



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
INSTITUTO DE RELACIONES INTERNACIONALES

MAESTRÍA EN RELACIONES INTERNACIONALES

TESIS:

**“LA PERSECUCIÓN PENAL DE INTEGRANTES DE
ORGANIZACIONES NO ESTATALES POR LA COMISIÓN DE
CRÍMENES INTERNACIONALES:
EL CASO DE LAS ORGANIZACIONES GUERRILLERAS
ARGENTINAS DE LA DÉCADA DEL SETENTA”**

TESISTA: MARÍA CECILIA LÓPEZ UHALDE

DIRECTOR DE TESIS: DR. FABIÁN OMAR SALVIOLI

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. ASPECTOS METODOLÓGICOS

II.1	Objetivos de la investigación.....
II.2	Motivos de la elección del tema de investigación.....
II.3	Método y estructura de la investigación.....
II.4	Recorte temporal.....
II.5	Fuentes utilizadas en la investigación.....
II.6	Marco teórico de la investigación.....
II.6.A	Disciplinas en las que se inserta la investigación.....
II.6.B	Precisiones terminológicas y conceptuales.....

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I. CONTEXTO POLÍTICO JURÍDICO NACIONAL DURANTE LA DÉCADA DEL SETENTA DEL SIGLO VEINTE

I.1	Contexto histórico político nacional.....
I.2	Crímenes del derecho internacional atribuidos a los integrantes de las organizaciones guerrilleras que actuaron en la República Argentina en la década del setenta.....

CAPÍTULO II. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL JUZGAMIENTO DE CRÍMENES INTERNACIONALES

II.1	Introducción.....
II.2	El derecho penal internacional y los crímenes de derecho internacional.....
II.3	Naturaleza subsidiaria del derecho penal internacional: la falla de la protección jurídica nacional.....

II.4 El principio de la responsabilidad penal individual y la jurisdicción para el juzgamiento de crímenes de derecho internacional.....	
II.5 Juzgamiento de crímenes internacionales en el ámbito estatal.....	
II.6 El principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional.....	
II.6.1 Ley penal y sanción previas.....	
III.6.2 La costumbre internacional como ley previa.....	
II.6.3 Irretroactividad de la ley penal.....	
II.7 La imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional.....	
II.7.1 Recepción del principio de la imprescriptibilidad en las jurisdicciones nacionales. El caso de la República Argentina.....	

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO III. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

III.1 Origen y justificación de los crímenes de lesa humanidad.....	
III.2 Evolución posterior del concepto de crímenes contra la humanidad. Concepto actual. Su codificación en el Estatuto de Roma.....	
III.2.1 El contexto funcional.....	
III.3 Conclusiones sobre el derecho internacional vigente sobre los crímenes de lesa humanidad durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte.....	

CAPÍTULO IV. CRÍMENES DE GUERRA

IV.1 Introducción.....	
IV.2 Reseña sobre el derecho internacional humanitario.....	
IV.2.1 Derecho de Ginebra.....	
IV.2.1.i Derecho de Ginebra relativo a los conflictos armados internacionales.....	
IV.2.1.ii Derecho de Ginebra relativo a los conflictos armados no internacionales	
IV.2.2 Derecho de La Haya.....	
IV.2.3 Derecho de Nueva York.....	

IV.3 Crímenes de guerra.....
IV.4 Conclusiones sobre el derecho internacional vigente sobre los crímenes de guerra durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte.....

CAPÍTULO V. TERRORISMO

V.1 Introducción.....
V.2 El terrorismo en el contexto del derecho internacional. Falta de definición del terrorismo y de su tipificación como crimen autónomo del derecho internacional.....
V.3 Razones de la falta de consenso sobre la definición del terrorismo y de su tipificación como crimen del derecho internacional: el contexto político mundial en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte.....
V.4 El terrorismo como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad.....
V.4.1 El terrorismo como crimen de guerra.....
V.4.2 El terrorismo como crimen de guerra.....
V.5 Conclusiones sobre el derecho internacional vigente sobre el terrorismo en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte.....

TERCERA PARTE

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

GLOSARIO

SENTENCIAS CITADAS

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En sus orígenes, los crímenes internacionales se vincularon con la dominación totalitaria y con los órganos del Estado, actuando por sí o a través de individuos a ellos vinculados. La concepción tradicional del derecho penal internacional consideraba que detrás de la comisión de este tipo de crímenes, en particular, de los crímenes de lesa humanidad, no sólo debía existir una política, sino que esa política debía ser la de un Estado. La opinión prevaleciente era que los crímenes de lesa humanidad, por ser ilícitos de naturaleza colectiva, implican la política de un Estado pues su comisión requiere del uso de instituciones, personal y recursos estatales para cometer o dejar de prevenir su comisión (Kress, 162: 2010).

Dicha concepción obedeció a que hasta la Segunda Guerra Mundial, de manera general, eran agentes estatales quienes perpetraban crímenes masivos contra la población civil como producto de una política estatal, utilizando uno o más segmentos del aparato público, incluyendo sus fuerzas armadas, policiales, unidades paramilitares, y otros elementos de la burocracia civil. Sin embargo, desde la Segunda Guerra Mundial en adelante, actores no estatales se han involucrado crecientemente en prácticas de victimización masiva de civiles en el contexto de conflictos armados de carácter no internacional. Estos conflictos revelaron hechos nuevos que no habían quedado comprendidos en la jurisdicción del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (ETMI), creado para el juzgamiento de los crímenes internacionales cometidos durante la referida contienda mundial (Bassiouni, 2011: 40).

Los posteriores desarrollos del derecho penal internacional ampliaron la concepción imperante en los orígenes de dicha disciplina. A partir de que el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) asocia las acciones típicas constitutivas de los crímenes de lesa humanidad no sólo con la política de un Estado, sino también con la de una “organización”, y que el artículo 8 del referido instrumento califica como crímenes de guerra, entre otros, a aquellos que se cometan en el marco de conflictos armados no internacionales en los que se enfrentan autoridades gubernamentales y “grupos armados organizados”, se introdujo la cuestión de los actores no estatales como eventuales

perpetradores de crímenes de derecho internacional. Desde entonces, se ha planteado un caluroso debate académico y jurisprudencial acerca de qué tipo de organizaciones quedan encuadradas dentro de aquellas que son capaces de diseñar una política en el marco de la cual puedan cometerse este tipo de crímenes.

El estado del arte en materia de comisión de crímenes internacionales por parte integrantes de "organizaciones no estatales" en el marco de conflictos armados internos, representa un tema en claro estado de evolución dentro de la disciplina del derecho penal internacional. En el minucioso estudio realizado por el profesor Kress, se afirma que la "primera generación" de esta rama jurídica, reflejó la configuración de un ordenamiento jurídico internacional centrado exclusivamente en el Estado. Durante esta primera etapa del derecho penal internacional, la jurisdicción del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMI) estaba limitada al crimen de agresión, a los crímenes de guerra perpetrados en el contexto de conflictos armados puramente internacionales, y a los crímenes de lesa humanidad, siempre y cuando éstos últimos se hubieran cometido en ejecución o conexión con alguno de los crímenes anteriores, haciéndolos depender de una situación de ruptura de la paz internacional. El autor destaca que fue recién a partir de la década de los noventa, con la histórica decisión dictada por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso "Tadic", que se concretó un paso decisivo hacia la que se denomina la "segunda generación" del derecho penal internacional, en la cual se concluyó que la responsabilidad penal del individuo establecida directamente desde el derecho internacional se había extendido a los conflictos armados sin carácter internacional. Kress señala que la cristalización de estas normas consuetudinarias amplió el ámbito de protección del derecho penal internacional más allá de la violencia interestatal, llevándolo hasta la violencia ocurrida al interior de los Estados, comprendiendo situaciones donde el Estado, pero también "organizaciones análogas a la estatal" (típicamente bajo la forma de fuerzas armadas de oposición), despliegan el terror entre la población bajo su poder (Kress, 2010: 872-873).

La jurisprudencia *ius* internacionalista también representa un indicador sobre el estado de la cuestión en la materia. En este ámbito, es posible observar una clara evolución en la interpretación referida a las condiciones que deben cumplir las organizaciones no estatales

para que sus miembros puedan ser juzgados por la comisión de crímenes del derecho internacional. Dicha interpretación ha oscilado entre la asimilación de las organizaciones al Estado, exigiéndoles el requisito del dominio o control territorial y la capacidad de aplicar un programa análogo al estatal, a la sola exigencia de un grupo con capacidad suficiente para cometer dichos crímenes, en una tendencia que se dirige –recientemente- hacia la ampliación del ámbito de aplicación de esta categoría del derecho penal internacional a partir de la flexibilización e, incluso, del abandono total del requerimiento del “elemento político” de estos crímenes.

Es posible sostener que entre las razones que se encuentran detrás de la tendencia hacia la flexibilización de los requisitos de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, radica en la necesidad del derecho penal internacional de brindar una respuesta eficiente ante nuevas formas de violencia que no son aquellas que contextualizaron el origen de esta disciplina. Los crímenes que están siendo juzgados desde los inicios de la década de los noventa por los tribunales penales internacionales *ad hoc* (para la ex Yugoslavia¹ y Rwanda²), y luego la Corte Penal Internacional (CPI)³, así como los llamados tribunales penales internacionalizados (Tribunal Especial para Sierra Leona⁴, Tribunal Especial Iraquí⁵, Salas Especiales para Camboya⁶, Salas Especiales para Timor Oriental⁷), se caracterizan por haber sido cometidos por integrantes de actores no estatales en el contexto de conflictos armados sin carácter internacional que, no en todos los casos, cumplen con las exigencias originarias del derecho penal internacional.

¹ Creado por Res. 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 25 de mayo de 1993.

² Creado por Res. 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 8 de noviembre de 1994.

³ Creado por el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998.

⁴ Creado por Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona del 16 de enero de 2002.

⁵ Creado por el Estatuto N° (1) del 10 de diciembre de 2003, sancionado por el Consejo de Gobierno iraquí.

⁶ Creadas por la “Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya” (NS/RKM/080/12), promulgada el 10 de agosto de 2002, modificada el 27 de octubre de 2004; y por el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya, firmado el 6 de junio de 2003.

⁷ Creadas por el Reglamento 2000/15 de la UNTAET del 6 de junio de 2002; por el Reglamento 2000/11 de la UNTAET del 6 de marzo de 2000; y por la Res. 1272 del Consejo de Seguridad del 25 de octubre de 1999.

Consideramos que otra de las razones de la ampliación del ámbito de aplicación de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, obedece al impacto que, tanto a nivel político como jurídico, produjo el incremento en la magnitud de la violencia terrorista luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en territorio de los Estados Unidos. A partir de que el terrorismo no ha sido definido ni tipificado como una categoría autónoma de crimen del derecho internacional, comenzó a analizarse si las diferentes formas de violencia terrorista podrían encuadrarse legalmente dentro de las categorías ya existentes de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra. Ello, a pesar de no verificarse en dichos grupos u organizaciones el requisito del ejercicio de poder político de *iure* o de *facto* análogo al estatal con control territorial que se requiere como elemento político de los crímenes de lesa humanidad y como requisito de los grupos armados de oposición que pueden cometer crímenes de guerra en un conflicto armado no internacional.

