomitante o posterior en contrario así como la imposibilidad de derogar sus preceptos bajo ninguna excusa, ni siquiera la guerra misma).

Como se desprende, la enunciación de un concepto acabado de *ius cogens* se encuentra, por el momento, alejada de un rigorismo técnico que evite, en lo concreto, su utilización en aspectos que no la involucran como tal.

Por otra parte, en franca oposición a las posturas precedentemente reseñadas, se ubica otro sector de la doctrina –minoritario- que niega la existencia misma de la norma de *ius cogens* al considerar, por un lado, que ello constituye una concepción anacrónica y carente de asidero y, por otro, al entender que la sociedad internacional no ha alcanzado la estructura y desarrollo necesarios para ello, particularmente por la falta de autoridad jurisdiccional adecuada³⁹.

Más allá de las discrepancias doctrinarias en torno a la existencia o no de la mentada norma de *ius cogens* la cual, en puridad de término, no puede ser negada sin caer en un reduccionismo alejado de la realidad y de la coyuntura internacional, lo cierto es que el término *ius cogens* denota la idea de un conjunto de normas de *contenido inderogable*, por el mismo hecho de que constituyen la *base indispensable para el desarrollo de la*

³⁹ SCHWARZENBERGER, Georg, 1967, *A manual of International Law*, Stevens and Sons, London, p. 29-30; 412-420.

*comunidad internacional*⁴⁰, ya que protege bienes sociales fundamentales, siendo su *formulación permanentemente perfectible*.

Es por ello que, siguiendo al Dr. Arturo Pagliari, se puede afirmar que las normas que participan de los caracteres del *jus cogens* presenta las siguientes particularidades: 1) constituyen un orden público internacional; 2) protegen el interés común (el bien común universal) de la comunidad internacional; 3) constituyen derecho coactivo, perentorio, imperativo; 4) sancionan con nulidad a toda norma derogatoria; 5) son supremas (en cuanto a su categoría); 6) introducen una seria limitación a la autonomía de la voluntad de los Estados; y 7) son modificables por otra norma ulterior de Derecho Internacional General de igual jerarquía⁴¹.

Por último, en lo que respecta a la naturaleza jurídica de las normas de *jus cogens* se ha señalado que las mismas son **normas de derecho internacional general** de condición especial: *normas consuetudinarias o principios generales de carácter superior*⁴². Repárese en esta cuestión, ya que, como se verá más adelante, las normas de *jus cogens*, en lo que aquí interesa, han sido aplicadas por los tribunales nacionales en el desarrollo de los juicios por delitos de lesa humanidad, articulando normas propias del derecho internacional público con las concernientes al derecho penal interno, es decir haciendo aplicación de aquel régimen jurídico especial y novedoso como lo es el *Derecho Penal Internacional*.

1.2 Generación formal

Para la gran mayoría de los autores el *jus cogens* encuentra su naturaleza misma en el derecho consuetudinario (*norma imperativa de derecho internacional general*), es decir que para su generación debe reunir, en principio, los mismos requisitos que para la conformación de toda

⁴⁰ Sea cual fuere el concepto que se adopte en torno a la mentada norma jurídica lo cierto es que, la noción jurídica de la norma de *jus cogens* expresa una **aspiración ética**, lo cual no implica que su fundamento último se encuentre en el derecho natural, ajeno al positivo, sino que, en todo caso, su enunciación evidencia una reacción frente a aquellos actos que socaban la existencia misma del orden jurídico internacional (v.gr: crímenes internacionales) en un *estado determinado de su evolución histórica*.

⁴¹ PAGLIARI, ARTURO S., *Fragmentación del Derecho Internacional. Aplicación y efectos*, en página web: www.oas.com.

⁴² DRNAS de Clément, Z, "Las normas imperativas de Derecho (...)", op. cit. p. 09.

norma consuetudinaria (v.gr: **elemento material**: repetición constante, uniforme de actos u omisiones y **elemento espiritual**: convicción de que la práctica obliga jurídicamente *opinio juris sive necessitatis*) pero con la salvedad de que la misma es oponible a todos los Estados aunque no hayan participado en su formación o, incluso, aunque se hayan opuesto a la misma.

Si bien la Comisión de Derecho Internacional (CDI) no ha definido el origen de la norma imperativa, lo cierto es, conforme lo establecido por el art. 53 de la Convención de Viena, que para su *creación convencional* se requiere la aceptación y reconocimiento de la comunidad de Estados en su *conjunto*.

Y es aquí, precisamente, en donde las aguas se dividen. Para algunos, no es necesario contar con la aprobación *unánime* de los Estados que conforman la comunidad internacional a los fines de la *creación formal* de la norma de *jus cogens*, sino que basta con la aceptación que realicen los *componentes esenciales de la misma*, con lo cual, una vez generada la norma de mención su imperatividad rige para todos los integrantes de la comunidad internacional.

Para otros, en cambio, la existencia misma de las normas imperativas requiere el *reconocimiento y aceptación* de, por lo menos, un tercio de la comunidad internacional de Estados y que, en ese conjunto, estén representadas todas las regiones geográficas, ideológicas, etc. Dentro de este grupo se encuentran aquellos que sostienen que únicamente los Estados son los que tienen la potestad de *declarar* que normas tienen el valor de *jus cogens*, y la forma de hacerlo es a través de *tratados multilaterales universales*.

Sin perjuicio de las divergentes opiniones doctrinarias sobre el mínimo necesario para la consagración positiva de una norma jurídica como de *jus cogens*, lo que cabría preguntarse es: ¿Qué se entiende por comunidad internacional de Estados en su conjunto?, toda vez que la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados estatuye dicho requisito

(art.53) como condición indispensable para el establecimiento (o reconocimiento) vía convencional de la citada norma⁴³⁴⁴.

Si por conjunto se entiende *la totalidad de los elementos o cosas poseedores de una propiedad común, que los distingue de otros*⁴⁵ no puede menos que inferirse, en puridad de término, que la *generalidad* de Estados que componen la comunidad internacional debería concurrir a constatar la existencia de una norma de *jus cogens* y no, como lo sostiene algunos autores, estableciendo mínimos o máximos alejados de las reglas generales de interpretación que encontramos, por ejemplo, en la propia Convención de Viena, sobre todo en lo que se refiere a la primacía del texto (v.gr: art. 31: *Un tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin*); lo cual implica que se debe tomar lo contenido en el texto como la expresión más acabada de la voluntad de las Partes. La forma más apropiada de examinar dicho contenido será aplicando el *sentido corriente* que haya de atribuirse a los términos, más conocida como regla del "sentido claro", que no significa otra cosa que no está permitido interpretar aquello que no necesita interpretación⁴⁶. Así lo ha entendido el T.I.J en cuanto expresó:

"(...) Cuando el Tribunal puede dar efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las palabras empleadas el sentido natural y ordinario,

⁴³ Acosta Estévez citando a CARDONA LLORENS afirma que resulta difícil pensar que dicho termino implique una *operación aritmética* de grupos de Estados y, en consecuencia, parece más coherente que en la calificación de una norma imperativa haya participado todo el conjunto de Estados que represente el colectivo de intereses relevantes para la calificación obligación de que se trate (CARDONA LLORENS, J.: *La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el "crimen internacional")*., en ADI, 1985, VIII, pág. 283). *Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehúsa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto*" (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los tratados: documentos oficiales. Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/II/Add.2, 1971, pág. 519). Cfre: ACOSTA ESTEVÉZ, José, "Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional (...)", op. cit. p. 06.

⁴⁴ No escapa al suscripto que ya, en los antecedentes de la Convención de Viena se hizo referencia a que el término "en su conjunto" no debía entenderse necesariamente como "totalidad", sino en el sentido de una amplia mayoría de Estados. Ver en tal sentido: GÓMEZ ROBLEDO, A., "El *ius cogens* internacional, Estudio crítico-histórico", p. 90 y siguientes.

⁴⁵ Diccionario de la Real Academia Española, consultado en página web: www.rae.es.

⁴⁶ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional (...)", op. cit., p. 132.

*no puede interpretar estas palabras intentando darles otra significación (...)*⁴⁷.

Vale aclarar que cuando la CVDT ha querido establecer una mayoría determinada lo ha hecho en forma expresa (v.gr: art. 9, ap. 2: Adopción: *La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuara por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente*) por lo que mal podría interpretarse que cuando el art. 53 de la citada Convención establece el término “conjunto” lo haya hecho en el sentido de “algunos” Estados, tal como lo entienden los autores precedentemente citados, erigiendo, consiguiente, una mayoría cualificada alejada del propio texto de la ley.

Ahora bien, lo que cabría preguntarse por consiguiente es si lo que debe primar ¿es el sentido literal del art. 53 de la CVDT o el sentido común?, esto último a raíz de que es harto difícil que todos los Estados que integran la comunidad internacional se pongan de acuerdo en *todos los aspectos* para generar la mentada norma jurídica, lo cual conduciría no sólo a resultados irrazonables o absurdos sino y, sobre todo, a que el reconocimiento de una norma como de *jus cogens* fuera imposible en los hechos.

La realidad demuestra, pese al claro criterio interpretativo enunciado en los párrafos anteriores en cuanto al significado del término conjunto, que el sentido común es el que debe prevalecer, por lo cual luce como adecuado establecer mayorías que abarquen al cúmulo de Estados que integran la comunidad internacional. Sin embargo, ello no debe conducir a extremos absurdos, como lo sería afirmar que:

*“(...) por comunidad internacional debe entenderse a las **grandes potencias** (los más poderosos) y las grandes mayorías (los más numerosos) dentro de los grupos geográfico políticos que componen los Estados, en especial los que se han hecho con su **liderazgo** (...)*⁴⁸”.

⁴⁷ C.I.J.: Recueil, 1952, p. 8.

⁴⁸ REMIRO BROTONS, A., 1983, *Derecho internacional público. Principios fundamentales*, Tecnos, Madrid, p. 25.

En este punto no se debe soslayar que el mencionado art. 53 surgió, por decirlo de alguna manera, como consecuencia de considerar que el *jus cogens* debía tener el visto bueno de la comunidad internacional, insertándolo por consiguiente en el ámbito propio del derecho positivo, estableciéndose al decir de Gómez Robledo la garantía del doble consentimiento: es decir, primero el consentimiento para aprobar una norma de derecho internacional general y luego, el otro consentimiento para ver en esa norma una imperativa⁴⁹.