En lo que respecta a la persecución penal de crímenes internacionales en el ámbito de las jurisdicciones estatales, puede observarse que, en años recientes, los tribunales argentinos han utilizado las categorías del derecho internacional (crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o de genocidio), tanto en oportunidad de decidir sobre la solicitud de extradición de criminales de guerra por atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, en supuestos de crímenes cometidos por miembros del gobierno de facto que condujo la última dictadura militar en la República Argentina –comprendiendo, asimismo, hechos cometidos por otros gobiernos dictatoriales de la región en el marco del Plan Cóndor-, así como por delitos cometidos por la organización denominada Triple A, que se desarrolló con recursos estatales, con anterioridad al golpe de Estado de 1976.

En dicho contexto, no constituyó una cuestión a debatir si los funcionarios públicos, actuando en cumplimiento de una política diseñada a nivel estatal, podían ser considerados autores de crímenes del derecho internacional dado que, como hemos apuntado, la concepción tradicional del derecho penal internacional consideraba que detrás de la comisión de tales ilícitos, en particular, de los crímenes de lesa humanidad, no sólo debía existir una política, sino que esa política debía ser la de un Estado.

Los nuevos desarrollos del derecho penal internacional que derivaron en la incorporación de los integrantes de las organizaciones no estatales como posibles autores de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de guerra en el contexto de los conflictos armados internos, dio sustento, en el ámbito nacional, a la discusión jurídica acerca de si los presuntos ilícitos cometidos por integrantes de las organizaciones guerrilleras armadas que se desarrollaron en nuestro país a lo largo de las décadas del sesenta, setenta y principios de los ochenta (Montoneros - ERP - PRT) y, en particular, opusieron resistencia al accionar del último gobierno militar de la República Argentina, podrían o no considerarse crímenes del derecho internacional, derivando de dicha caracterización la consecuencia de la imprescriptibilidad que habilitaría la posibilidad de su juzgamiento actual. En el contexto de una serie de procesos penales en los cuales se denunció la presunta responsabilidad penal de los integrantes de dichas organizaciones armadas, se planteó que su accionar podía encuadrarse jurídicamente en la categoría de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o actos de terrorismo, éstos últimos, como una categoría penal autónoma o como constitutivos de alguna de las dos primeras figuras delictivas mencionadas.

Las consecuencias jurídicas que sobrevienen a la eventual calificación de dichos ilícitos como crímenes del derecho internacional son sustanciales, a poco que se advierte que el derecho internacional considera legítimo que ante la ocurrencia de los mismos pueda soslayarse la aplicación de hasta entonces inmovibles principios que rigen el derecho penal doméstico, tales como, la prescripción de la acción penal o el principio de la territorialidad, real o de defensa, o el de la nacionalidad (activa o pasiva) para el juzgamiento de delitos penales. La doctrina del derecho penal internacional ha precisado las referidas consecuencias. Así, el profesor Bassiouni señala que los crímenes del derecho internacional que han alcanzado la categoría de *ius cogens* traen aparejadas obligaciones *erga omnes* que resultan inderogables para los Estados, que se encuentran vigentes en tiempos de paz y de guerra, que no pueden ser suspendidas en períodos de emergencia y que, en definitiva, se orientan a evitar la impunidad de sus autores. Tales obligaciones que pesan en cabeza de los Estados se refieren a: a) asegurar su imprescriptibilidad; b) garantizar la jurisdicción universal para asegurar su persecución; c) no permitir la aplicación de inmunidades o amnistías en favor de jefes de Estado o de Gobierno; y d) no permitir la aplicabilidad del principio de la obediencia debida (Bassiouni, 1996: 64).

Como hemos apuntado, la calificación de una conducta como crimen del derecho internacional, carece de consecuencias menores. El excepcional régimen jurídico aplicable ante este tipo de crímenes, a los cuales se les reconoce la jerarquía de *ius cogens*, resulta un dato relevante en nuestro análisis, dado que encuadrar jurídicamente el accionar de las organizaciones armadas objeto del presente estudio en dichas categorías del derecho internacional –de lo cual se deriva, entre otras, la obligación del Estado de asegurar su imprescriptibilidad- podría habilitar la posibilidad del juzgamiento actual o futuro de sus integrantes. Ello, dado que el recurso a estas normas internacionales permitiría afirmar la vigencia de la acción penal mientras que una solución basada exclusivamente en normas de derecho nacional conduciría a la prescripción.

A fin de arribar a una respuesta acerca de la factibilidad jurídica de encuadrar el accionar de los integrantes de las organizaciones guerrilleras analizadas en alguna de las categorías de los crímenes de derecho internacional, es necesario tener presente que el tema de investigación se ubica en el contexto de la transición de la primera hacia la segunda generación del derecho penal internacional, elemento que habrá de ser tenido especialmente en cuenta a la hora de identificar cuál era el derecho internacional vigente durante el período histórico de desarrollo de las mentadas organizaciones. Será necesario verificar, en primer lugar, si además de los Estados, las “organizaciones” no estatales se encontraban comprendidas dentro de aquellas capaces de desarrollar la política que subyace a la comisión de tales crímenes, de acuerdo a lo que prescribía el derecho internacional aplicable en la época de comisión de los hechos que podrían ser materia de juzgamiento. La evolución que se ha registrado en la interpretación del concepto jurídico de estas organizaciones, conlleva efectos prácticos trascendentes. Asumir una definición estricta o amplia de “organización” o de “grupo armado de oposición” podría conducir a consecuencias drásticamente opuestas que oscilarían entre la posibilidad o la imposibilidad del juzgamiento actual del accionar de las organizaciones armadas analizadas.

Por su parte, y en lo que respecta a la supuesta comisión de crímenes de guerra, sería necesario determinar si el derecho penal internacional imperante en la época de desarrollo de las organizaciones guerrilleras argentinas, reconocía la vigencia de este tipo de crímenes internacionales cuando hubieren sido cometidos en el marco de conflictos armados

internos. Sentado ello, debería responderse, asimismo, si durante la década del setenta existió en nuestro país un conflicto armado no internacional y, en su caso, si las organizaciones armadas analizadas encuadraban en los “grupos armados no estatales” que podían ser considerados partes de un conflicto armado de tales características.

Como se deriva de lo expuesto, a fin de responder al interrogante referido a si el accionar de las organizaciones guerrilleras citadas podría o no encuadrarse jurídicamente en las categorías de los crímenes del derecho internacional, calificación que podría habilitar el juzgamiento penal actual de sus integrantes, es necesario establecer, principalmente, ¿cómo regulaba el derecho internacional vigente durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte la atribución de responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes internacionales?

Sostenemos como hipótesis central de nuestra investigación que, sobre la base de un ordenamiento jurídico internacional centrado en el Estado, el derecho internacional vigente durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte prescribía que sólo el Estado o las organizaciones análogas a la estatal con control territorial podían diseñar la política que subyace a la comisión de crímenes de lesa humanidad, mientras que los crímenes de guerra sólo podían cometerse en el contexto de conflictos armados interestatales.

II. ASPECTOS METODOLÓGICOS

II.1 Objetivos de la investigación

El objetivo general de la investigación se remite a la tarea de analizar la posibilidad de subsumir jurídicamente el accionar de las organizaciones guerrilleras que se desarrollaron en nuestro país en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte en alguna de las categorías de los crímenes de derecho internacional, en particular, de los crímenes de lesa humanidad o los crímenes guerra. En la tarea de alcanzar el objetivo general, nos propusimos como objetivos específicos de la investigación:

1. Analizar la evolución histórica de los crímenes de derecho internacional que han pretendido ser atribuidos a los integrantes de las organizaciones armadas guerrilleras que se desarrollaron en las décadas del setenta y del ochenta en nuestro país;
2. Analizar el tratamiento dado por doctrina, el derecho penal internacional, la jurisprudencia internacional y nacional, así como por las organizaciones internacionales, al tema de la atribución de responsabilidad penal individual de los integrantes de organizaciones no estatales por la comisión de crímenes internacionales;
3. Identificar el derecho internacional vigente sobre la atribución de responsabilidad penal individual a integrantes de organizaciones no estatales por la comisión de crímenes internacionales durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte;
4. Caracterizar los principios rectores que deberían presidir el análisis jurídico sobre el juzgamiento de integrantes de organizaciones no estatales por la comisión de crímenes internacionales que se hayan desarrollado en el período histórico analizado.

II.2 Motivos de la elección del tema de investigación

El abordaje del problema de investigación presenta, al menos, dos condicionantes. El primero, es un factor interno, al que denominamos “político – ideológico”, que se desenvuelve a partir de la influencia que ejercen los diferentes posicionamientos políticos que se encuentran comprometidos en esta problemática y que se expresan antagónicamente en el ámbito nacional, tanto a nivel político, social como jurídico, y que han afectado la imparcialidad y objetividad con que debe analizarse jurídicamente la cuestión.

A modo de síntesis de la expresión discursiva que signó la transición democrática en nuestro país, se ha denominado “teoría de los dos demonios” a aquella que pretendió explicar la violencia desatada en la República Argentina durante el Proceso de

Reorganización Nacional a partir del enfrentamiento o guerra entre dos “bandos” o “demonios”: las organizaciones guerrilleras (Montoneros – ERP) y las Fuerzas Armadas⁸.

Durante la década de los ochenta y de los noventa, los organismos de derechos humanos, algunos movimientos sociales y ciertos sectores intelectuales cuestionaron la equiparación de los responsables que propuso la llamada “teoría de los demonios”. Cuestionamientos que tuvieron su correlato, por un lado, en la reanudación del proceso de enjuiciamiento de los responsables de los crímenes cometidos por los integrantes del gobierno de facto que condujo la última dictadura militar, a partir de que la CSJN declarara sin efectos jurídicos a las leyes de Punto Final y Obediencia Debida en el año 2005. Como contrapartida, se promovieron una serie de procesos penales en los que se denunció que el accionar de las organizaciones guerrilleras argentinas debería encuadrarse jurídicamente en la categoría de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, derivando de dicha calificación jurídica la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad de dicho tipo de ilícitos. Este escenario, revela la existencia de un debate pendiente sobre este pasado reciente de la historia política argentina, y sobre las prácticas y responsabilidades de los actores que ha justificado la elección del tema de investigación.

Consideramos que otro factor condiciona el abordaje de la investigación. El tema de la responsabilidad de los integrantes organizaciones no estatales por la comisión de crímenes internacionales se encuentra en clara evolución en el derecho penal internacional, debido, principalmente, al debilitamiento del Estado – Nación como actor central de las relaciones internacionales y al paralelo protagonismo de los actores no estatales, cuya relevancia ha

⁸ Siguiendo el análisis de Drucaroff (2002), el modelo propuesto por los Decretos 157 y 158 dictados por el Dr. Raúl Alfonsín, mediante los cuales se ordenó enjuiciar a los dirigentes de las organizaciones guerrilleras ERP y Montoneros en relación con los hechos posteriores al 25 de mayo de 1973 y a los integrantes de las Juntas Militares que dirigieron el país desde el golpe militar del 24 de marzo de 1976 hasta la Guerra de las Malvinas, supone tres elementos básicos: un demonio primero (el de izquierda) que convulsiona con su violencia a la sociedad en su conjunto, provocando la ira de un demonio segundo (el de derecha), quien aplica una violencia sistemática e “infinitamente peor” a víctimas que serán jerarquizadas en un doble procedimiento de demonización y angelización. En el medio de esta realidad trágica e insalvable (Demonio 1 versus Demonio 2; Mal versus mal Mayor) una sociedad sufriente, pasiva e “inocente” y ajena a todo el proceso.

venido de la mano de su capacidad de perturbación frente a los centros de poder legalmente constituidos. Al lado de los conflictos armados no internacionales que se suceden mayormente en la actualidad, el mundo de hoy debe lidiar, asimismo, con nuevas formas de violencia terrorista que se desarrollan entre Estados, por un lado, y organizaciones no estatales, caracterizadas por limitaciones temporales y por la falta de un territorio determinado, por el otro. Este nuevo escenario provocó la necesidad del derecho internacional de adaptarse y evolucionar a fin de dar respuesta frente a un contexto político claramente diverso al de los orígenes del derecho penal internacional, caracterizado por haber constituido un ordenamiento jurídico internacional centrado, principalmente, en el Estado.

Este estado de evolución que presenta el tema de investigación, motivado por la alteración de la realidad política en la que se aborda, ha generado que, en muchos casos, las respuestas que se han propuesto a la pregunta referida a la posibilidad jurídica de juzgar en la actualidad a los integrantes de las organizaciones guerrilleras que actuaron en nuestro país entre las décadas del sesenta y del ochenta del siglo veinte por crímenes internacionales, se fundamente sobre la base del estado actual del derecho penal internacional, sin tener en cuenta el que se encontraba vigente en el momento de la comisión de los hechos que, eventualmente, podrían ser materia de juzgamiento.

A través de la tarea de identificación del derecho internacional que regía durante el período histórico que constituye el recorte temporal de la Tesis, se pretende proponer una respuesta que, soslayando los condicionantes expuestos, dote de objetividad e imparcialidad al análisis referido a la posibilidad o imposibilidad de encuadrar jurídicamente el accionar de las organizaciones guerrilleras argentinas analizadas en algunas de las categorías de los crímenes de derecho internacional.

II.3 Métodos y estructura de la investigación

Los problemas y condicionantes descriptos determinaron la elección de los métodos de investigación de la presente Tesis. El diseño de investigación utilizado se basó en tres ejes analíticos.

La utilización del primero, implicó un abordaje desde una visión jurídico – descriptiva, a los efectos de explicar e interpretar la problemática de la atribución de responsabilidad a los integrantes de organizaciones no estatales por la comisión de crímenes internacionales.

El segundo eje analítico utilizado fue el histórico, a partir del cual se analizó la evolución de las principales categorías de los crímenes internacionales con la intención de localizar las normas válidas que integraban el derecho internacional vigente en la época que constituye el recorte temporal de la Tesis, su alcance y significado, así como los contextos políticos que presidieron las transformaciones normativas asociadas al fenómeno en estudio.

En tercer lugar, y considerando que el problema de investigación se ubica en un punto de articulación entre el derecho internacional y el derecho nacional, hemos utilizado un enfoque sistémico que nos permitió visualizar el fenómeno de la persecución penal por la comisión de crímenes internacionales en el ámbito de las jurisdicciones nacionales, dentro de la complejidad en la que se integra, precisando el conjunto de interconexiones y la dinámica estructural – funcional que se presenta en la interrelación entre el derecho internacional y el derecho interno.

Con la intención de dar respuesta a las preguntas que nos hemos propuesto en el presente trabajo de investigación y buscando la mejor forma de abordarlas, hemos estructurado la Tesis en tres partes. En la primera de ellas, como Capítulo introductorio, hemos explicitado el contexto político en el marco del cual surgieron y se desarrollaron las organizaciones guerrilleras en nuestro país y las medidas jurídicas que se implementaron para dar respuesta a las distintas formas de violencia que caracterizaron dicho período histórico. Asimismo, en este primer Capítulo hemos identificado los argumentos jurídicos que se han esbozado para justificar la persecución penal actual de los integrantes de dichas organizaciones por la supuesta comisión de crímenes internacionales, en particular, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y de terrorismo. En el segundo Capítulo de la Primera Parte, abordamos conceptos generales acerca del juzgamiento de los crímenes internacionales, sobre la base de los cuales se construirán las ideas en las que sustentará el posterior desarrollo de la investigación. Partimos de la necesaria

conceptualización de los llamados crímenes internacionales y de su excepcional régimen jurídico, para luego adentrarnos en el tema de la competencia para su juzgamiento, haciendo una especial referencia a la experiencia en los ámbitos nacionales y, en particular, de la República Argentina.

En la Segunda Parte de la Tesis, a lo largo de tres Capítulos (Capítulo III, IV y V), se analizaron los crímenes internacionales que se han atribuido a los integrantes de las organizaciones guerrilleras analizadas –que hemos identificado en el Capítulo I.2 de la Primera Parte-, utilizando como indicadores a fin de identificar el derecho internacional vigente en la época que integra el recorte temporal de la Tesis, los antecedentes históricos de las categorías internacionales analizadas, la posición de la doctrina *ius* internacionalista, así como su regulación jurídica-normativa desde la triple dimensión del derecho penal internacional, de la jurisprudencia internacional y nacional, y de la posición de las organizaciones internacionales.

En la Tercera Parte, sistematizamos las conclusiones a las que hemos arribado a lo largo del trabajo de investigación, señalando una serie de principios rectores que deberían presidir el análisis jurídico sobre el juzgamiento de integrantes de organizaciones no estatales por la comisión de crímenes internacionales durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte, tomando en consideración las conclusiones acerca del estado del derecho internacional vigente durante dicho período histórico. Ello, a fin de arribar a una conclusión acerca de la factibilidad de subsumir jurídicamente el accionar de los integrantes de las organizaciones analizadas en la categoría de los crímenes de derecho internacional analizadas.

Partimos de la hipótesis de que la regulación jurídica referida a la atribución de responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de lesa humanidad estaba destinada a individuos que hubieran actuado de conformidad con una política estatal o pergeñada por una organización que cumpliera los roles de un Estado, con capacidad suficiente para implementar un programa análogo al estatal, con control sobre el territorio en el que se desenvolvían, al tiempo que la referida a los crímenes de guerra se restringía a aquellos que hubieren sido cometidos en el contexto de conflictos armados de carácter

internacional, en función de un ordenamiento jurídico internacional focalizado, principalmente, en el Estado como principal sujeto del derecho internacional. A fin de constatar la hipótesis de la investigación elaboramos las siguientes variables:

- A. Características del ordenamiento jurídico internacional vigente durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte en materia de atribución de responsabilidad por la comisión de crímenes internacionales.
- B. Tipo de “organizaciones” capaces de implementar la política que subyace a la comisión de crímenes de lesa humanidad durante la década del setenta del siglo veinte.
- C. Tipo de conflictos armados en cuyo contexto podían cometerse crímenes de guerra durante la década del setenta del siglo veinte.

A fin de medir estas variables, trazamos como indicadores:

- A. La evolución de la doctrina *ius* internacionalista en materia atribución de responsabilidad internacional a integrantes de organizaciones no estatales por la comisión de crímenes de lesa humanidad, así como la referida a los tipos de conflictos armados en cuyo contexto podían cometerse crímenes de guerra. Asimismo, analizaremos las posiciones doctrinales que afirman la posibilidad de subsumir al terrorismo en algunas de las categorías de los crímenes de derechos internacional vigentes.
- B. La evolución de la regulación jurídico-normativa de las condiciones que debían cumplir las “organizaciones no estatales” para que sus miembros pudieran ser juzgados por la comisión de crímenes de lesa humanidad, así como la referida a los tipos de conflictos armados en cuyo contexto podían cometerse crímenes de guerra, desde la dimensión normativa del derecho penal internacional convencional y consuetudinario. Asimismo, analizaremos las causas de la falta de regulación jurídica sobre el terrorismo como crimen de derecho internacional.
- C. La evolución jurisprudencial de las condiciones que debían cumplir las “organizaciones no estatales” para que sus miembros pudieran ser juzgados por la comisión de crímenes internacionales, así como la referida a los tipos de conflictos

armados en cuyo contexto podían cometerse crímenes de guerra, desde la doble dimensión que nos aportan los tribunales penales internacionales y los tribunales internacionales de derechos humanos.

- D. La evolución de la posición de las organizaciones internacionales referida a las condiciones que debían cumplir las “organizaciones no estatales” para que sus miembros pudieran ser juzgados por la comisión de crímenes de lesa humanidad, la referida a los tipos de conflictos armados en cuyo contexto podían cometerse crímenes de guerra, así como la falta del consenso necesario para tipificar al terrorismo como crimen del derecho internacional.

II.4 Recorte temporal de la investigación

Hemos escogido como recorte temporal de la Tesis, las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte. Los hechos que explican la utilización del recorte temporal propuesto refieren, en primer lugar, a la fecha de surgimiento de las organizaciones armadas “Montoneros” y “ERP” (Ejército Revolucionario del Pueblo) en tanto organizaciones paradigmáticas de la resistencia armada en Argentina. Si bien su origen data de unos años antes, Montoneros se presentó en sociedad el 1 de junio de 1970 mediante un comunicado referido al secuestro y asesinato de Pedro Eugenio Aramburu. Por su parte, el Ejército Revolucionario del Pueblo (E.R.P.) surge en el año 1970 bajo la organización de una de las fracciones del PRT (Partido Revolucionario de los Trabajadores). El recorte temporal se extenderá hasta los inicios de la década del ochenta, momento en el que se logró la reinstauración de la forma democrática de gobierno en nuestro país, a partir del cual se inicia el proceso de juzgamiento por los crímenes cometidos en la década pasada.

Se considerará, sin embargo, como antecedente del tema de investigación, el período de actuación de los tribunales internacionales de Núremberg y Tokio que se crearon a fin de juzgar los crímenes internacionales cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Asimismo, se tendrá como referencia del estado actual de la cuestión, la práctica seguida por los tribunales internacionales que llevan adelante el juzgamiento de crímenes internacionales desde la década de los noventa hasta nuestros días.

II.5 Fuentes utilizadas en la investigación

Considerando la perspectiva jurídico-normativa que de manera preponderante se siguió en la Tesis, utilizamos, especialmente, fuentes de tipo secundarias.

- A. En primer lugar, recurrimos a la normativa convencional y consuetudinaria vigente y jurídicamente vinculante, así como a la jurisprudencia proveniente de los tribunales internacionales. A este respecto, las decisiones de los tribunales penales internacionales *ad hoc* (para la ex Yugoslavia y Rwanda), y luego la CPI, así como los llamados tribunales penales internacionalizados (Tribunal Especial para Sierra Leona, Tribunal Especial Iraquí, Salas Especiales para Camboya, Salas Especiales para Timor Oriental), y de los tribunales internacionales de derechos humanos, resultó una referencia ineludible de la investigación. En igual sentido, resultó trascendente la información surgida de la jurisprudencia de tribunales domésticos de ciertos Estados que están abordando en sus respectivas jurisdicciones el juzgamiento de crímenes internacionales, en particular, la de la República Argentina.
- B. En segundo lugar, utilizamos instrumentos internacionales (resoluciones, documentos, informes, proyectos de artículos de diversas organizaciones internacionales, tanto del ámbito universal como regional) que sin revestir la forma de obligaciones jurídicamente vinculantes, integran el denominado *soft law*, que resulta relevante a fin de interpretar el derecho internacional vigente durante el período que integra el recorte temporal de la Tesis.
- C. En tercer lugar, apelamos a trabajos académicos y doctrinales, publicaciones periódicas especializadas, y de organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales que han dedicado destacables esfuerzos al tema de investigación.