2. Identificación de las normas que lo integran.

Si, como ya se adelantó en los párrafos anteriores, uno de los temas complejos en torno a la norma de *jus cogens* lo constituye su delimitación conceptual, el otro, sin lugar a dudas, se encuentra referido a la identificación de su contenido propio, en cuanto a la enunciación de las concretas normas que lo integran, ya que, tal como se desprende de lo señalado en el apartado precedente, el enunciado *jus cogens* indica un rotulo normativo que sirve para reconocer a las verdaderas normas que lo componen.

La consagración positiva de la mentada norma jurídica en el art. 53 de la CVDT (1969)⁵⁰, si bien aportó cierta claridad sobre su verdadero carácter en cuanto a su inderogabilidad, no lo fue así, o no lo fue tanto, en orden a establecer un mecanismo formal que determine objetivamente cuáles son las normas *concretas* que se encuentran inmersas dentro de dicho enunciado.

Dicha ausencia de regulación originó posturas doctrinarias dispares. Así, por un lado, se dijo que es tan absoluta la abstracción de estos conceptos (los derivados del citado art. 53) que el intérprete puede hacerles decir lo que a él se le antojen. Por otro lado, en el carril opuesto se ubicaron otros,

⁴⁹ GÓMEZ ROBLEDO, A., "El *ius cogens* internacional, Estudio crítico-histórico (...)", op. cit. p. 90

⁵⁰ Ver ut supra p. 10.

los cuales sostuvieron que el texto del artículo de mención formula una concepción mutable y cambiante, y no rígida e inmutable de *jus cogens*, siendo dicha institución esencialmente abierta y dinámica y de ahí que, ante la ausencia de un texto donde se enumeren, la determinación de las normas imperativas de Derecho internacional sea un problema de difícil solución aunque *no imposible*⁵¹.

La realidad demuestra que el enunciado de este artículo no está exento de dificultades, por cuanto no existe ningún criterio sencillo que permita identificar una norma de derecho internacional general como norma de *jus cogens*. Pero lo que sí se debe tener en cuenta es que no es la forma de una norma general del Derecho internacional la que le da el carácter de *jus cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto⁵².

Y es esto último lo que habilita a afirmar que, a través de la Historia, ha sido posible observar un *consenso continuado* en la identificación de bases imperativas en el respeto de tratados de no agresión y la abstención de ciertos actos inhumanos en el transcurso de conflictos armados. La idea imperante en el contexto mundial en cuanto a que los denominados "crímenes internacionales" atacan los cimientos básicos indispensables para la existencia de la comunidad internacional, permite sostener, siguiendo a la Dra. Drnas de Clement⁵³, que en el desarrollo contemporáneo del Derecho Internacional son normas de *jus cogens* las siguientes:

* la proscripción del recurso al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o de cualquier forma incompatible con los propósitos de la Carta de la ONU, siendo su crimen correlativo la agresión;

* la proscripción del uso de la fuerza para el establecimiento o mantenimiento de una dominación colonial, siendo su crimen correlativo el sojuzgamiento colonial;

⁵¹ Cfre: ACOSTA ESTEVÉZ, José, "Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional (...)", op. cit. p. 07/08.

⁵² QUISPE REMON, Florabel, 2010, "Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso", en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, p. 45, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

⁵³ DRNAS de Clément, Z, "Las normas imperativas de Derecho Internacional (...)", op. cit. p. 14/15.

- * la proscripción de las acciones tendentes a la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial, religioso como tal, siendo su crimen correlativo el genocidio;
- * la proscripción de llevar adelante un plan o política violatoria de las normas fundamentales del derecho de la guerra o la comisión a gran escala de ese tipo de violaciones, siendo su crimen correlativo el crimen de guerra;
- * la proscripción de la realización de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil que causen intencionalmente muertes o gran sufrimiento en esa población, siendo su crimen correlativo el crimen de lesa humanidad;
- * la proscripción de la instauración o mantenimiento de la dominación y opresión sistemática de un grupo racial sobre otro, siendo su crimen correlativo el apartheid;
- * la proscripción de la cosificación y comercialización de seres humanos, siendo su crimen correlativo la esclavitud;
- * la proscripción de la contaminación masiva, deliberada de la atmósfera y de los mares.

En tal sentido, se ha señalado que para que una norma jurídica adquiera el carácter de *jus cogens* debe reunir ciertos requisitos plausibles, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera⁵⁴:

- 1) ¿Refleja esa situación de manera significativa valores sociales de aceptación moral universal?
- 2) ¿Se podrá a través de ellos contribuir al desarrollo o a la cristalización de un sistema legal estructurado de carácter mundial?
- 3) ¿Se estará en condiciones, a través de la aceptación de determinados principios, de contribuir al establecimiento eficiente de un grado aceptable

⁵⁴ CHRISTOL, Carl Q., *The jus cogens Principle and International Space Law*, Proceedings of the twenty-sixth Colloquium on the law of Outer Space.

de coexistencia interdependiente entre los distintos actores de la comunidad trasnacional?

4) ¿Podrán esos principios plasmarse en normas que reduzcan las tensiones internacionales?

5) ¿Se logrará con la incorporación de esos principios una positiva evolución del derecho y de los distintos sistemas jurídicos?

CAPÍTULO II

APLICACIÓN DEL JUS COGENS EN EL ÁMBITO INTERNO

A partir de la reforma constitucional de 1994, en la que se acentuó marcadamente la posición monista⁵⁵, esto es, la cada vez mayor preeminencia del derecho internacional por sobre el derecho interno, numerosos tratados internacionales incorporados con rango constitucional en el art. 75 inc. 22, han pasado a ser fuente de conocimiento en materia penal. En relación a ello, la CSJN también se hizo eco de otras fuentes del Derecho Internacional Público (v.gr: costumbre internacional, principios generales del derecho) aplicándolas, principalmente, al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad que llegaron a su conocimiento, aún cuando las mismas no se encontraban previstas explícitamente en la CN.

Vale destacar que, aún antes de la reforma constitucional, el máximo tribunal constitucional ya había mostrado una marcada tendencia en orden a abrazar la posición monista. Dicha propensión encontró su punto más marcado con el famoso fallo en el caso **Ekmekdjian** (1992) en donde el citado tribunal adoptó una posición monista con preeminencia del Derecho Internacional sin admitir, no obstante, en ninguno de los casos, hasta la fecha, la supremacía del Derecho Internacional convencional sobre la CN⁵⁶.

⁵⁵ Según la "Escuela Vienesa", en la que se destacaron Kelsen y Verdross, el complejo normativo a aplicar por los jueces es único, cada norma depende una de la otra hasta alcanzar una norma superior en la cúspide de la estructura (monismo).

⁵⁶ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, "La aplicación del Derecho Internacional (...)", op. cit. p. 28.

En lo que aquí interesa, numerosos han sido los casos en que la CSJN se ha referido a la mentada norma de *jus cogens*.

En el Caso **Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande**⁵⁷ la CSJN definió al *jus cogens* como “*norma imperativa de Derecho Internacional General, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados*”, siguiendo la terminología del art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969⁵⁸.

En el Caso **Priebke**⁵⁹, por ejemplo, el juez Bossert sostuvo, en voto separado, que:

"Que como consecuencia de ese movimiento de opinión, fue aprobada la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, por res. 2391 (XXIII) de la Asamblea General del 26/11/68, que entró en vigor el 11/11/70. Esta declaró imprescriptibles, tanto los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, del 8/8/45 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13/2/46 y 95

⁵⁷ CSJN, 05/10/1983 –Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salta Grande s/ despido –Fallos 305:2150.

⁵⁸ Ver en tal sentido: DRNAS DE CLEMENT, Z., *El jus cogens en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* en página web: Academia Nacional de Derecho (<http://www.acader.unc.edu.ar>).

⁵⁹ CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/94), JA 1996-I-328.Fallos 318:21485. La causa de mención tuvo su origen a raíz de que la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke — formulada por la República de Italia— fundada en el hecho de que haber dado muerte a setenta y cinco judíos. Ante ello, el Ministerio Público dedujo recurso ordinario de apelación; el señor Procurador General solicitó que se revocase la resolución apelada y la defensa pidió que se confirmara. La Corte Suprema, por mayoría, con la que concurrieron los Jueces Nazareno y Moliné O'Connor y el Juez Bossert, revocó la sentencia al calificar los hechos imputados —a la luz de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional— como delito de genocidio y crimen de lesa humanidad, por lo que correspondía considerarlo imprescriptible. En su disidencia, los Jueces Belluscio y Levene (h), resolvieron rechazar la petición formulada y aplicar la convención de extradición firmada con la República Argentina en Roma el 9 de diciembre de 1987, y aprobada por ley 23.719, conforme a la cual el requerimiento no debía ser concedido “si de acuerdo a la legislación de la parte requirente o de la parte requerida, la acción penal o la pena se encontrara prescripta, sin que ello se vea afectado por su potencial consideración de los hechos cometidos como crímenes de guerra o lesa humanidad”. La disidencia del Juez Petracchi agregó que tampoco resultaba punible la conducta imputada a la luz del “derecho de gentes”, por aplicación del principio de legalidad y señaló que los delitos de lesa humanidad, hasta el momento, no tenían prevista pena.

(I) del 11/12/46, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12/8/49 para la protección de víctimas de guerra como los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el mismo estatuto y en las mismas resoluciones de ese organismo internacional, así como el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos (art. I). (...) **Que ello es así toda vez que la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del jus cogens.** En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada ya que si un Estado no reacciona abiertamente contra ella, especialmente cuando ese proceder sería esperable la presunción surge de que está conforme con la práctica o, por lo menos, que es indiferente a ella y a sus consecuencias legales y esto es lo decisivo para la formación de una costumbre internacional y, en consecuencia, para el establecimiento de una regla de la costumbre (...)” (Consid. 90).

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

En la causa **Suárez Mason**⁶⁰, el juez Boggiano sostuvo en disidencia:

"(...) Que es misión de esta Corte, velar por el cumplimiento del derecho internacional con la contribución que ello importa a la realización del interés superior de la comunidad internacional con la cual nuestro país, en virtud de formar parte de ella, se

⁶⁰ CSJN, 13/08/1998 – Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. –Fallos 321:2031.

encuentra obligado por los tratados celebrados. Y, además, por el ius cogens, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada (Consid. 18)“.

No debe olvidarse, a su vez, que en el Caso Priebke, la Corte ha entendido que la existencia y calificación de las normas de *jus cogens* “no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho internacional” (consid. 4)⁶¹.

En el **Caso Arancibia**⁶², por su parte, los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco sostuvieron que:

⁶¹ Señala la Dra. Drnas de Clement que la consideración brindada por la CSJN en cuanto a la existencia y calificación de la norma de *jus cogens* “(...) **debería haber llevado a la Corte a probar, en primer lugar, la existencia en el plano internacional de la norma internacional de *jus cogens* y su aplicabilidad *ratione temporis* (...)**” (DRNAS de Clement, SARTORI, Marta Susana, “La aplicación del Derecho Internacional en los fallos (...)”, op. cit. p. 74). **Lo afirmado por la mencionada Dra. constituye un aspecto crucial para el presente trabajo toda vez que expone, claramente, que la CSJN realiza una aplicación dogmática del *jus cogens* ya que nunca prueba, conforme lo prescribe el Derecho Internacional Público, la existencia y demás consecuencias de la mentada norma jurídica.** Esto último sin desconocer, claro está, que no corresponde a los jueces nacionales determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (v.gr: *jus cogens*).

⁶² CSJN, 24/08/2004 – Arancibia Clavel, Enrique L. –JA 2004-IV-426. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 6 condenó a Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h del Código Penal (asociación ilícita agravada, ley 23.077) en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo, a raíz del recurso interpuesto por la defensa, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple. La Corte Suprema –por mayoría– dejó sin efecto la sentencia apelada por la querrela en representación del gobierno chileno. **El Juez Belluscio**, en disidencia, desestimó la queja pues si se había declarado la prescripción de la acción penal, no podía ser revocada oficiosamente sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado. Respecto de la imprescriptibilidad sostuvo que la propia Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad impide introducir una condición de punibilidad que no se hallaba “fijada de antemano” en la normativa vigente al momento de la comisión de los hechos, de conformidad con la cual, la acción penal se hallaba sujeta a la prescripción. Por ello, **la imprescriptibilidad añadida por la convención aprobada por la ley 24.584 y dotada de jerarquía constitucional por la ley 25.778 constituye un agregado que modifica ex post facto la ley penal no vigente al momento de su comisión.** En su disidencia el Juez Fayt, coincide con el Juez Belluscio en torno a la declaración de oficio de la prescripción de la acción penal. En cuanto a la imprescriptibilidad sostuvo que el art. 27 de la Constitución Nacional impide la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público (art. 18 de la Constitución Nacional), y este margen nacional de apreciación determina que esta garantía, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de crímenes de lesa humanidad. El Juez Vázquez, también en disidencia, confirmó la sentencia por entender que a la fecha de comisión de los hechos investigados, la única norma que los tipificaba, en resguardo del principio de *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, fue la escogida por el tribunal a quo. En este sentido no se le podía oponer la Convención, en la medida que fue ratificada

"(...) esta Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del Derecho Internacional Público de origen consuetudinario. De esta manera no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de los hechos (Consid. 27). Que de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (sic) ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la comunidad internacional (Consid. 32) (...)".

En su voto en minoría, el juez Belluscio consideró, por el contrario, que:

" (...) la aplicación al caso de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad resultaba contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional), pues dicha garantía prohibiría la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen in malam partem cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho". (...) tampoco se puede admitir que en virtud del ius cogens la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretende incriminar (...) aunque se considerase que tales hechos constituyeran delitos de lesa humanidad, no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del "derecho de gentes" (...) ya que la convención que había establecido esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con

por ley y adquirió jerarquía constitucional con posterioridad a los hechos. Para mayor abundamiento consultar: Corte Suprema de Justicia de la Nación: Delitos de lesa humanidad: Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires, 2009 en <http://www.csjn.gov.ar>.

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2013- A3.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

posterioridad al ordenamiento jurídico nacional. **El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados en esta causa "no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter"(...)** La aplicación de los principios y normas del derecho de gentes (...) equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos cuyo juzgamiento se trata (...) (Consid. 16) (el subrayado nos pertenece).

Por su parte, el juez Boggiano, en la misma **Causa Arancibia** expresó:

"(...) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad (art. I). **Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de ius cogens**, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Regina v. Finta, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es solo aparente pues las normas de ius cogens que castigan el delito de lesa humanidad **han estado vigentes desde tiempo inmemorial** (...) Consid. 30. (...) Que el principio de irretroactividad de la ley penal ha sido invariable jurisprudencia de esta Corte no tratándose de delitos de lesa humanidad, pues no es posible hallar precedente alguno que contemple delitos de esa índole. Fue recién en el caso Priebke en

el que esta Corte entendió 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 (...) Consid. 32.

La CSJN no sólo ha reconocido la existencia misma de la norma de *jus cogens* sino que también, ha sostenido corolarios sustantivos y procesales⁶³ en los casos de violaciones de normas de *jus cogens*⁶⁴. Así, el Juez Boggiano, en voto separado en el **Caso Arancibia**, enunció de modo genérico que:

“(...) los derechos básicos de la persona humana son considerados de jus cogens, esto es normas imperativas e inderogables de Derecho Internacional consuetudinario (...)”. (...) no es posible afirmar que el art. 18 CN, que establece el principio de legalidad y de irretroactividad, consagre una solución distinta en el art. 118 respecto de la aplicación de las normas del jus cogens relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del Derecho Internacional como integrantes del principio de legalidad. La Ley del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes (...)” Consid. 40.

Como se desprende, la CSJN ha realizado numerosas referencias a la norma jurídica de *jus cogens*. Por un lado, definió su contenido, su naturaleza jurídica, sus caracteres. Por otro lado prescribió, en lo concreto, determinadas consecuencias en los casos de violaciones de normas de *jus cogens*, añadiendo la premisa fundamental de que la norma de *jus cogens* **integra el principio de legalidad**. Como ya se verá en los capítulos que siguen, esta última afirmación ha sido blanco de numerosas críticas,

⁶³ DRNAS DE CLEMENT, Z., “El jus cogens en los fallos (...)”, op. cit. p 3.

⁶⁴ Si bien la CSJN ha aplicado esta fuente normativa internacional principalmente para aquellos casos de graves violaciones a los derechos humanos fundamentales (genocidio, desaparición forzada de personas, etc.) no deja de ser cierto que, en definitiva, se ha admitido a dicha norma como integrante del orden jurídico nacional, no únicamente a partir de lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados sino, a su vez, a partir de la interpretación del art. 118 CN.

algunas de las cuales se han centrado en considerar que, si las normas imperativas son parte del principio de legalidad, la CSJN entonces debería haber fundado sus fallos en las *fuentes imperativas en vigor en el derecho internacional*, conforme a ese derecho, lo que no ha realizado a la fecha⁶⁵.

CAPITULO III

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD⁶⁶

La existencia de límites constitucionales para la ley penal, destinados a tutelar la vigencia de derechos fundamentales, surge evidente cuando se observa el principio de legalidad⁶⁷. Precisamente, este principio, fue fruto de un largo proceso en donde la construcción y fundamentación en la época moderna del *nullum crimen sine lege*, provino básicamente de los sólidos aportes brindados por Feuerbach quien, junto a Beccaria, Romagnosi y Bentham fueron los principales precursores del derecho penal liberal. El penalista alemán fue quien acuñó el brocárdico, dándole un mayor desarrollo teórico, no sólo por el principio en sí, sino también porque era una parte esencial en su teoría de la coacción psicológica⁶⁸.

En cuanto al verdadero origen del 'principio de legalidad', se ha debatido arduamente. Algunos autores vieron su origen en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan Sin Tierra efectuó concesiones a los nobles de Inglaterra. Entre otras libertades, la Carta Magna expresaba que "(...) *nadie podrá ser arrestado, apisionado (...) sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país (...)*" (art. 48 de la Carta Magna), estableciéndose además, que sólo el Parlamento podrá dictar leyes penales.

⁶⁵ DRNAS DE CLEMEN, Z., "La aplicación del Derecho Internacional (...)", op. cit. p. 74.

⁶⁶ En este apartado no se pretende realizar un análisis exhaustivo del mencionado principio, sino que, por el contrario, únicamente se persigue delimitar los contornos precisos que dicho principio encuentra en la doctrina, sobre todo nacional.

⁶⁷ RIGHI, Esteban, 2007, *Derecho penal: parte general*, 1da. ed., Lexis Nexis, Bs. As, p. 69

⁶⁸ FIERRO, Guillermo J., "Legalidad y retroactividad de las normas penales (...)", op. cit. p. 94.

Posteriormente, el principio fue recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual entre sus artículos se destacaban, entre otros: art. 5: "*La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad*", "*todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido*"; "*nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena*" y el art. 8: "*Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada*".

El 'principio de legalidad' también fue recibido por la Constitución de los Estados Unidos (1787) y de ella lo tomó la Constitución Argentina, la cual, como ya sabemos, lo contiene en sus art 18⁶⁹.

Se ha sostenido que este principio tiene un doble fundamento: uno *político*, propio del Estado liberal de Derecho caracterizado por el imperio de la ley, y otro *jurídico*, resumido en el clásico aforismo de Feuerbach: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", del cual se derivan una serie de garantías en el campo penal: la criminal, que establece la legalidad de los delitos; la penal, que establece la legalidad de las penas y medidas de seguridad; la jurisdiccional, que exige el respeto del debido proceso; y la ejecutiva, que asegura la ejecución de las penas y medidas de seguridad con arreglo a las normas legales⁷⁰.

En Argentina, se encuentra consagrado como garantía penal por la Constitución Nacional, la que en su artículo 18º reza: "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*". Se hace explícito también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11º inciso 2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11º inciso 2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 15º inciso 1); en la Convención Americana sobre

⁶⁹ Algunos autores tratan el contenido del principio de legalidad juntamente con el principio de reserva previsto, éste último, en el art. 19 de la CN, segundo párrafo, en cuanto dispone que: "*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*". Sin embargo, aquí únicamente se hará referencia al principio de legalidad de la represión. Ver por todos: NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal, Parte General*, quinta ed., actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka, Lerner, Córdoba, 2009, p. 75 y siguientes.