II.6 Marco teórico

II.6.A Disciplinas en las cuales se inserta el tema de investigación:

El tema de la atribución de responsabilidad por la comisión de crímenes internacionales a integrantes de “organizaciones no estatales” se inserta en la disciplina de estudio general del derecho internacional público y, especialmente, dentro de la rama del derecho penal internacional. Respecto del derecho internacional humanitario, ha de advertirse que el presente trabajo de investigación se interesa por las infracciones graves de las normas del derecho internacional humanitario que, eventualmente, puedan constituir crímenes de guerra, por lo cual ha de entenderse incluido en el derecho penal internacional.

Por derecho penal internacional se entiende, tradicionalmente, el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales (Ambos, 2003: 5). Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta proviene del derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales internacionales (crímenes de guerra, de lesa humanidad, de genocidio y agresión), en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como derecho internacional, sometiendo de este modo a la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional).

Resulta imprescindible establecer, desde el inicio, una distinción sobre el régimen de responsabilidad aplicable, pues la comisión de, por ejemplo, crímenes como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, comprometerán la responsabilidad internacional penal del individuo, y bajo determinadas circunstancias, también conllevarán la responsabilidad internacional del Estado. Esta delimitación será fundamental para el desarrollo de la investigación, pues la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de crímenes de derecho internacional, queda fuera del ámbito de este trabajo.

No debe olvidarse, sin embargo, que los crímenes de derecho internacional pueden comportar, asimismo, violaciones graves a los derechos humanos que comprometen la responsabilidad internacional del Estado por la acción u omisión de los funcionarios públicos, comprendiendo la acción de integrantes de organizaciones que hayan actuado con la aquiescencia, consentimiento o participación del Estado. A pesar de no constituir el

objeto del presente trabajo de investigación, resultan trascendentes los criterios que los tribunales internacionales de derechos humanos han desarrollado sobre las obligaciones del Estado en materia de investigación y sanción de crímenes internacionales, en aplicación de normas de derechos humanos que, en algunos de sus aspectos, consagran normas con contenido penal. Ello resulta pertinente dado que la jurisprudencia nacional en materia de juzgamiento de crímenes de derecho internacional, en gran medida, se ha apoyado para fundamentar sus decisiones, en la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos que se desarrollan tanto en el sistema universal de las Naciones Unidas, como en los sistemas regionales del Consejo de Europa como, particularmente, de la Organización de Estados Americanos (OEA). En función de lo expuesto, reconocemos también al derecho internacional de los derechos humanos como disciplina de la cual se nutre la presente investigación.

II.6.B Precisiones terminológicas y conceptuales

Es posible advertir que no habido unanimidad de criterio en el empleo de la terminología con que se designa a los ilícitos atribuibles al Estado o a los individuos, lo cual ha podido contribuir a generar cierta confusión entre los regímenes de responsabilidad internacional de unos y otros. Así, el término “crimen internacional” se ha empleado tanto para referirse a los ilícitos atribuibles al Estado como a los protagonizados por individuos.

Tomando como parámetro la tarea de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI), en oportunidad de presentar, en 1976, el quinto informe sobre “Responsabilidad de los Estados”, su entonces Relator Especial Roberto Ago daba cuenta de la opción por la denominación “crímenes internacionales” para referirse a aquellos cometidos por el Estado. Allí se señalaba: “... *Huelga decir que, al adoptar la denominación de “crimen internacional”, la Comisión entiende únicamente referirse a “crímenes” de Estado, a hechos atribuibles al Estado como tal. Nuevamente la Comisión desea poner en guardia contra toda confusión entre la expresión “crimen internacional” (...) y expresiones similares (“crimen de derecho internacional”, “crimen de guerra”, “crimen contra la paz”, “crimen contra la humanidad”, etc.) utilizadas en una serie de*

*convenciones e instrumentos internacionales para designar determinadas fechorías individuales... ”*⁹.

Todavía circunscripta al ámbito de la responsabilidad estatal, en la versión del Proyecto de la CDI sobre “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”¹⁰, aprobada en primera lectura en el año 1996, se estableció una distinción esencial entre “delitos” y “crímenes” internacionales que quedó plasmada en el artículo 19 del Proyecto¹¹. A pesar de su aprobación unánime en el seno de la CDI, esta diferenciación, que respondía a la necesidad de evitar la asimilación de crímenes como el genocidio con violaciones ordinarias del derecho internacional (como las derivadas de determinados convenios comerciales), -ya que, entre otras circunstancias, en éstas se afectaría únicamente a los Estados parte, mientras que en el caso del genocidio se estaría ante una

⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, Vol. II, Segunda parte, pág. 117. Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 28º Período de Sesiones.

¹⁰ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996. Vol. II, Segunda Parte. Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48º Período de Sesiones. “Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados”. Texto del Proyecto artículos aprobado provisionalmente en primera lectura, pp. 62 a 80.

¹¹ *Ibidem*, Artículo 19: “*Crímenes y delitos internacionales. 1. El hecho de un Estado que constituya una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual sea el objeto de la obligación violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional. 3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial. c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. 4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.*”

amenaza para la comunidad internacional en su conjunto-, tendría notables dificultades a la hora en que los Estados tuvieron que examinarla. Una amplia oposición impuso la necesidad de redefinir este punto para poder alcanzar un mayor consenso en torno al Proyecto; redefinición que, ya dirigida por el Relator Especial Crawford, llevó a suprimir tanto el propio artículo 19 como la referencia al concepto de “crimen internacional”, sustituyéndola por la que hoy aparece en el Proyecto definitivo de artículos, esto es, por la de “violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general”, tal y como queda recogida en su artículo 40.

A fin de aventar las confusiones terminológicas, algunos autores proponen la expresión “crimen de Estado” para referirse a los ilícitos atribuibles a estas entidades. Mariño Menéndez sostiene, en una opinión que compartimos, que no deberían utilizarse los términos delitos o crímenes para aludir a aquellos que generan la responsabilidad internacional del Estado, pues ambos conceptos evocan un régimen de responsabilidad penal individual de tipo subjetivo, que se diferencia del régimen esencialmente objetivo sobre el que se ha desarrollado, principalmente, el de la responsabilidad internacional del Estado (Mariño Menéndez, 1995: 419).

Entre las convenciones internacionales que han adoptado para el campo de la responsabilidad internacional del individuo la terminología de “crímenes internacionales” o “crímenes de derecho internacional”, cabe destacar al Estatuto de Roma que regula el funcionamiento de la CPI, el que en su Preámbulo utiliza la primera de las denominaciones, mientras que en su articulado opta por la segunda.

De este modo, el campo de la responsabilidad internacional del individuo puede ya asumir como propio el concepto de “crimen internacional” como comportamiento del que emana la responsabilidad del individuo, en tanto que si no es por referencias pasadas, no es posible identificar este concepto ya en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado.

En función de lo expuesto, optamos para el presente trabajo de investigación, por las denominaciones “crimen internacional”, “crimen contra el derecho internacional” o

“crimen de derecho internacional”, para referirnos a todos los comportamientos del individuo caracterizados por su trascendencia internacional, tal y como se los menciona en varios documentos internacionales, y como coincidentemente se recoge en parte de la doctrina.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

CONTEXTO POLÍTICO JURÍDICO NACIONAL DURANTE LAS DÉCADAS DEL SETENTA Y DEL OCHENTA DEL SIGLO VEINTE

I.1 Contexto político jurídico nacional durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte

El debate jurídico acerca de la responsabilidad penal por la presunta comisión de crímenes del derecho internacional por parte de los integrantes de las organizaciones armadas en examen no puede escindirse del contexto histórico político en el cual se enmarca. La década del setenta del siglo veinte en nuestro país (recorte temporal que nos hemos propuesto para el presente trabajo de investigación), se vio signada por la violencia política, la cual registraba como antesala seis de golpes de Estado¹² y reinstauraciones de débiles regímenes democráticos, de lo cual da cuenta el hecho de que entre 1930 y 1980 tan sólo dos Presidentes elegidos democráticamente pudieron culminar su mandato.

Sustentada ideológicamente en la Doctrina de Seguridad Nacional¹³, inspirada por el temor al “enemigo comunista interno”, se desarrollaría el golpe de Estado dirigido por el General Onganía el 29 de junio de 1966, que abriría un período –autodenominado “Revolución Argentina”- en que la represión fue eliminando espacios a la participación ciudadana, creándose una espiral de violencia que se agudizaría con diversas acciones estudiantiles, y

¹² Durante el siglo veinte, los golpes de Estado en la República Argentina tuvieron lugar en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976.

¹³ Desde la el fin de la Segunda Guerra Mundial y el inicio de la Guerra Fría comienza a delinearse en los Estados Unidos la que se denominaría “Doctrina de Seguridad Nacional”. Bajo la forma de maccarthysmo se inicia la persecución de disidentes políticos en los Estados Unidos. La ideología de la seguridad nacional reconoce en sus orígenes una visión belicista de un mundo bipolar, dende se enfrentan dos concepciones del mundo, una, supuestamente democrática – la del capitalismo – y, otra, supuestamente totalitaria –la del socialismo-.

alcanzaría su punto más álgido, el 29 de mayo de 1969, con la insurrección popular conocida como “el Cordobazo”.

En 1970 surgirían las organizaciones guerrilleras denominadas “Montoneros”¹⁴ y el “Ejército Revolucionario del Pueblo” (ERP)¹⁵; secuestrando y asesinando, el primero de estos grupos, al ex Presidente Aramburu (1955-1958) el 1 de junio de 1970. Este hecho precipitaría la caída del General Onganía, quien fue sucedido por el General Levingston (1970-1971), al que depondría el General Lanusse (1971-1973) bajo la promesa de iniciar un proceso de transferencia del poder a un gobierno electo.

El 11 de marzo de 1973 se celebraron elecciones presidenciales, en las que venció Héctor Cámpora bajo la fórmula “Cámpora al gobierno, Perón al poder”. Tras una amplia amnistía para todos los detenidos por motivos políticos, este lema se materializó tras su renuncia y convocatoria de nuevas elecciones, en las que se impondría el General Perón, recién regresado de su exilio en España; su esposa, María Estela Martínez de Perón, fue elegida como Vicepresidenta.

La violencia e inestabilidad fueron los signos característicos de este período. La propia llegada del General Perón a la Argentina condensó muchas de estas tensiones. En la que ha sido considerada como una de las mayores manifestaciones de la historia de nuestro país, entre uno y tres millones de personas acudieron, el 20 de junio de 1973, al aeropuerto de Ezeiza para dar la bienvenida a su líder político. Dicha manifestación dejó el saldo de más de veinte muertos y cuatrocientos heridos.

¹⁴ Montoneros fue una organización guerrillera argentina que desarrolló sus acciones con mayor intensidad entre los años 1970 y 1977. Sus objetivos iniciales fueron la desestabilización y derrota de la dictadura militar imperante en Argentina desde 1966 (Juan Carlos Onganía 1966/70; Marcelo Levingston 1970/71; Alejandro Agustín Lanusse 1971/73) y el retorno del General Perón al país, objetivos que persiguieron mediante tácticas de guerrilla urbana.

¹⁵ El Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) fue el brazo armado del Partido Revolucionario del Pueblo (PRT), movimiento guerrillero liderado por Mario Roberto Santucho en la Argentina durante la década del setenta. Hacia 1976 había sido desarticulado por las Fuerzas Armadas como consecuencia, inicialmente, del denominado Operativo Independencia ordenado por la Vicepresidenta de la Nación, María Estela Martínez de Perón y, posteriormente, por la represión ejercida por la dictadura militar que la derrocó.