⁷⁰ CUELLO CALON, Eugenio, *La Moderna Penología*, Bosch, Barcelona, T. I, p. 10 y 271.

Derechos Humanos (artículo 9º) y en la Convención sobre los Derecho del Niño (artículo 40º inciso 2), todo ellos tratados internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75º inciso 22 de la Constitución Nacional).

Es dable mencionar que el mencionado principio de legalidad no agota su contenido en la exigencia de que toda incriminación encuentre su fundamento en una ley previa (*lex praevia*) sino que requiere, a su vez, el cumplimiento de otros requisitos:

- a) Ley escrita, lo que implica la exclusión del Derecho consuetudinario.
- b) Ley estricta, significa que debe describir concretamente la conducta que es delito (este es un medio para evitar la analogía).
- c) Ley cierta: *anatematización de la posible utilización de cláusulas generales absolutamente indeterminadas*⁷¹.

Dada la importancia del 'principio de legalidad' y de la necesidad de su existencia para lograr un ordenamiento jurídico penal justo, todas las legislaciones contemporáneas lo han adoptado, *salvo los Estados totalitarios y basados en la fuerza*, los cuales para lograr sus fines políticos, han desconocido el 'principio de legalidad'. Esto último, sucedió, por ej, en 1926 en la legislación rusa, la cual admitió la analogía en materia penal y sostuvo que el 'principio de legalidad' era un principio *burgués*.

En Alemania también se desconoció el principio de legalidad durante la época del régimen nazi (1935/1947). El Código Penal Alemán fue modificado por una ley de 1935, la cual sostenía que "*eran delitos, no solo las conductas previstas expresamente, sino también aquellas que herían el sano sentimiento del pueblo*". De acuerdo con esta ley, se desconocía el principio de legalidad. No obstante, los tribunales alemanes interpretaron la ley de un modo tal que, en la mayoría de los casos, no permitieron que se dejara de lado el 'principio de legalidad'.

⁷¹ BALCARCE, Fabián, I., 2009, "Introducción al estudio de la parte especial del Derecho penal", en *Derecho penal, parte especial, libro de estudio, tomo I*, Fabián. I. Balcarce. Director, Advocatus, Córdoba, p. 88.

En este sentido, Eugenio R. Zaffaroni —Alejandro Alagia y Alejandro Slokar— sostienen que:

*"la legalidad del delito y de la pena se establece para que el habitante tenga la posibilidad de conocerlas; por ende, no se satisface por completo el principio de culpabilidad con la posibilidad de conocimiento del injusto, sino que también se exige el de su punibilidad"*⁷²

Es por ello que, en definitiva, tal como lo sostiene el Dr. Fabián Balcarce:

*"(...) el principio de legalidad implica (...) la exclusión del derecho consuetudinario. Por esta última vía no puede crearse ningún tipo penal ni ninguna agravación punitiva. El rango primario de la ley como fuente formal del derecho está reforzado por la función de garantía que ella cumple (...)"*⁷³.

Es que el mentado principio representa el *principal límite* impuesto contra el ejercicio de la potestad punitiva estatal, incluyendo una serie de garantías en beneficio de sus habitantes que imposibilitan -en líneas generales- que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que la *ley permite*⁷⁴ o, como bien lo ha señalado el Dr. Carlos Lascano (h) el principio de legalidad:

*(...) establece que solo la ley crea delitos y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley haya declarado en forma expresa y previamente (...)"*⁷⁵

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El principio de legalidad, tal como fue descrito en el capítulo que antecede, constituye la base fundamental del Derecho Penal liberal,

⁷² ZAFFARONI, Eugenio R., ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, 2000, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As, p. 646.

⁷³ Vale aclarar que el autor de mención afirma, por otra parte, que el "(...) derecho consuetudinario suele cubrir los espacios que principalmente los preceptos de la Parte General no cubren, como por ejemplo, los requisitos objetivos de la acción punible (teoría de la imputación objetiva); desarrollo de los conceptos no definidos en la ley (como el dolo); aclaración del significado del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, etcétera (...)" BALCARCE, Fabián, I., "Introducción al estudio de la parte especial del Derecho penal (...)", op. cit, p. 21.

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCIA ARAN, Mercedes, 2002, *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 97.

⁷⁵ LASCANO, Carlos J (h) y otros, 2005, *Derecho Penal Parte General Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, p.112.

teniendo vigencia generalizada en el Derecho interno de los países, al menos en el sistema continental⁷⁶. Ahora bien, lo que en el ámbito interno de los Estados no encuentra –mayormente– discusión alguna, no se presenta como tan contundente –para cierta parte de la doctrina– en el ámbito del denominado derecho penal internacional.

Si bien existen antecedentes históricos de índole variada, todos los autores coinciden en que la celebración de los juicios de los Tribunales de Guerra en Núremberg y Tokio inmediatamente después de la Segunda Guerra⁷⁷, constituyó un paso decisivo para el desarrollo del Derecho Internacional Penal. Este adquirió un nuevo impulso a principios de los años noventa con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda⁷⁸.

Dicha rama del Derecho ha sido definida como: *“el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídicas penales (...) tratándose (...) de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional”⁷⁹*.

Es por ello, que se lo considera un ordenamiento jurídico-penal *nuevo y autónomo*, ya que, por un lado, se trata, obviamente, de Derecho Penal, ya que sanciona un comportamiento individual pero, por otro, constituye Derecho Internacional ya que sus fuentes no son leyes nacionales, sino el Derecho Internacional⁸⁰, lo cual trae aparejado la existencia de características propias que lo diferencian del derecho penal estatal.

⁷⁶ BARBERO, Natalia, 2012, “El principio de legalidad en Derecho Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., p. 330.

⁷⁷ BASSIOUNI, M. Cherif, 1999, “International Criminal Investigations and Prosecutions: From Versailles to Rwanda”, en BASSIOUNI, M. Cherif (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2ª edición pág. 31 yss.

⁷⁸ VILLAPANDO, WALDO, *El nuevo Derecho Penal Internacional. Los crímenes internacionales*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

⁷⁹ AMBOS, Kai, 2010, “La construcción de una parte general del derecho penal internacional”, en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, WOISCHNIK, Jan, *Temas actuales de Derecho Penal Internacional, contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, p. 13

⁸⁰ SATZGER, Helmut, 2012, “Modelos de participación en el Derecho Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., p. 29.

Entre dichas diferencias se han señalado las siguientes⁸¹:

- a)** El derecho penal internacional se encuentra integrado por normas penales, que pueden ser no escritas, pero presentes en la conciencia internacional como una norma del "*jus cogens*". El principio del *nulla crimen sine lege* (scripta) no tiene vigencia en este Derecho Penal. En su gran medida, las normas internacionales penales no tienen una forma escrita. **Pero sí es imprescindible que esa "norma penal no escrita" se encuentre vigente al momento de cometerse el crimen internacional.** Así como en el derecho estatal, también para el derecho penal internacional no puede aplicarse en forma retroactiva⁸² una norma penal. En esta particular rama del Derecho Internacional, se reformula el principio de legalidad de la siguiente forma: "*nullum crimen sine norma praevia*" dado que esta norma previa puede ser no escrita, como aquella que surge por generación consuetudinaria.
- b)** Es un derecho constituido por múltiples regímenes internacionales penales, que muchas veces se superponen uno con otro, generando así la dificultad en determinar qué norma internacional corresponde aplicar a una misma conducta. No existe en el ámbito internacional un único sistema represor penal, sino que, junto al derecho penal internacional general, se desarrollan sistemas internacionales penales particulares. Así es, por ej. el que rige respecto de la Corte Internacional Penal (Tratado de Roma de 1998) o del Tribunal para la Ex Yugoslavia, o del Tribunal de Rwanda, entre otros más.
- c)** Es un derecho penal que tutela bienes jurídicos propios de la Comunidad Internacional. Vale decir, es necesario para que se configure un "*delicta iuris gentium*", que la comisión de un acto

⁸¹ Cfre: DOBOVSEK, José, 2007, "Breves consideraciones sobre el Derecho Internacional Penal General y sus relaciones con los sistemas penales particulares", en *Anuario de Derecho Argentino de Derecho Internacional*, 1ed. Rosario: Asociación Argentina de Derecho Internacional, p. 127.

⁸² Vid por todos: AMBOS, Kai, *Nurember revisited, Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot*, en especial apartado I. *Nürnberg und das Rückwirkungsverbot*, publicado www.department-ambos.uni-goettingen.de.

violento o repugnante a la conciencia, afecte bienes e intereses protegidos de esa Comunidad Internacional.

Como se desprende, *para cierta parte de la doctrina*, al constituir principalmente el derecho penal internacional una rama mayormente derivada del derecho internacional público y no del derecho penal, el principio de legalidad podría verse *relativizado*. Lo crucial sería, para dicho sector, que el derecho aplicado por los tribunales, nacionales o internacionales, no resulte violatorio de la *costumbre internacional*, fuente del Derecho Internacional, sin perjuicio de que esto no sea compatible con el respecto al principio de legalidad tradicional, sobre todo en lo que respecta a la exigencia de norma escrita, esto último en relación a que no existe ni puede existir a nivel internacional un legislador en sentido propio⁸³.

Sin embargo, para otro sector de opinión, la regulación del principio de legalidad, que recoge un principio de legalidad férreo y estricto, impide aplicar directamente por los tribunales penales costumbres internacionales, ya que éstas no puede responder a las exigencias tanto formales como materiales que el ordenamiento jurídico – en este caso el argentino- atribuye a este principio, y por tanto tampoco se puede apelar a la preexistencia de una costumbre internacional para justificar la aplicación retroactiva de un precepto⁸⁴.

Vale aclarar, en tal sentido que, como bien lo ha señalado el Dr. Kai Ambos:

“(...) En lo que respecta en particular a las fuentes del derecho penal internacional, la fundamentación en el derecho consuetudinario de normas de derecho penal internacional plantea especiales dificultades, en un doble sentido. Desde la óptica del derecho penal el principio del nullum crimen parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la

⁸³ BARBERO, Natalia, “El principio de legalidad en Derecho Penal Internacional (...)”, op. cit. p. 330.

⁸⁴ Cfre: GIL, Alicia, “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (en línea). 2005, núm. 07-r1, p. r1:1-r1:18. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>. Si bien la autora de mención se refiere, claramente, a la sentencia de la Audiencia Nacional de España, no por ello sus comentarios dejan de ser de plena aplicación a lo que acontece en la República Argentina.

costumbre internacional. Sin embargo, conforme a los artículos 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una conducta puede ser sancionada si ella era punible "según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional". Aquí, el concepto "principios de derecho" no se tiene que entender en el sentido del artículo 38.1.c, ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener "sin duda" el carácter de costumbre internacional (...)"⁸⁵.

Como se desprende, las posturas dispares y absolutamente contrapuestas se presentan como elementos peculiares en torno al complejo estrato de la aplicación del principio de legalidad en el derecho penal internacional. Si bien existen zonas de penumbras, en donde se buscan soluciones intermedias, las posturas precedentemente señaladas son las que prevalecen no solo en el ámbito doctrinario sino también jurisprudencial.

Ahora bien, lo que no debe olvidarse de vista en este punto es que, prioritariamente, al hacer referencia al derecho penal internacional y a su aplicación concreta por los tribunales, nos estamos refiriendo a crímenes de derecho internacional. Dicha premisa nos debe servir de guía en todo momento. Esto es así ya que:

⁸⁵ AMBOS, Kai, "La construcción de una parte general del derecho penal internacional (...)", op. cit. p. 14. El autor de mención se refiere a las fuentes del *Derecho Penal Internacional* y no a las del *Derecho Internacional Penal*. Al parecer el Dr. Ambos no distingue, en este apartado, como lo hace cierta parte de la doctrina, entre *Derecho Internacional Penal*, es decir entre un sistema normativo de origen internacional, en donde sus normas surgen de las fuentes internacionales (entre otras, las enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), y como tales, tienen una vigencia supraestatal (se aplica el monismo con supremacía internacional), siendo su característica esencial la tutela de bienes e intereses jurídicos de la Comunidad y, el *Derecho Penal Internacional*, "(...) en cuanto sistema normativo de origen y fuente estatal, en el sentido de aquellas normas estatales penales que exceden el marco de su aplicación territorial local. Es la parte del derecho nacional que establece el ámbito espacial o personal, del derecho punitivo local y del derecho penal extranjero (...)". DOBOVSEK, José, *Breves consideraciones sobre el Derecho Internacional Penal General y sus relaciones con los sistemas penales particulares*, op. cit. p. 48.

“(…) la exacta definición de un crimen internacional, *crimina iuris gentium*, en el Derecho Internacional Público, mientras su comisión estuvo vinculada a la responsabilidad de los Estados, no fue necesaria. A los tribunales internacionales les bastaba con constatar una infracción de un Estado parte de un tratado, convenio o convención para derivar de ella la responsabilidad internacional de dicho Estado. **Mientras la responsabilidad permaneció en ese plano, el principio de legalidad penal, del mismo modo que las garantías del inculpado, no tenía ninguna importancia.** Sólo recientemente, con la instalación de los tribunales penales internacionales, cuyo objetivo es exactamente perseguir responsabilidades individuales, la comunidad jurídica internacional (...) ha tenido que plantearse la necesidad de definir previamente y con exactitud los comportamientos punibles (...)”⁸⁶.

Es por ello, que uno de los temas cruciales del derecho penal internacional⁸⁷ -en lo que aquí interesa- es aquel referido así, dicha rama jurídica se encuentra en condiciones de cumplir, por decirlo de alguna manera, con los lineamientos básicos del principio de legalidad o si, en todo caso, la costumbre internacional puede suplir las falencias ya planteadas en torno a los corolarios que dicho principio supone, aunque ello suponga una contradicción. Dicha cuestión, no menor, será analizada detalladamente en los capítulos que siguen. Valga recordar –y reiterar- en este punto que si bien, a falta de una instancia global de producción de normas en el ámbito internacional, el derecho consuetudinario conserva, aún hoy, un papel relevante en el derecho penal internacional, ello no debe conducir a suponer –inexorablemente- un “relajamiento” –sin restricciones- en cuanto al principio de vinculación normativa (*nullum crimen sine lege*) ya que en el

⁸⁶ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2012, p. 511 (el subrayado nos pertenece).

⁸⁷ Nos referimos, obviamente, al papel trascendental que cumple la norma consuetudinaria en el ámbito internacional. Ya que, a partir de la entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), los cuestionamientos acerca de si las normas de derecho penal internacional cumplen realmente con los requisitos de claridad y reconocibilidad propios de las leyes penales han perdido sustento, por lo menos para cierta parte de la doctrina. Vid por todos: WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2º Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 113 y sgs.

derecho penal internacional, constituye un presupuesto fundamental de punibilidad que, **en el momento del comisión del hecho se pueda constatar una norma, escrita o no, que fundamente la punibilidad de la conducta.**⁸⁸

CAPÍTULO IV

NEOPUNITIVISMO

1. Concepto

Un lector avezado podría preguntarse de qué manera la mentada norma jurídica de *jus cogens* la cual involucra, como ya se adelantó, una evidente aspiración ética, puede encontrarse vinculada –decididamente– al ejercicio neopunitivista del Derecho Penal por parte de la CSJN en su juzgamiento de los casos que involucran crímenes de derecho internacional, ocurridos en nuestro país en la década de los años 70 y 80.

La respuesta a dicho interrogante la podemos encontrar, en primer término, en el propio concepto político-criminal de neopunitivismo que nos brinda el profesor argentino Daniel Pastor⁸⁹ quien entiende:

"(...) que la actual situación del sistema punitivo se deja clasificar bajo la noción de neopunitivismo, entendiéndolo como corriente político – criminal que se caracteriza por la renovación de la creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social (...) El Neopunitivismo, que se manifiesta en la llamada expansión penal, es la cuestión central de las reflexiones político-criminales de los últimos años (...) el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba sus componentes, es su marcada

⁸⁸ WERLE, Gerhard, "Tratado de Derecho Penal Internacional (...)", op. cit. p. 90/91 (el subrayado nos pertenece).

⁸⁹ PASTOR, Daniel R., 2005, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Revista Jurídica: Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 74.

deshumanización y un recrudescimiento sancionador creciente (...)” con “ una legislación y una ampliación judicial del Derecho que tiende al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas (...)”.

Así, sus características más salientes son la supresión total de las garantías, mediante la implementación de un Derecho Penal simbólico omnicompreensivo, omnipotente y omnipresente que amenaza con abarcar todos los rincones de la vida social.

Por su parte, también se ha precisado *–si bien en relación a la CIDH pero de plena aplicación al caso que nos ocupa–* que la consecuencia de esta tendencia en la Corte es que se están abandonando garantías liberales que servían de límite frente al poder punitivo del Estado, creando un derecho penal de excepción (la punitivización) cuya razón de ser es la de castigar.

Para Pastor, el favorecer a la víctima en desmedro del acusado implica la superación del modelo garantista aplicable a los casos de delitos comunes. En su lugar, se establece una garantía para la víctima de crímenes internacionales según la cual el absuelto por sentencia firme dictada después de un debido proceso no fraudulento puede ser enjuiciado posteriormente una vez más y condenado si nuevas pruebas indican que era culpable. La máxima de este cambio se vería en el paso del *in dubio pro reo* al *in dubio pro víctima*, lo cual incluye en la huída hacia el derecho penal consuetudinario para afirmar la supremacía de esta sobre el derecho del imputado a la ley penal escrita, cierta y previa. Aparecen así:

“(...) en el curso de la escena del enjuiciamiento penal los derechos humanos de las víctimas a la investigación de los hechos, al descubrimiento de la verdad, a la imprescriptibilidad de los delitos, a que no sean objeto de ningún tipo de amnistía, a que los acusados no puedan invocar la cosa juzgada ni el ne bis in idem, a que los culpables sean condenados rápidamente y a que ninguna circunstancia se oponga a la realización de los procesos y a la aplicación de las penas que correspondan (...)”.

Todo esto puede ser también bienvenido, especialmente porque implica en casi todos los casos que se haga justicia respecto de crímenes gravísimos históricamente relegados a la más perversa impunidad, pero sin lugar a dudas no tiene nada que ver con la ideología penal que justifica el origen y la existencia de los derechos humanos frente a los aparatos represivos estatales, debido a que estos pronunciamientos han impuesto un poder punitivo de "mano dura", de "tolerancia cero", que es incompatible con todo sistema, nacional o internacional, de derechos fundamentales o humanos (...)"⁹⁰.

De ésta manera, el neopunitivismo, como corriente político-criminal, responde a un drástico acrecentamiento desmesurado de leyes penales que, a criterio de diversos autores, puede denominarse como "*Inflación de las leyes*"⁹¹, "*Panpenalismo*"⁹² o "*Derecho Penal del Enemigo*"⁹³.

La realidad demuestra, en opinión del Dr. Daniel Pastor, que tanto neopunitivismo ⁹⁴ como neoinquisición son dos denominaciones que describen con alto poder explicativo la tendencia política actual que impulsa un recrudescimiento penal, antiliberal y anti-ilustrado, que hace de la

⁹⁰ PASTOR, DANIEL, 2010, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema interamericano de Derechos Humanos, ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo II, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (editores), Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 496.

⁹¹ CARBONNER, 2005, *Ensayo sobre las leyes*, Traducido por L. Diez Picazo, Madrid, España 1988, p. 237, citado por PASTOR DANIEL R. "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Revista Jurídica: Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 75

⁹² FERRAJOLI LUIGI, 1995, *Derecho y Razón*, Traducido por Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Buenos Aires, p. 702.

⁹³ Ver JAKOBS GÜNTHER – CANCIO MELIA M., 2006, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005; MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, ZAFFARONI EUGENIO, Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, p. 35.