Durante la breve presidencia del General Perón aparecería públicamente la Alianza Anticomunista Argentina (Triple A), organizada ya durante el gobierno interino de Lastiri en 1973, por el Ministro de Bienestar Social, José López Rega¹⁶. Durante los dos años siguientes, la Triple A llevó a cabo múltiples atentados contra personas supuestamente afines a los movimientos guerrilleros.

La violencia generalizada no se mitigó tras el fallecimiento del General Perón el 1 de julio de 1974, y la asunción de la Presidencia por parte de María Estela Martínez de Perón. El 6 de noviembre de 1974 se declararía el estado de sitio, y poco después, la actividad del ERP en Tucumán, fue respondida por la nueva Presidenta, el 5 de febrero de 1975, con la emisión del Decreto secreto N° 261/75, en virtud del cual se dispuso:

“ARTICULO 1°.- El Comando General del Ejército procederá a ejecutar las operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de elementos subversivos que actúan en la provincia de TUCUMÁN.

ARTICULO 2°.- El Ministerio del Interior pondrá a disposición y bajo control operacional del Comando General del Ejército los efectivos y medios de la Policía Federal que le sean requeridos a través del Ministerio de Defensa, para su empleo en las operaciones a que se hace referencia en el Artículo 1°”.

Para entonces, la República Argentina ya aparecía integrada en los “territorios sin fronteras” del denominado “Plan Cóndor”. Tras el frustrado golpe de Estado de diciembre de 1975, capitaneado por oficiales de la Fuerza Aérea, el 24 de marzo de 1976, las Fuerzas Armadas en bloque depondrían a la Presidenta Martínez de Perón, asumiendo el poder una Junta Militar constituida por los Comandantes Generales Jorge Rafael Videla (Ejército), Emilio Eduardo Massera (Armada) y Orlando Ramón Agosti (Fuerza Aérea).

Asumida la Presidencia de la Junta por el Teniente General Videla, se inauguraría un gobierno militar que perduraría siete años, en el contexto del cual las detenciones clandestinas se constituyeron en una práctica masiva, se instalaron más de quinientos

16 La Alianza Anticomunista Argentina, más conocida como Triple A, fue un grupo paramilitar de ultraderecha creado por el ministro de Bienestar Social, José López Rega, y tenía como objetivo combatir a los sectores de izquierda, principalmente del movimiento peronista.

centros clandestinos de detención en recintos militares o pertenecientes a las fuerzas policiales, las torturas se generalizaron y la desaparición forzada se convirtió en un instrumento común del accionar de las Fuerzas Armadas.

A partir de la reinstauración de la democracia y la vigencia de la Constitución Nacional (CN) en el año 1983, la sociedad argentina inició el camino para desentrañar la verdad de lo acontecido a consecuencia de las violaciones masivas y sistemáticas cometidas bajo el régimen de facto impuesto durante la última dictadura militar y procurar las distintas formas de reparación histórica, en particular, la justicia.

El 15 de diciembre de 1983, cinco días después de asumir como presidente, el Dr. Raúl Alfonsín sancionó los Decretos N° 157 y 158. El primero de ellos, ordenaba enjuiciar a los dirigentes de las organizaciones guerrilleras ERP y Montoneros en relación con los hechos posteriores al 25 de mayo de 1973¹⁷, fecha hasta la cual había quedado comprendida la amnistía dispuesta en el año 1973 por Héctor Cámpora¹⁸. El segundo de los Decretos citados, ordenaba procesar a los integrantes de las tres Juntas Militares que dirigieron el país desde el golpe militar del 24 de marzo de 1976 hasta la Guerra de Malvinas. El mismo 15 de diciembre se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), integrada por personalidades independientes para relevar, documentar y registrar casos y pruebas de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante ese período. Por su parte, el 22 de diciembre del mismo año, el Congreso Nacional derogó y declaró nula la Ley 22.924¹⁹, denominada “Ley de Pacificación Nacional”, promovida por el General Bignone en el epílogo del último gobierno militar²⁰.

¹⁷ El Decreto N° 157 declaró la necesidad de promover la persecución penal, con relación a los hechos cometidos con posterioridad al 25 de mayo de 1973, contra Mario Eduardo Firmenich; Fernando Vaca Narvaja; Ricardo Armando Obregón Cano; Rodolfo Gabriel Galimberti; Roberto Cirilo Perdía; Héctor Pedro Pardo; y Enrique Heraldó Gorriarán Merlo por los delitos de homicidio, asociación ilícita, instigación pública a cometer delitos, apología del crimen y otros atentados contra el orden público.

¹⁸ Ley N° 20.508, publicada en el Boletín Oficial el 28/05/1973.

¹⁹ Ley N° 22.924, publicada en el Boletín Oficial el 27/9/1983.

²⁰ La Ley 22.924 fue derogada por Ley 23.040, publicada en el Boletín Oficial el 29/12/1983.

El 22 de abril de 1985, se daba inicio al llamado “Juicio a las Juntas”²¹, proceso judicial contra los nueve comandantes integrantes de las tres Juntas Militares que usurparon por la fuerza los poderes del Estado entre 1976 y 1982. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal dictó su sentencia el 9 de diciembre de 1985, condenando a los dictadores Jorge Rafael Videla, Emilio Massera, Roberto Viola, Armando Lambruschini, Raúl Agosti, y absolviendo a Rubén Graffigna, Leopoldo Galtieri, Jorge Anaya y Basilio Lami Dozo. La Corte Suprema de Justicia de Nación (CSJN) confirmó dicha decisión por sentencia del 30 de diciembre de 1986²².

Entre los fallos dictados en aquel contexto respecto de las cúpulas guerrilleras se encuentra la sentencia del 29 de mayo de 1986, dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal a través de la cual se confirmó aquella que había condenado al ex-gobernador de la Provincia de Córdoba y dirigente montonero Ricardo Obregón Cano por la comisión del delito de asociación ilícita. La condena quedó firme el 9 de septiembre de 1986, cuando por voto unánime de los jueces de la CSJN se desestimó la queja que articulase la defensa de Obregón Cano²³.

Por su parte, el 4 de septiembre de 1988, los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, confirmaron la condena impuesta al jefe montonero Mario Eduardo Firmenich por los secuestros de los hermanos Jorge y Juan Cristian Jorge Born y los homicidios de Alberto Luis Cayetano Bosch y el chofer Juan Carlos Pérez perpetrados el día 19 de septiembre de 1974 en la localidad de Olivos, Provincia de Buenos Aires, disponiendo la pena de reclusión perpetua, por considerarlo coautor de los delitos de doble homicidio agravado por el propósito de consumir otro delito, en concurso ideal con doble secuestro extorsivo.

²¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Causa 13/84. “*Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional*”.

²²La sentencia de la CSJN, del 30 de diciembre de 1986, fue publicada en Fallos, T. 309, Vol. 2; Revista Jurídica Argentina La Ley, T. 1987-A-531 y ss.

²³ CSJN, Fallos, Fallo N° 85.491. Tomo 308; Revista Jurídica Argentina La Ley, T. 1987-A, pág. 447.

El 25 de octubre de 1989, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, confirmó la condena de Mario Firmenich a la pena de reclusión perpetua, por considerarlo coautor de los delitos de homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas en concurso real con la tentativa de similar delito, en relación con la tentativa de homicidio del entonces Secretario de Hacienda de la Nación -Juan Ernesto Alemann-, y de sus custodios -Francisco Cancilieri y Ventura Delfor Miño-, y el asesinato del empresario Francisco Pío Soldati y su chofer Ricardo Manuel Durán.

El proceso hacia el enjuiciamiento y condena de los responsables por los delitos cometidos durante la última dictadura militar quedaría trunco. El 24 de diciembre de 1986, el Presidente Raúl Alfonsín promulgó la Ley de Punto Final²⁴, la cual dispuso la extinción de la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la misma. Asimismo, dicha ley dispuso la extinción de la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983.

Poco tiempo después de sufrir el levantamiento militar “carapintada” del 16 de abril de 1987 en la Escuela de Infantería de Campo de Mayo, el Dr. Alfonsín promovió la sanción de la llamada ley de “Obediencia Debida”²⁵, sobre la base de la presunción *iuris et de iure* de que los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas no eran punibles por haber actuado en virtud de la denominada "obediencia debida", concepto según el cual los subordinados habían actuado bajo coerción, en virtud de órdenes superiores de las que no tuvieron posibilidad de inspección, oposición ni resistencia en cuanto a su oportunidad

²⁴ Ley 23.492, sancionada por el Congreso de la Nación el 23/12/86, promulgada por el PEN el 24/12/86, publicada en el Boletín Oficial 29/12/86.

²⁵ Ley 23.521, sancionada por el Congreso de la Nación el 05/07/87, promulgada por el PEN el 08/06/87, publicada en el Boletín Oficial 09/06/87.

ni legitimidad, todo ello, más allá de las pruebas producidas o las que pudieran producirse en el futuro.

Entre 1989 y 1990, el gobierno del Dr. Saúl Menem concedió los indultos a los militares responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad²⁶, así como a las cúpulas de las organizaciones guerrilleras²⁷.

El conjunto de normas a las que hemos aludido, propició un escenario legal que anestesió la posibilidad del castigo. En 1998, las negociadas leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron derogadas²⁸. Sin menospreciar la fuerza simbólica que tuvo dicha medida, el efecto jurídico sobre la posibilidad de motorizar la persecución penal por los crímenes del terrorismo de Estado, fue nula, en tanto la ley careció de efectos retroactivos. A ello le siguió, entonces, la declaración de nulidad de las leyes 23.521 y 23.492 dispuesta por el Congreso de la Nación durante el gobierno del Dr. Néstor Kirchner²⁹.

En el camino hacia la justicia, la sentencia de la CSJN que declaró sin efectos jurídicos las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, constituye un hito determinante a través del cual se selló una etapa de la historia argentina basada en la negación de la verdad y, por ende, en la impunidad. La sentencia no sólo permitió la condena a la pena de 25 años de prisión perpetua más inhabilitación absoluta del represor Julio Simón, sino la reapertura de las cientos de causas penales en las cuales se está investigando la responsabilidad penal de militares y ex militares vinculados con el accionar del régimen militar comprendido entre 1976 y 1983, por la comisión de crímenes de lesa humanidad, en un proceso que aún continúa vigente.

I.2 Crímenes del derecho internacional atribuidos a los integrantes de las organizaciones guerrilleras que actuaron en la República Argentina en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte

²⁶ Decretos Presidenciales N° 1002, 1004 y 1005 del 7/10/89 y Decretos N° 2741 y 2743 del 29/12/90.

²⁷ Decretos Presidenciales N° 1003 del 7/10/89. Decretos Presidenciales N° 2742 del 29/12/90.

²⁸ Ley 24.952, publicada en el Boletín Oficial el 17/04/98.

²⁹ Ley 25.779, publicada en el Boletín Oficial el 03/09/2003.

En el presente acápite, nos proponemos identificar los argumentos jurídicos que fueron esbozados en favor de la posibilidad de la persecución penal actual de los integrantes de las organizaciones guerrilleras que se desarrollaron entre las décadas del sesenta y del ochenta en nuestro país por la presunta comisión de crímenes internacionales, que fueran planteados, centralmente, en el contexto de ciertos procesos penales en los que se ha denunciado su accionar y que han motivado el debate político y jurídico al respecto.