⁹⁴ Es dable señalar que la postura propugnada por el Dr. Daniel Pastor ha sido criticada por cierta parte de la doctrina. En tal sentido, se puede consultar el trabajo de Leonardo Filippini: "El prestigio de los derechos humanos, respuesta a Daniel Pastor", publicado en *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* disponible en: www.juragentium.unifi.it/about/index.htm.

aplicación a todo trance de la pena privativa de libertad un instrumento mesiánico de verdad y justicia⁹⁵.

2. Aplicación dogmática del *jus cogens* por la CSJN y sus implicancias neopunitivistas

Luego de enunciado el concepto político-criminal de neopunitivismo y sus principales implicancias en la jurisprudencia nacional emanada de la CSJN, corresponde, ahora sí, dar respuesta al interrogante planteado en el apartado anterior en cuanto a de qué manera el *jus cogens*, en su aplicación concreta por parte de la CSJN, puede conducir a una extensión desmesurada del derecho penal en beneficio de las víctimas de delitos de lesa humanidad y en desmedro, por consiguiente, del imputado.

Tal como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo de investigación, el *jus cogens* constituye, para la gran mayoría de la doctrina internacional e incluso para la propia jurisprudencia de la CSJN, una *norma imperativa de derecho internacional general*, cuyo contenido puede encontrarse cristalizado en una convención internacional.

Ahora bien, gran cantidad de los análisis o críticas que se formulan en contra de las sentencias dictadas por la CSJN en materia de juzgamiento de crímenes de derecho internacional se centra, evidentemente, en la violación flagrante del principio de legalidad material, en su contenido tradicional, en cuanto se realiza una aplicación retroactiva –para la postura crítica- de la ley penal, salvando las distancias con la aplicación de dicho principio en el ámbito del derecho penal internacional.

Sin embargo, un aspecto soslayado por la doctrina –principalmente- de índole penal, se encuentra referido a que uno de los argumentos troncales utilizado por la CSJN (e incluso por los tribunales inferiores) para fundar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es aquel que se asienta

⁹⁵ PASTOR, Daniel – GUZMAN, Nicolás, 2008, *Neopunitivismo y Neoinquisición, Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado* (prólogo), ed. Ad-Hoc, Bs. As., p. 15.

en un entimema⁹⁶, el cual puede ser enunciado de la siguiente manera: al momento de comisión de los delitos de lesa humanidad ya existía una *costumbre internacional (jus cogens)* que los consideraba en tal sentido (imprescriptibles).

Y es aquí en donde se encuentra el tema objeto de la presente investigación. Si una de las premisas fundamentales⁹⁷ en que la CSJN asienta todo el andamiaje para el avance de los juicios de lesa humanidad se halla referida a una de las fuentes principales del Derecho Internacional Público, como lo es la costumbre internacional (*ius cogens*), **entonces el análisis de la misma debería realizarse a partir de lo que dicha rama del derecho establece para su configuración** y no con lo que, de manera aislada, establezca un tribunal de orden interno, como lo constituye el citado órgano judicial. En otras palabras, cuando se invoca -por ejemplo- un Tratado Internacional como fuente del derecho se debe demostrar que el mismo se halla en vigor y que es exigible y aplicable⁹⁸.

Sin embargo, si lo que se pretende invocar como fuente del derecho es la existencia misma de una costumbre internacional (como lo constituye en esencia el *ius cogens*) entonces se deberá estar a lo que en la *práctica internacional*⁹⁹ se ha establecido para tales fines, cuestión que, en los

⁹⁶ Entendido como aquel razonamiento lógico en donde sólo se expresa parte del mismo y se da por sobre-entendido el resto. Ver para mayor abundamiento: COPI, Irving M., *Introducción a la Lógica*, 4ª ed. 3ª reimp, Eudeba, Bs. As., 2010, p. 254 y siguientes.

⁹⁷ Ezequiel Malarino sostiene que la CSJN para eludir la objeción fundada en el principio de legalidad -previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional-, utilizó básicamente tres caminos de argumentación "(...): 1 *Algunas veces afirmaron que una costumbre internacional previa era suficiente para satisfacer el principio de legalidad -convirtiendo así a este principio en un mero nullum crimen sine iure-*, (...). 2) *Otras consideraron que la exigencia de legalidad quedaba satisfecha con la existencia al momento del hecho de uno o varios tipos penales del Derecho Interno que contemplarían la esencia de lo prohibido por el crimen contra la humanidad (...)*. 3) *Finalmente, también se afirmó lisa y llanamente que el principio de legalidad no rige en caso de crímenes internacionales, permitiendo así una aplicación retroactiva del crimen en cuestión (...)*". MALARINO, Ezequiel, "El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina: algunos problemas de relación con el principio de legalidad penal", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 349/350.

⁹⁸ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, SARTORI, Marta Susana, 2011, *La Aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la CSJN Argentina*, Córdoba, Lerner, p. 48/49.

⁹⁹ Vale remarcar que uno de los elementos insustituibles de la costumbre internacional lo constituye la práctica constante y uniforme por parte de los Estados, en cuanto repetición de actos que convergen para darle origen. Con constante se hace alusión a la continuidad de la costumbre, es decir que ella se haya dado en forma permanente e ininterrumpida en el tiempo, con un cierto grado de intensidad. Por su parte, uniforme significa que ante circunstancias semejantes, los Estados han adoptado comportamientos análogos -no

hechos, la CSJN no sólo que no ha realizado sino que ha soslayado, en su argumentación, de manera evidente.

No se debe olvidar, como ya se adelantó, que la CSJN **ha hecho prevalecer** -*vía interpretación jurisprudencial*- sobre todo en los casos de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, **a las normas de jus cogens por sobre la primera parte de la CN** y los principios de derecho público (v.gr.: *non bis in idem*, no retroactividad, prescripción, tribunal preconstituido, etc)¹⁰⁰.

En tal sentido, el mencionado tribunal sostuvo -en algunos casos por mayoría y en otros por el voto separado de algunos de sus integrantes- que:

“(...) esta Convención¹⁰¹ sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del Derecho Internacional Público de origen consuetudinario. De esta manera no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio

necesariamente iguales (PAGLIARI, Arturo Santiago, *Curso de Derecho Internacional Público*, Córdoba, Advocatus, 2007, p. 57). Sumado a ello, el elemento subjetivo, la denominada *opini3n juris sive necessitatis* también constituye un elemento esencial para su configuraci3n. Es que la costumbre para ser obligatoria debe ser reconocida como *derecho* por los Estados actuantes. Este punto de vista ha sido reiterado por la Corte Internacional de Justicia de la Organizaci3n de Naciones Unidas en el asunto de la Plataforma continental del Mar del Norte, donde se insiste en que la costumbre jur3dica requiere, adem3s de la pr3ctica constante, la creencia de que dicha pr3ctica se estima obligatoria en virtud de una norma jur3dica que la prescribe, *creencia cuya necesidad est3 impl3cita en el propio concepto de opini3n juris sive necessitatis* (VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional P3blico”, op. cit. p. 126). Determinar la existencia y contenido del elemento subjetivo es una cuesti3n controvertible. La CIJ en el Asunto del Golfo del Maine ha se3alado que la opini3n iuris “(...) se prueba por la v3a de la inducci3n, partiendo del an3lisis de una pr3ctica suficientemente asentada y convincente, y no por v3a de la deducci3n, partiendo de ideas preconstituidas a priori (...)”, por lo que mal podr3a sostenerse, partiendo del criterio rector sentado por dicho 3rgano judicial internacional, de que la norma de jus cogens por representar y proteger intereses fundamentales de la comunidad internacional (los cuales se dan por supuestos en el derrotero actual de la sociedad globalizada) no requiere para su generaci3n formal un m3nimo indispensable de constataci3n o reconocimiento. El jus cogens constituye, aunque resulte redundante aclararlo, una norma jur3dica y como tal requiere un proceso de elaboraci3n, sea cual fuere el que se determine (v.gr: costumbre internacional, principios generales de derecho, tratados internacionales), pero siempre con una *mayor3a cualificada* o, por lo menos, ajustada a las necesidades sociales del momento.

¹⁰⁰ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, SARTORI, Marta Susana, 2011, *La Aplicaci3n del Derecho Internacional en los fallos de la CSJN Argentina*, C3rdoba, Lerner, p. 28.

¹⁰¹ Se hace referencia a la Convenci3n sobre la imprescriptibilidad de los cr3menes de guerra y de lesa humanidad la cual fue ratificada por la Rep. Argentina, tal como se adelanto en la introducci3n del presente trabajo, en el a3o 1995, varios a3os despu3s de la comisi3n de los delitos de lesa humanidad ocurridos en nuestro pa3s entre los a3os 1976-1983.

*instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de los hechos (...)*¹⁰².

Como se desprende, el máximo órgano judicial nacional expresó la existencia de la norma de *jus cogens* como un mero artilugio argumentativo sin invocar, conforme los parámetros del Derecho Internacional Público, si tal norma imperativa existía (en cuanto a su comprobación) al tiempo de comisión de los hechos, conforme los requisitos ya enunciados que debe reunir toda norma imperativa, sea cual fuere la naturaleza que se le invoque (consuetudinaria o convencional).

Repárese, en este punto, que la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad ha sido ratificada *por sólo 54 Estados*¹⁰³ **a la fecha**. Bajo tales circunstancias es válido preguntarse si la existencia de esa Convención (y otras manifestaciones de *opinio juris internacional*) constituyen una expresión de derecho internacional consuetudinario¹⁰⁴, o si el limitado número de ratificaciones revela la insuficiencia de apoyo internacional¹⁰⁵.

Si bien es cierto que la CSJN finca muchas de sus decisiones sobre la persecución y castigo de los crímenes de lesa humanidad en base a la jurisprudencia emanada de la CorteIDH, ello no es óbice para sostener que incluso aquí o, más aún, en dicho supuesto¹⁰⁶, la propia afirmación de la

¹⁰² Arancibia Clavel, Enrique L. - SJA 2004-IV-426 (voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, considerando 27).

¹⁰³ Cfre: página de la ONU: <http://treaties.un.org>.

¹⁰⁴ Más aún, cabría preguntarse si a la **fecha de los hechos** que son objetos de enjuiciamiento *-actualmente-* existía *-realmente-* una norma de *jus cogens*. Nos preguntamos ¿La había realmente?, ¿Existía una práctica general reconocida como derecho?. La práctica internacional demuestra que no; que la norma de *jus cogens* -con el contenido propio expresado por la CSJN- no había alcanzado los contornos precisos como para expresar la aceptación de un número grande e importante de Estados.

¹⁰⁵ REMIRO BROTONS ha señalado que **no existía tratado ni costumbre que estableciera tal regla (la de la imprescriptibilidad) y que el escaso número de firmantes de dicha convención no permite tampoco considerarla costumbre internacional**. Cfre: REMIRO BROTONS, "Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial", en *El Derecho Penal Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 120 (el subrayado nos pertenece).

¹⁰⁶ Se ha señalado que: "(...) la CSJN no ha ponderado conforme al Derecho Internacional la jerarquía de las fuentes normativas, asignando a fuentes secundarias, no autónomas, complementarias de las principales, valor superior y diferente al que poseen en el plano internacional (vg. Jurisprudencia y cuasi jurisprudencia de órganos de Organizaciones Internacionales o sistemas surgidos de pactos internacionales, i.a. Asamblea General de

CSJN resulta dogmática y carente de asidero ya que no se asienta en los propios requisitos que debe reunir la norma de *jus cogens* para su existencia en cuanto tal.

Vale recordar que la CorteIDH ha sostenido que las normas sobre prescripción son inaplicables a conductas violatorias de derechos humanos. En relación a ello, Alicia Gil Gil afirma, en una posición que compartimos que:

"(...) la Corte IDH (...) primero las declaró (a las conductas violatorias) incompatibles con las obligaciones de investigar y sancionar. Después fundamentó la imprescriptibilidad en el Derecho Internacional., calificando la violación como crimen contra la humanidad y afirmando erróneamente la existencia de una supuesta norma general de jus cogens que sería previa a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (...)"¹⁰⁷.

Como se desprende, la tesis de la costumbre o de la legalidad débil -en palabras de Ezequiel Malarino- defendida entre otros por la CSJN sostiene, en lo que aquí interesa, que el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional se satisface -al menos en el caso de crímenes internacionales- con una norma consuetudinaria previa al hecho¹⁰⁸. Pero la cuestión aquí analizada no finca en determinar si el principio de legalidad debe ceder, en sus postulados tradicionales, por motivos históricos, filosóficos¹⁰⁹ o de otra índole frente a la gravedad de los hechos que se enjuician, justificando la aplicación de un criterio más laxo en orden al mentado principio constitucional sino que, por el contrario, lo que se

Naciones Unidas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, etc. (...)". DRNAS DE CLEMENT, Zlata, "La aplicación del Derecho Internacional (...)", op. cit. p. 96.

¹⁰⁷ GIL GIL, Alicia, 2012, "La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de Derechos Humanos y de Derecho Penal Internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., ed. Rubinzal-Culzoni, p. 135.

¹⁰⁸ MALARINO, Ezequiel, 2012, *Derechos Humanos y Derecho Penal, Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*, 1da. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional n° 39, p. 99.

¹⁰⁹ Ver en tal sentido el excelente trabajo de PEREZ BARBERA, Gabriel - AGÜERO, Alejandro, "Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año II, N° 2, marzo de 2012.

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2013- A3.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

pretende poner en el tapete es que el propio entimema¹¹⁰ enunciado en párrafos anteriores no reúne los requisitos propios que el **Derecho Internacional Público exige para la configuración del *jus cogens***.

Es que, no debe olvidarse, la cuestión aquí analizada encuentra su razón de ser en la propia aplicación realizada por un tribunal de orden interno (CSJN) de aquellas fuentes del derecho internacional público, las cuales constituyen normas de Derecho Internacional Público, como lo es el *jus cogens*. Si ello es así, si la aplicación por parte de la CSJN de una fuente propia del ámbito internacional conlleva a un choque entre las reglas y principios de derecho penal internacional y nacional, nunca podrá obviarse el principio rector en la materia: *nullum crimen sine lege también rige en el ámbito del derecho penal internacional y las fuentes del ordenamiento jurídico internacional surgen de las fuentes del derecho internacional, por lo cual deben regirse por sus parámetros y no por otros*.

Vale recordar en este punto que la ley 26.200¹¹¹ la cual implementa el Estatuto de Roma en Argentina, establece en su artículo 13 lo siguiente: *“Ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro Derecho vigente”*. Como se desprende, aun cuando se considerará derecho vigente –en nuestro país– al derecho consuetudinario internacional¹¹², la aplicación del mismo por parte de la CSJN e incluso por los tribunales inferiores, ineludiblemente conllevaría a su adecuación a las reglas emanadas del Derecho Internacional, el cual prescribe ciertos requisitos imprescindibles para su configuración.

Otro argumento de peso para sustentar la postura traída a consideración se encuentra referido a que el principio de legalidad se encuentra previsto

¹¹⁰ El razonamiento evidenciado por la CSJN se presenta como retóricamente más poderoso y persuasivo cuando se lo enuncia entimemáticamente, sin embargo, dicho aspecto retórico, es **ajeno al lógico**.

¹¹¹ Sancionada el 13/12/2006; promulgada el 05/01/2007; publicada en B.O el 09/01/2007.

¹¹² Cuestión sumamente controvertida. Repárese que la propia ley 26.200 expresa, en su primera parte, que rige el respeto al principio de legalidad según dispone nuestra Carta Magna.

en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 11.2), en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art, 7º), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 9º), en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9º).

Según todos estos textos, nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el Derecho nacional o internacional. Es decir, los instrumentos de derechos humanos receptan el aspecto temporal del principio de legalidad.

Si se parte de la premisa, aún discutida, de que el principio de legalidad puede verse relativizado en su aplicación a las cuestiones que regula el derecho penal internacional (v.gr: crímenes de derecho internacional, entre otras), **nunca puede obviarse**, a nuestro entender, la cuestión trascendental de que el mentado derecho penal internacional es una rama mayormente derivada del Derecho Internacional Público y que, por ello, lo relevante sería que el derecho aplicado por los tribunales **no resulte violatorio de los elementos que toda costumbre internacional** debe reunir.

Es evidente que el castigo de los crímenes de derecho internacional se erige en un mandato de justicia elemental, pero ello no debe conducir a extremos que, en puridad de término, cercenarían la base misma que debería regir en todo derecho internacional que reclama validez universal. El recurso a la costumbre internacional *-al menos en materia penal-* debería estar reservado a los casos excepcionalísimos en donde **no existe ninguna duda acerca de la existencia y contornos de la norma que se pretende aplicar**.

La norma consuetudinaria debe ser algo evidente, algo, por decirlo de modo coloquial, que salte a la vista. Si un juez debe hacer trabajosas elucubraciones para saber cuál es la costumbre, entonces eso más bien indica que esa pretendida costumbre no existe¹¹³ y que, en todo caso, el activismo judicial evidenciado por la CSJN con escaso apego a la

¹¹³ Cfre: MALARINO, Ezequiel, "(...) Derechos Humanos y Derecho Penal (...)", op. cit. p. 105.

jurisprudencia y doctrina internacional en la materia ha abierto la Caja de Pandora¹¹⁴

CAPÍTULO V

Conclusiones

La aplicación de la norma de *jus cogens* en el ámbito interno por parte de la CSJN constituye, aún hoy, una cuestión de incipiente análisis doctrinario pero, por sobre todo las cosas, de alto interés práctico. Decimos que es un tema de evidente relevancia práctica porque implica –en su génesis- que el juez de orden interno debe precisar la jerarquía y naturaleza de la mentada norma jurídica al aplicarla al caso concreto.

Dicha operación del intelecto debe realizarse, según ya se adelantó, conforme los parámetros establecidos por el Derecho Internacional Público. Es que la norma de *jus cogens* constituye, sin lugar a dudas, una norma consuetudinaria internacional de alcance general lo cual conlleva a que su análisis y ponderación deba realizarse conforme la rama jurídica mencionada. Si ello no es así, si al aplicarla al caso concreto se efectúan disquisiciones de *lege ferenda* entonces ya no nos encontraremos con una aplicación genuina del derecho aplicable.

El activismo judicial, en palabras de Ezequiel Malarino, conlleva a que la Corte intente encubrir la creación judicial de derecho derivando: "(...) *reglas jurídicas concretas de conceptos absolutamente abstractos, como la "idea de justicia objetiva", las "leyes de humanidad", el "clamor universal", o la "conciencia jurídica universal (...)"*¹¹⁵.

Lo sustentado en párrafos anteriores no implica pregonar un deconstrucción del concepto de *jus cogens* en desmedro de sus efectos ya

¹¹⁴ LINDERFALK, U. "The Effect of Jus Cogens (...)" op. cit. p. 853-871.

¹¹⁵ MALARINO, Ezequiel, "(...) *Derechos Humanos y Derecho Penal (...)*, op. cit. p. 34 y siguientes. Si bien el autor de mención se refiere a la actividad propia desarrollada por la Corte Idh, sus argumentos – a nuestro entender- son plenamente aplicables al caso que nos ocupa.

señalados¹¹⁶ sino que, por el contrario, lo que en realidad se persigue es indicar que el término *jus cogens* puede ser utilizado, como en realidad se hace, como un mero artificio retórico. En otras palabras, se introduce en una sentencia dicho término jurídico y parecer ser que ya nada se puede oponer al mismo o que, en el peor de los casos, ningún argumento jurídico valedero en su contra es eficaz para contrarrestar sus evidentes consecuencias deseables. Si la impronta de dicha norma jurídica es tan importante, más trascendente debería ser, a su vez, su análisis y comprobación conforme los parámetros ya enunciados y postulados por el Derecho Internacional Público.

Lo contrario, es decir una aplicación sin tapujos por parte de los tribunales de orden interno de la mentada norma jurídica conduciría, sin lugar a dudas, a una evidente desigualdad en el plano, no solamente sustancial sino, también, procesal. Es que la ampliación judicial del Derecho que tiende al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas, como lo señala el Dr. Daniel Pastor en su teoría del neopunitivismo implica, a nuestro entender, un franco retroceso en el propio avance y consolidación de una justicia transicional, tan necesaria y urgente para el avance de una sociedad que aspira a resolver sus realidades y coyunturas pasadas –y presentes- de manera democrática pero, por sobre todas las cosas, de forma ajustada a derecho.