Una de las causas en las que se analizó judicialmente la presunta responsabilidad de los integrantes de las organizaciones guerrilleras citadas es aquella en la que se denunció, en el ámbito penal, el atentado explosivo que tuvo lugar el 2 de julio de 1976 en la sede de la Superintendencia de Seguridad Federal de la Policía Federal Argentina³⁰. Este caso nos servirá de muestra para identificar los argumentos que se han sostenido para fundar jurídicamente la responsabilidad de sus integrantes como presuntos autores de crímenes del derecho internacional. Dichos argumentos se basan en sostener que el accionar de los integrantes de las organizaciones analizadas debería calificarse de “terrorista”, y que los hechos cometidos han constituido crímenes lesa humanidad o crímenes de guerra, derivando del encuadre jurídico de los hechos en normas internacionales, la vigencia de la acción penal por aplicación del principio de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

a) El argumento sobre la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad:

En la causa en la que se analizó la responsabilidad penal por el atentado en la sede de la Superintendencia de Seguridad Federal de la Policía Federal Argentina, la querrela sostuvo que el accionar de la agrupación “Montoneros” debía encuadrarse en la categoría de los crímenes de lesa humanidad dado que la mentada agrupación, a la que caracterizó como una agrupación subversiva supranacional, había contado con una estructura, grados militares y sistemas de logística, de prensa e inteligencia propios, que había contado con apoyo financiero de Estados extranjeros, y que los presuntos ilícitos habían sido cometidos

³⁰ Cámara Nacional de Casación Penal. Causa N° 9.880, caratulada: “*Salgado, José María s/ Recurso de Casación*”. Sentencia del 22 de marzo de 2011.

de manera masiva y sistemática contra la población civil. En el desarrollo de dicha argumentación, se destaca, especialmente, que el hecho de ser una organización no estatal no atentaría contra dicho encuadre legal en tanto el Estatuto de Roma que creó la CPI, además del Estado, incluye a las “organizaciones” dentro de los posibles autores de la política subyacente a la comisión de dichos crímenes. En tal sentido, se cita la jurisprudencia del TPIY el que concluyó que tales ilícitos también pueden ser cometidos por “grupos” u “organizaciones terroristas”, aún cuando éstas no ejerzan un permanente control sobre el territorio en que se desenvuelven, al tiempo que se sostuvo que el deber de no violar los derechos humanos recae tanto sobre los agentes del Estado como en todos aquellos que no actúen a título privado. A fin de ilustrar el desarrollo de dicha argumentación, transcribimos un párrafo de la sentencia de la Cámara de Casación Penal de la Nación en el que se describe el argumento de la querrela:

“... el accionar de la agrupación terrorista o banda subversiva o agrupación de jóvenes idealistas del '70, autodenominada “Montoneros”, debe ser calificado de terrorista, “...y a sus múltiples hechos delictivos, como delitos de lesa humanidad...” (fs. 634vta.) “ ... esa banda, integr[ó] una agrupación subversiva supranacional, adoptando estructura, grados y uniformes militares, contando con sistemas de logística e inteligencia propios, con armamento y fábricas de éstos y de explosivos, elaborando sus propios manuales de entrenamiento militar, normas de juzgamiento y de castigo de sus “cuadros”, editando medios periodísticos de difusión y [que] recibiendo ayuda financiera y entrenamiento por y en terceros países cometieron, además del introducido a la indagación sumarial, otros actos inhumanos que, como lo exige el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, causaron intencionalmente grandes sufrimientos atentando contra la integridad física y la salud mental del pueblo de la Nación Argentina..., causando terror en él, intenta[ndo] imponer su política de estado...” (fs. 634vta./635). “...Acciones terroristas que, por cierto, no pudieron llevarse a cabo sin contar con la ayuda de gobiernos y organizaciones terroristas extranjeras que facilitaron a los integrantes de la banda que las ejecutó, entrenamiento de inteligencia y accionar militar...” (fs. 636vta.). Sentado ello sostuvo que “...los crímenes contra la humanidad no son exclusivos de un Estado o de un grupo estatal... Un crimen de lesa humanidad es un ataque sistemático y organizado contra una población civil... En el Estatuto de Roma, no hay nada que exija que sólo el Estado puede cometer tales crímenes. En cualquier país, si se probara que una guerrilla produjo tales ataques masivos y sistemáticos contra la población civil, estamos ante crímenes de lesa humanidad...” (fs. 666). Respecto del requisito exigido en el Estatuto de Roma en punto a la calidad que debe revestir el sujeto activo del delito de lesa humanidad (miembro, agente

o integrante del Estado), en el caso “Prosecutor vs. Dusko Tadić a.k.a.”, el Tribunal Criminal Internacional para la Ex Yugoslavia concluyó que tales delitos “...también pueden ser cometidos por organizaciones guerrilleras, aún en caso de que éstas no mantengan un permanente control sobre el territorio en que ellos suceden...”. Y que “...el deber de no violar los derechos humanos recae tanto sobre los agentes del Estado como de todos aquellos que no actúen a título privado...” (fs. 883vta.)³¹.

b) El argumento sobre la presunta comisión de crímenes de guerra:

El segundo argumento a través del cual se ha pretendido justificar la presunta responsabilidad por la comisión de crímenes internacionales por parte de integrantes de las organizaciones guerrilleras analizadas, también expuesto en el caso del atentado a la Superintendencia de Seguridad Federal, se refiere a que los hechos denunciados tuvieron lugar en el contexto de un supuesto conflicto armado no internacional, que habría gozado de cierta intensidad y duración, en el marco del cual las fuerzas gubernamentales se habrían enfrentado con grupos organizados que ostentaban un mando responsable, que gozaron de un mínimo de organización y cohesión interna. Se ha sostenido, asimismo, que el accionar de Montoneros y del ERP gozaba de la colaboración de otras organizaciones y Estados extranjeros y que la exigencia del control territorial obedecía a la necesidad de obtener el reconocimiento de parte de la comunidad internacional de la calidad de beligerantes. Se reconoce, en este sentido, que el control territorial no había sido un objetivo cumplido “totalmente” por parte de las organizaciones guerrilleras argentinas, a pesar del intento por lograrlo en el territorio de la Provincia de Tucumán. A continuación, transcribimos un párrafo de la sentencia de la Cámara de Casación Penal en el que se describe el argumento la querrela:

“... conflicto armado entre las autoridades gubernamentales de la República y grupos armados subversivos, organizados y dirigidos por un mando responsable que, por medio del control sobre una parte del territorio de la Argentina, estuvo en condiciones de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas...” (fs. 638vta.) Por otra parte, afirmó que durante los años 1975 y 1976 “...había una guerra..., un conflicto armado no internacional. En esa guerra estaban, por un lado, los hoy llamados “jóvenes idealistas”...

³¹ *Ibidem.*

Todo era Guerra Revolucionaria...” (fs. 668 y 671). Por otro lado, adunó que el movimiento Montoneros intentaba, por medio de un aparato militarizado, una solución política (cfr. fs. 675) y que dicho accionar contaba con el apoyo de otras organizaciones guerrilleras (como el ERP y las FAR) y de Estados extranjeros, parámetros que debieron ser investigados antes de disponerse sobre la prescripción de la acción penal (cfr. fs. 766/767). Sobre el particular, señaló que la propia Cámara Federal, en la Causa N° 13, reconoció ese dominio de la organización en el entendimiento de que “...el objetivo último de [la] actividad fue la toma del poder político por parte de las organizaciones terroristas, algunas de las cuales incluso intentó, como paso previo, a través de los asentamientos en las zonas rurales de Tucumán..., la obtención del dominio sobre un territorio, a fin de ser reconocida como beligerante por la comunidad internacional... aunque no lo hayan logrado completamente, la propia... Cámara... nos dice que quisieron tomar el poder político....” (fs. 684). “...Allí está lo de la sistematicidad y organización de los grupos insurgentes y terroristas...” (fs. 685). Tales características, sumadas a la envergadura de sus ataques y atentados, permiten concluir al casacionista que los hechos cometidos por la organización de mención se encuentran alcanzados por la legislación internacional que regula los conflictos armados, pues ese es el contexto en que debieran ser analizados (cfr. fs. 687)³².

c) El argumento sobre la presunta comisión de crímenes de terrorismo:

El tercer argumento con el que se intenta fundar la subsunción jurídica del accionar de los miembros de las organizaciones analizadas en la categoría de crímenes del derecho internacional, se refiere a que sus actos deberían calificarse como “terroristas”, dado que habrían causado intencionalmente grandes sufrimientos y sembrado el terror en el pueblo argentino con el objeto de imponer su política de Estado, para lo cual habrían contado con la ayuda de otras organizaciones “terroristas” y de gobiernos extranjeros. A fin de soslayar el hecho de que el crimen de terrorismo no se encuentra definido en el derecho penal internacional, se señala que sí están tipificadas diferentes acciones, como el homicidio, las torturas, la mutilación, en determinadas circunstancias que las convierten en un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad, independientemente de que se les dé o no el carácter de acciones terroristas. A continuación, transcribimos un párrafo de la sentencia de la Cámara de Casación Penal en la que se describe el argumento presentado por la querrela:

³² *Ibidem.*

“...no es cierto que el terrorismo no esté definido en el derecho internacional, ya que figura tanto en el derecho positivo como en el consuetudinario... El “Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, en su artículo 4, inciso 2, prohíbe una serie de acciones como los atentados contra la vida, la integridad física, la toma de rehenes y, expresamente, los actos de terrorismo...” (fs. 1085). Finalmente sostuvo que en el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, del 22 de octubre de 2002, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se “...incluy[ó], claramente, por la descripción que se hi[zo]..., a las organizaciones guerrilleras que actuaron y actúan en el continente americano, con el pretexto de imponer un mayor grado de justicia social para las clases menos favorecidas... [Y que] los actos de terrorismo, como tales, pueden ser cometidos por el Estado o por particulares y grupos no estatales, sea que actúen en forma independiente o con la dirección o apoyo de Estados...” (fs. 1086). Sobre esto último adunó que “...resulta indiferente el hecho de que el terrorismo esté o no tipificado, ya que lo que están tipificadas son diferentes acciones, como el homicidio, la persecución, las torturas, la mutilación, etc., en determinadas circunstancias que las convierten en un crimen de guerra o un delito de lesa humanidad, independientemente de que se les dé o no el carácter de acciones terroristas...” (fs. 1085)³³.

La Cámara Nacional de Casación Penal, en la sentencia cuyos párrafos transcribimos, resolvió declarar prescripta la acción penal dirigida contra los dirigentes de la organización no estatal Montoneros Mario Eduardo Firmenich, Marcelo Kurlat, Horacio Verbitsky, Laura Silvia Sofovich, Miguel Ángel Lauletta, Norberto Habegger y Lila Victoria Pastoriza.

A fin de fundar su decisión, el tribunal destacó, respecto de la pretendida calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad, que no podía reputarse satisfecho el recaudo referido a que los ilícitos se hayan llevado a cabo en el marco de un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, que se exige como “elemento de contexto” en dicho tipo de crímenes internacionales. En efecto, considerando que el hecho atribuido a los dirigentes Montoneros había consistido en la colocación de un explosivo en la

³³ *Ibidem*.

Superintendencia de Seguridad de la Policía Federal Argentina, la que para entonces dependía del Primer Cuerpo del Ejército y era conducida por un miembro del Ejército Argentino con grado de Coronel, no podía considerarse cumplido el requisito analizado, pues el Estado no podía ser sujeto pasivo de un crimen de tales características. Asimismo, la Cámara Nacional de Casación Penal señaló que no se cumplía el recaudo de la “generalidad”, dado que ello exigía que el ataque se concretara contra un número representativo de la población civil atacada; parámetro que, aún considerando la totalidad de actos que las querellas genéricamente habían aludido como parte del accionar de la agrupación Montoneros, no se cumplía en el caso bajo análisis. Por su parte, destacó que sólo el Estado o una organización consecuente con tal política podían ejecutar tales actos, y no una organización con intenciones de imponer una política de Estado diferente, pues la pauta de contexto exigida residía en la conexión existente entre los hechos y la autoridad de turno de *iure* o de *facto*. El tribunal concluyó que no teniendo la organización control de *facto* en determinado territorio, no se daría esa conexión, dado que tales hechos requerían la acción u omisión de quien ejerciera el poder en el territorio, pues sólo quien ejerce tal tipo de poder político, podría procurarse para sí impunidad, disponibilidad de medios, y libertad de actuación.

Con relación a la pretendida calificación de los hechos como crímenes de guerra, la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que, al momento en que éstos ocurrieron, no resultaba aplicable dicha categoría del derecho internacional a aquellas conductas ocurridas en el marco de conflictos armados no internacionales. Para sustentar lo expuesto, el tribunal advirtió que, tal como surge del Protocolo Adicional II de 1977, uno de los parámetros que, al menos en la década de 1970, determinaba el estándar mínimo del concepto de conflicto armado interno, era el efectivo control territorial por parte de las facciones en pugna. Es por ello que, como no podía acreditarse que la organización Montoneros hubiera tenido control sobre una parte sustancial del territorio argentino, se debía concluir que las operaciones armadas llevadas adelante por esta organización no estatal no eran compatibles con el concepto de conflicto armado interno, tal como ése se

consideraba a la época del hecho, de acuerdo a las prescripciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II a esos Convenios. Por otra parte, destacó que, ni siquiera desde los parámetros actuales, parecía posible afirmar la existencia de un conflicto armado interno en nuestro país, dado que tampoco podía sostenerse que Montoneros hubiera podido desarrollar acciones armadas de una envergadura tal que permitiera calificarlas de “conflicto armado”.

Igualmente, la Cámara Nacional de Casación Penal, descartó la calificación de los hechos como delito de terrorismo, por ser ésta la doctrina sobre el punto emanada de la CSJN en el caso “Lariz Iriondo, Jesús María s/solicitud de extradición”³⁴, en cuanto allí se consideró que en el derecho internacional no existía un desarrollo progresivo suficiente que permitiera concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como “actos de terrorismo” pudieran reputarse, tan sólo por esa circunstancia, como crímenes de lesa humanidad.

Las líneas argumentales sostenidas con el objeto de fundar el criterio según el cual las organizaciones guerrilleras que actuaron en la década del setenta en nuestro país habrían cometido crímenes internacionales (de lesa humanidad o de guerra) que resultarían imprescriptibles, nos impone la necesidad de revisar el origen y la evolución que ha registrado la conceptualización de las categorías del derecho internacional invocadas, considerando, particularmente, el desarrollo progresivo de su contenido en las distintas etapas de la evolución del derecho penal internacional, con particular atención al derecho internacional vigente en el momento histórico de la comisión de los hechos (décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte).

³⁴ CSJN, Caso “Lariz Iriondo, Jesús María s/ Solicitud de extradición. L. 845. XL. R. O”. Sentencia del 10 de mayo de 2005.

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES SOBRE EL JUZGAMIENTO DE CRÍMENES INTERNACIONALES

II.1 Introducción

El núcleo central de la presente investigación se circunscribe a verificar, según lo prescribía el derecho internacional vigente en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte, si es factible o no subsumir jurídicamente el accionar de los integrantes de las organizaciones armadas guerrilleras argentinas, dentro de ciertas categorías de los crímenes del derecho internacional, lo cual habilitaría la posibilidad de su juzgamiento actual o futuro en el ámbito doméstico, a partir de las excepcionales características del régimen jurídico que se deriva de la comisión de este tipo de crímenes.

El tema de investigación escogido nos impone revisar el modo en que se lleva adelante la persecución penal de crímenes del derecho internacional en el ámbito nacional, cuando se ha optado por lo que Bassiouni denomina el “sistema de aplicación indirecta” del juzgamiento de dichos crímenes, como alternativa al “sistema de aplicación directa” que podría desarrollarse ante tribunales internacionales (Bassiouni, 2003: 333).

Como hemos referido en nuestra introducción, la experiencia de la República Argentina en materia de aplicación jurisprudencial de normas del derecho penal internacional se ha desarrollado en el contexto de causas por extradición de criminales guerra³⁵ y,

³⁵ La CSJN declaró la imprescriptibilidad de la acción penal en el caso “Priebke”, en el cual el gobierno italiano había requirió la extradición de Erich Priebke para su juzgamiento por haber comandado la Masacre de las Fosas Ardeatinas, en hechos calificables por tratados internacionales como “genocidio” y “crímenes de guerra”. La CSJN hizo lugar a la extradición por entender que, conforme la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal. Los acontecimientos conocidos como la matanza de las Fosas Ardeatinas tuvieron lugar en marzo de 1944 durante la ocupación alemana de Italia después del Armisticio entre Italia y las potencias aliadas celebrado en Cassibile el 8 de septiembre de 1943. El 24 de marzo de 1944 un grupo de partisanos que pertenecían a la resistencia atacó en Roma, en la Via Rasella, a un contingente de

fundamentalmente, a partir del proceso de juzgamiento de los crímenes cometidos durante la última dictadura militar, lo cual incluyó delitos cometidos por otros gobiernos dictatoriales de la región –en el contexto del llamado Plan Cóndor-, así como por el accionar de organizaciones como la Triple A³⁶, que actuaron con soporte estatal durante el gobierno constitucional previo al golpe de 1976. En el Capítulo I, asimismo, hemos reseñado los argumentos planteados y los criterios jurídicos que se derivan de la jurisprudencia nacional referida a la presunta responsabilidad individual de integrantes de las organizaciones no estatales argentinas por la supuesta comisión de crímenes de derecho internacional.

A la hora de aplicar normas de derecho penal internacional en el ámbito nacional, los tribunales nacionales se ven en la necesidad de resolver las tensiones que emergen en el proceso de articulación entre ambos ordenamientos jurídicos. Entre otras cuestiones, se ha debido resolver, el modo de recepción del derecho internacional convencional y consuetudinario en el ámbito interno, la jerarquía de esas normas internacionales frente al orden constitucional -en particular, frente al principio de legalidad-, o el modo de subsumir jurídicamente las conductas juzgadas a ciertas categorías de crímenes internacionales.

En función de lo expuesto, en el presente Capítulo, formularemos una serie de precisiones conceptuales sobre la base de las cuales se construirán las ideas en las que sustentará el trabajo de investigación. Partiremos de la necesaria conceptualización de los llamados crímenes internacionales y de su excepcional régimen jurídico, para luego adentrarnos en el tema de la competencia para su juzgamiento, haciendo una especial referencia a la experiencia en los ámbitos nacionales y, en particular, de la República Argentina.

II.2 El derecho penal internacional y los crímenes de derecho internacional

combatientes nazis provocando la muerte de 32 soldados. En represalia, el Comandante de la Policía Militar alemana, el teniente coronel Herbert Kappler, recibió órdenes de la superioridad emanadas directamente de Hitler, de ejecutar a diez italianos por cada soldado muerto. Ver, asimismo, caso "Bohne" (Fallo 265:217) y caso "Schwammberger" (Fallo 315:256).

³⁶ El juez a cargo del Juzgado Federal N° 5 de Buenos Aires, en la decisión del 26 de marzo de 2006, calificó a los hechos cometidos por la agrupación paramilitar Triple A (homicidios, asociación ilícita, privación ilegítima de la libertad) como crímenes de lesa humanidad y los consideró imprescriptibles.

La comunidad internacional ha reconocido que determinados valores e intereses merecen una especial protección en aras de garantizar la dignidad del ser humano, así como la seguridad y la paz internacionales, lo cual derivó en el establecimiento de reglas de derecho internacional que proscriben determinadas conductas que se conocen como “crímenes internacionales”, “crímenes de derecho internacional” o “crímenes contra el derecho internacional”. Ha sido en el marco de la disciplina del derecho penal internacional donde se ha regulado el conjunto de normas del derecho internacional que conectan a una determinada conducta -crímenes internacionales- consecuencias jurídico penales que son aplicables directamente desde el ordenamiento internacional (Ambos, 2004: 85).

Entre las conductas proscriptas por dichas normas, destacan el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y de agresión, por ser objeto de especial condena y reproche de la comunidad internacional en su conjunto. La importancia de los bienes jurídicos que buscan tutelar, el daño que intentan evitar y su gravedad intrínseca son algunas de las características que, de conformidad con la jurisprudencia y la doctrina, determinan la naturaleza y hacen de estas conductas el núcleo de los crímenes de derecho internacional³⁷.

El profesor Schabas subraya la presencia del “elemento político” en ciertos crímenes internacionales, tales como los de agresión, genocidio, lesa humanidad y guerra, en cuyo contexto impera la falta de voluntad o capacidad del Estado para investigar, enjuiciar y sancionar su comisión. El autor los diferencia de otro grupo de crímenes regulados por el derecho internacional, tales como la piratería, la esclavitud o el secuestro de aeronaves, en los cuales, si bien se afectan gravemente valores reconocidos y compartidos por los Estados en su conjunto, no se verifica en ellos la presencia del elemento político (Schabas, 2007: 83)³⁸.

³⁷ La calificación de los crímenes de agresión, genocidio, lesa humanidad y guerra como el “núcleo de los crímenes de derecho internacional” ha sido propuesta, entre otros, por Ciara Damgaard, en su estudio *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Cameron May, Reino Unido, 2006.

³⁸ En la opinión del Profesor Schabas, la dimensión internacional requerida en la persecución penal de este

Otros autores, como el profesor Cassese, han destacado la existencia de los llamados “elementos internacionales” o de “contexto de violencia organizada” como las características centrales para la calificación de un hecho como crimen de derecho internacional. Según el autor, estos elementos son: (i) en el genocidio, el dolo especial o intención genocida; (ii) para los crímenes de lesa humanidad, la naturaleza sistemática o generalizada del ataque contra la población civil, y (iii) en los crímenes de guerra, el contexto de conflicto armado y la relación directa de la conducta con el mismo. Así, una vez establecidos estos elementos, un hecho de naturaleza abominable en sí mismo, como lo es, por ejemplo, privar de la vida o torturar a una persona, asciende (por el término en inglés *amounts to*) a la categoría de crimen internacional³⁹.

Existe acuerdo en la doctrina en que ciertos crímenes de derecho internacional han alcanzado el carácter de normas del *ius cogens* o normas imperativas del derecho internacional general. En esa dirección, el profesor Bassiouni señala que la agresión, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la piratería, la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud, y la tortura merecen tal calificación. Sostiene, en tal sentido, que dicha conclusión se sustenta en: 1. pronunciamientos internacionales o lo que puede denominarse la *opinio juris* que refleja el reconocimiento de dichos crímenes como parte del derecho internacional consuetudinario; 2. La terminología utilizada en preámbulos o normas de tratados aplicables a estos crímenes que indican que éstos gozan de la máxima jerarquía normativa en el derecho internacional; 3. el amplio número de Estados que han ratificado tratados relativos a estos crímenes; y 4. las investigaciones y los procesos internacionales *ad hoc* sustanciados contra los perpetradores de estos crímenes (Bassiouni, 1996: 68).