Bibliografía

- ABELLO-GALVIS, R., 2011, *Introducción al estudio de las normas de jus cogens en el seno de la comisión de Derecho Internacional*, CDI, Universitas. Bogotá (Colombia) N° 123: 75-104, julio-diciembre.
- ACOSTA ESTEVÉZ, José, *Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.
- AMBOS, Kai, *Nurember revisited, Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot*, en especial apartado I. *Nürnberg und das Rückwirkungsverbot*, publicado www.department-ambos.uni-goettingen.de
- AMBOS, Kai, 2010, "La construcción de una parte general del derecho penal internacional", en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, WOISCHNIK,

¹¹⁶ Tal como lo expresó en su opinión disidente el juez Antonio Augusto Cançado Trindade en su voto emitido en la causa "Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)", ([Corte Internacional de Justicia](http://www.corteinternacionaldejusticia.org/) 03/02/2012).

Jan, *Temas actuales de Derecho Penal Internacional, contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay,.

- BALCARCE, Fabián, I., 2009, "Introducción al estudio de la parte especial del Derecho penal", en *Derecho penal, parte especial, Libro de estudio, tomo I*, Fabián. I. Balcarce. Director, Córdoba, Editorial Advocatus.

- BARBERO, Natalia, 2012, "El principio de legalidad en Derecho Penal Internacional", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., Editorial Rubinzal-Culzoni.

- BASSIOUNI, M. Cherif, 1999, "International Criminal Investigations and Prosecutions: From Versailles to Rwanda, en BASSIOUNI, M. Cherif (editor), *International Criminal Law*, tomo 3, 2º edición.

- CARDONA LLORENS, J., 1985, "La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el "crimen internacional")", en *ADI*, VIII.

- CARRILLO SALCEDO, Juan A., 1976, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2da. Edición, Madrid, Ed. Tecnos.

- CHRISTOL, Carl Q., *The jus cogens Principle and International Space Law, Proceedings of the twenty-sixth Colloquium on the law of Outer Space*.

- COPI, Irving M., 2010, *Introducción a la Lógica*, 4ª ed. 3ª reimp, Bs. As., Editorial Eudeba.

- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, consultado en página web: www.rae.es.

- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., 1983., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, sexta edición, Madrid, Editorial Tecnos.

- DOBOVSEK, José., "La Jurisdicción internacional Penal", en *Aequitas virtual*, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Salvador, en página web: www.usal.edu.ar.

- DOBOVSEK, José, 2007, "Breves consideraciones sobre el Derecho Internacional Penal General y sus relaciones con los sistemas penales particulares", en *Anuario de Derecho Argentino de Derecho Internacional*, 1ed. Rosario: Asociación Argentina de Derecho Internacional.

- DRNAS DE CLEMENT, Z., El jus cogens en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en página web: *Academia Nacional de Derecho*: <http://www.acader.unc.edu.ar>.

- DRNAS DE CLEMENT, Z., SARTORI, Marta Susana, 2011, *La Aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la CSJN Argentina*, Córdoba, Editorial Lerner.
- ECHEVERRI, Pablo, *Ius cogens en sentido estricto y en sentido lato: una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del corpus iuris internacional de protección al ser humano*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.
- FERRAJOLI, Luigi, 1995, *Derecho y Razón*, Traducido por Andrés Ibáñez, Buenos Aires, Editorial Trotta.
- FIERRO, Guillermo J., 2003, *Legalidad y retroactividad de las normas penales, fuentes del derecho, legalidad en el Derecho Tributario, procesal penal y aduanero*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.
- FILIPPINI, Leonardo, "El prestigio de los derechos humanos, respuesta a Daniel Pastor", publicado en *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* disponible en: www.juragentium.unifi.it/about/index.-htm.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio, "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo: 1974-2004*, publicado en página web: www.corteidh.or.cr.
- GIL GIL, Alicia, 2005, "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (en línea), núm. 07-r1, p. r1:1-r1:18. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>.
- GIL GIL, Alicia, 2012, "La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de Derechos Humanos y de Derecho Penal Internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., ed. Rubinzal-Culzoni.
- GÓMEZ ROBLEDO, A., 2003, "El ius cogens internacional, Estudio crítico-histórico, Segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas", *Serie Doctrina jurídica*, Núm. 147, Universidad Nacional Autónoma de México, Méjico.
- GUGGENHEIM, P., 1967, *Traité de droit international public*, ed., Librairie Georg, Ginebra.

- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, 2012, "Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., Editorial Rubinzal-Culzoni.
- JAKOBS GÜNTHER - CANCIO MELIA M., 2005, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Buenos Aires, Hammurabi.
- LASCANO, Carlos J (h) y otros, 2005, *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Córdoba, Editorial Advocatus.
- LINDERFALK, ULF, 2008, "The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?", *EJIL*, Vol. 18 n° 5.
- LINDERFALK, ULF, 2012, "What Is So Special About Jus Cogens?: On the Difference Between the Ordinary and the Peremptory International Law", *International Community Law Review*, vol. 14.
- LINDERFALK, ULF, 2011, "The Creation of Jus Cogens: Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 71, (Obtenible en <http://www.zaoerv.de/>).
- MALARINO, Ezequiel, 2012, "El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la jurisprudencia argentina: algunos problemas de relación con el principio de legalidad penal", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., ed. Rubinzal-Culzoni.
- MALARINO, Ezequiel, 2012, *Derechos Humanos y Derecho Penal, Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*, 1da. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional n° 39.
- MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCIA ARAN, Mercedes, 2002, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, 2005, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.
- NÚÑEZ, Ricardo, 2009, *Manual de Derecho penal, Parte General*, quinta ed., actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka, Córdoba, Editorial Lerner.
- PAGLIARI, Arturo Santiago, 2007, *Curso de Derecho Internacional Internacional Público*, Córdoba, Editorial Advocatus.
- PAGLIARI, ARTURO S., *Fragmentación del Derecho Internacional. Aplicación y efectos*, en página web: www.oas.com.
- PASTOR, Daniel R., 2012, "Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva (o la prescriptibilidad penal como garantía de

seguridad jurídica)", en *Derecho Penal y Democracia. Desafíos actuales*, libro homenaje al Prof. Dr. Jorge De La Rúa, Editorial Córdoba, Editorial Astrea.

- PASTOR, Daniel R., 2005, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Revista Jurídica: Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, Buenos Aires, Editorial Editores del Puerto.

- PASTOR, Daniel R., 2010, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema interamericano de Derechos Humanos, ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO Ezequiel, ELSNER Gisela (editores), Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay.

- PASTOR, Daniel R., - GUZMAN, Nicolás, 2008, *Neopunitivismo y Neoinquisición, Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado (prólogo)*, Bs. As., ed. Ad-Hoc.

- PEREZ BARBERA, Gabriel - AGÜERO, Alejandro, 2012, "Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Editorial La Ley, Año II, N° 2, marzo.

- QUISPE REMON, Florabel, 2010, "Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso", en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

- RAMIREZ, William, "Derechos Humanos en Guatemala, Evidencias de impunidad o impunidad en evidencia", en AMBOS, Kai, *Impunidad, Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, publicado en dialnet: Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.

- REITER-KORKMAZ, Axelle, "Going Global: Individual Rights, Universal Norms and the Existence of an Overarching Normative Hierarchy in International Law", *European Journal of Legal Studies* (<http://www.ejls.eu/4/53UK.htm>).

- REMIRO BROTONS, A., 1983, *Derecho internacional público. Principios fundamentales*, Madrid, Editorial Astrea.

- REMIRO BROTONS, 2001, "Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial", en *El Derecho Penal Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial.

- RIGHI, Esteban, 2007, *Derecho penal: parte general*, 1da. ed., Bs. As, Editorial Lexis Nexis.

- ROXIN, Claus, 1997, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º. Edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas.

- RUIZ FABRI, H., 2012, "Enhancing the Rhetoric of Jus Cogens", *European Journal of International Law*; vol. 23. (Obtenible en www.ejil.org).
- SARKIN, Jeremy, 2012, "Why the Prohibition of Enforced Disappearance has attained 'Jus Cogens' Status in International Law", *Nordic Journal of International Law*, vol. 81. (Obtenible en www.ppl.nl).
- SATZGER, Helmut, 2012, "Modelos de participación en el Derecho Penal Internacional", en *Revista de Derecho Penal, número extraordinario*, Dir. Edgardo Alberto Donna, Bs. As., Editorial Rubinzal-Culzoni.
- SCHWARZENBERGER, Georg, A. 1967, *manual of International Law*, Stevens and Sons, London.
- SOLER, S., 1963, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Bs. As., Editorial TEA.
- TINTI, Guillermo P., "Autonomía de la voluntad en el contrato y criterios para su consideración judicial", en *Academia Nacional de Derecho*. Dirección URL: <http://www.acaderc.org.ar>.
- VALLARTA MARRÓN, José Luís, *La argumentación jurídica en torno al jus cogens internacional*, en página web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: www.juridicas.unam.mx.
- VARON MEJIA, Antonio, *Orden Público Internacional y Normas Jus Cogens: Una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.
- VERDROSS, Alfred, 1976, *Derecho Internacional Público*, 5º edición alemana, refundida y aumentada con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar.
- VILLAPANDO, WALDO, *El nuevo Derecho Penal Internacional. Los crímenes internacionales*, publicado en Dialnet Dirección URL: <http://www.dialnet.unirioja.es>.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, 2000, *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As., Ed. Ediar.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., 2006, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Ediar.

Fallos

Corte I.D.H., Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros), cit., y Corte I.D.H., Caso Castillo Páez, cit., párr. 10.

CSJN, 05/10/1983 -Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salta Grande s/ despido -Fallos 305:2150.

CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/94), JA 1996-I-328.Fallos 318:21485

CSJN, 13/08/1998 - Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. -Fallos 321:2031.

CSJN, 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. -JA 2004-IV-426

Corte Suprema de Justicia de la Nación: Delitos de lesa humanidad: Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires, 2009 en <http://www.csjn.gov.ar>.

Cita de este artículo:

GARCÍA AMUCHASTEGUI, S. (2013) "El jus cogens y su impronta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2013, Año 3, Vol. 2. pp. 119-172. Recuperado (Fecha de acceso), de