último conjunto de crímenes –a los cuales llama “transnacionales”– se deriva de motivos técnicos y no políticos. Los mismos se desarrollan, muchas veces, en espacios sobre los cuales ningún país o varios países tienen jurisdicción de conformidad con las reglas establecidas sobre territorialidad de las normas penales; por este motivo, el autor destaca que se requieren esquemas de alta cooperación penal internacional o mecanismos de naturaleza internacional para su persecución.

³⁹ Cassese, Antonio, citado en “Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional”. Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2009, pág. 2.

De manera general, la doctrina ha precisado que los crímenes del derecho internacional que han alcanzado la categoría de *ius cogens* traen aparejadas obligaciones *erga omnes* que resultan inderogables para los Estados, que se encuentran vigentes en tiempos de paz y de guerra, que no pueden ser derogadas en períodos de emergencia y que, en definitiva, se orientan a evitar la impunidad de sus autores. Tales obligaciones que pesan en cabeza de los Estados se refieren a: a) asegurar su imprescriptibilidad; b) garantizar la jurisdicción universal para asegurar su persecución; c) no permitir la aplicabilidad de inmunidades o amnistías en favor de jefes de Estado o de Gobierno; y d) no permitir la aplicabilidad del principio de la obediencia debida (Bassiouni, 1996: 63).

Como hemos apuntado, la calificación de una conducta como crimen del derecho internacional, carece de consecuencias menores. El excepcional régimen jurídico aplicable ante este tipo de crímenes, a los cuales se les reconoce la jerarquía de *ius cogens*, resulta un dato relevante en nuestro análisis, dado que encuadrar jurídicamente el accionar de las organizaciones armadas objeto del presente estudio en dichas categorías del derecho internacional –de lo cual se deriva, entre otras, la obligación del Estado de asegurar su imprescriptibilidad- podría habilitar la posibilidad del juzgamiento actual o futuro de sus integrantes.

II.3 Naturaleza subsidiaria del derecho penal internacional: la falla de la protección jurídica nacional

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la intervención del derecho penal internacional y la aplicación de las categorías de los crímenes de derecho internacional es subsidiaria, dado que sólo cabe acudir a ellas cuando falle la protección debida por el ordenamiento jurídico estatal. Según Alicia Gil Gil, la intervención del derecho internacional se producirá cuando la protección de los bienes jurídicos no puede ser garantizada por los ordenamientos internos, bien porque son atacados en una situación especial, como la guerra, que exige la intervención del derecho internacional, y así encontramos los crímenes de guerra, o bien porque los delitos son cometidos con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de *facto*, cuando las instituciones carecen de legitimidad o de fiabilidad por la participación en el delito o su tolerancia por

parte del Estado, y así encontramos los crímenes de lesa humanidad (Gil Gil, 1999: 21). La autora señala como ejemplos de crímenes de lesa humanidad cometidos con la participación o tolerancia del poder político de *iure*, los perpetrados por regímenes totalitarios, en cuyo caso no es posible confiar en la administración de justicia, como ocurrió en el caso de la dictadura argentina. Ejemplos de aquellos cometidos con la participación del poder político de *facto*, lo constituyen, según la autora, los supuestos en que determinadas facciones rebeldes tienen el control político de *facto* sobre un territorio, habiendo desaparecido la administración de justicia o estando los autores fuera del alcance de la misma, citando como ejemplos, los crímenes contra la humanidad cometidos por distintas facciones en el conflicto ruandés (Gil Gil, 1999: 21).

De ello puede colegirse que la aplicación de las categorías del derecho penal internacional en supuestos en que los crímenes son cometidos con la participación o tolerancia de un poder político de *facto*, requiere que éste haya sido suficiente y capaz de suprimir la institucionalidad necesaria para perseguirlos penalmente, de lo cual se deriva como exigencia para sus autores, el ejercicio de un rol análogo al estatal.

II.4 El principio de la responsabilidad penal individual y la jurisdicción para el juzgamiento de crímenes de derecho internacional

El principio de la responsabilidad penal individual denota la noción básica de que la perpetración de una conducta prohibida por las normas penales de un determinado sistema jurídico acarreará determinadas consecuencias al autor de la misma. La responsabilidad penal concierne a las personas físicas de manera individual, pues aun cuando se trate de delitos cometidos en grupo, cada persona debe responder por su contribución al acto criminal. Aunque resulta una noción básica es importante resaltar los tres elementos que conforman el concepto: a) responsabilidad, que implica el deber de afrontar las consecuencias del incumplimiento de una obligación; b) penal, que indica la naturaleza de la prohibición y las formas específicas en las que el autor deberá responder; y c) individual, que denota que serán precisamente las personas físicas y no las personas jurídicas quienes deberán responder por sus propias conductas.

El principio de responsabilidad penal individual, incorporado en todos los sistemas jurídicos del mundo en relación con los delitos contenidos en legislaciones nacionales, también ha sido reconocido respecto de crímenes establecidos por normas internacionales. Los horrores cometidos durante la Segunda Guerra Mundial condujeron a la consagración de esta idea en el ETMI⁴⁰. En la sentencia del juicio contra los mayores criminales nazis, el TMI formuló una enunciación contundente sobre el principio: “[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas, y sólo mediante la sanción de las personas que cometieron dichos crímenes se podrán hacer valer las normas del derecho internacional”⁴¹.

Cabe destacar, en este punto, que el artículo 9 del ETMI consagró la posibilidad de declarar la naturaleza criminal de un grupo o una organización, y que el artículo 10 del mismo instrumento, a su vez, determinó que la sola pertenencia a una organización declarada criminal podría constituir un crimen. De hecho, el TMI declaró el carácter criminal de cuatro organizaciones creadas con el fin de cometer crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad⁴². Puede afirmarse, sin embargo, que la declaración de la naturaleza criminal de las organizaciones tuvo más bien el efecto de una

⁴⁰ Como antecedente del reconocimiento del principio analizado, es posible mencionar al Tratado de Versalles de 1919 donde se incorporó una cláusula sobre el juzgamiento ante un tribunal penal internacional que estaría integrado por cinco jueces designados por EEUU, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón por las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra de connotación internacional, que se conformaría con la intención de juzgar la responsabilidad del Kaiser Guillermo II de Alemania durante la Primera Guerra Mundial, así como la autorización a los aliados para crear tribunales nacionales para juzgar tales crímenes (artículo 229 del Tratado de Versalles). El fracaso del tribunal internacional que se había previsto para el juzgamiento del Kaiser, se debió a la negativa del Gobierno de Holanda de extraditarlo –país donde se había refugiado–, sosteniendo que su caso no estaba contemplado en ningún tratado o convención previa.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el Enjuiciamiento de los Mayores Criminales de Guerra Alemanes, Nuremberg, 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946 [Traducción no oficial]. Este mismo principio fue reafirmado en los Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la Sentencia del Tribunal, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950, Vols. I y II. Más recientemente, ha sido consolidado a través de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, así como de la Corte Penal Internacional.

⁴² Conforme el Acta de Cargos, fueron declaradas criminales cuatro de las organizaciones propuestas: el Partido Nazi, la GESTAPO, la SD y la Policía Secreta (SS).

prueba de responsabilidad en la conspiración criminal para los individuos acusados pertenecientes a las organizaciones que fueran declaradas criminales pues, en todo caso, el TMI ratificó el carácter individual y personal de la responsabilidad penal internacional como uno de los principios generales del derecho más importantes.

Habiéndose alcanzado en el plano del derecho penal internacional el reconocimiento del principio de la responsabilidad individual respecto de la comisión de crímenes del derecho internacional, emerge la cuestión de la autoridad competente para llevar adelante su juzgamiento. El profesor Bassiouni ha denominado a la actuación de los órganos judiciales nacionales para investigar, enjuiciar y sancionar crímenes internacionales como el “sistema de aplicación indirecta” de los crímenes núcleo del derecho internacional, al lado del cual se ha desarrollado un “sistema de aplicación directa” que se integra con la actuación de los tribunales penales internacionales (Bassiouni, 2003: 333).

El sistema de aplicación directa del derecho penal internacional se ha ido conformando a partir del funcionamiento de los tribunales puramente internacionales como el TMI de Núremberg y el del Lejano Oriente, pasando por los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, y la CPI, y los llamados tribunales penales internacionalizados o mixtos, que incluyen a la Corte Especial para Sierra Leona, de Timor Oriental y a las Cámaras Extraordinarias en Camboya⁴³.

No constituye objeto del presente estudio analizar el juzgamiento de los crímenes del derecho internacional por parte de los tribunales internacionales, por lo que nos limitaremos a señalar que el desarrollo paralelo de los sistemas de aplicación directa e indirecta -en los términos de Bassiouni- genera complejos problemas de coordinación entre ambas jurisdicciones, tales como, cuál de ellas tendrá precedencia para pronunciarse y bajo qué condiciones, en supuestos en que ambas tengan competencia para intervenir. La respuesta a estos interrogantes se encuentra, en general, en los tratados constitutivos de los propios tribunales internacionales y ha variado a lo largo del desarrollo del derecho penal

⁴³ Para un estudio comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados, ver: “Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados”, Robin Geiss y Noëmie Bulinckx, *International Review of the Red Cross*, Marzo 2006, N° 861 de la versión original.

internacional. La relación entre la jurisdicción nacional e internacional ha ido desde un sistema especial y extraordinario creado al finalizar la Segunda Guerra Mundial, pasando por la primacía de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda⁴⁴, hasta la complementariedad prevista en el Estatuto de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales que se traduce, como señala Ezequiel Malarino, en un *“modelo binario, pero estratificado en múltiples jurisdicciones: por un lado, una multiplicidad de sistemas nacionales –cada uno con sus propias especificidades- de actuación prioritaria; por el otro, la Corte [Penal Internacional] de actuación complementaria. El Estatuto de Roma crea, por tanto, un sistema complejo, compuesto por diferentes subsistemas jurídicos o niveles normativos, y por tanto un sistema que funciona en distintas velocidades”* (Malarino; 2006: 489 – 490).

El juzgamiento y sanción de crímenes internacionales en las jurisdicciones nacionales, se sustenta en la obligación de los Estados de garantizar la jurisdicción universal para su juzgamiento. Por estar vinculado directamente al tema de la presente investigación, analizaremos, en particular, las prácticas seguidas ante los órganos judiciales nacionales en materia de persecución penal de crímenes internacionales, con particular referencia al caso argentino.

II.5 Juzgamiento de crímenes internacionales en el ámbito estatal

Cuando se trata de la aplicación del derecho internacional en el derecho interno de los Estados, en ámbitos que exceden las relaciones interestatales, como ocurre en el caso del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho penal internacional, la eficacia real del primero depende, en gran medida, de la aplicación que de él se haga en las jurisdicciones domésticas. La interrelación entre ambos ordenamientos jurídicos impone desafíos y desata tensiones que deben ser resueltas en el ámbito nacional y que, en materia de persecución penal de crímenes internacionales, ponen sobre la mesa la necesidad de cumplir con la obligación de los Estados de adaptar el sistema jurídico doméstico a las normas internacionales a fin de lograr su implementación local.

⁴⁴ Véanse los artículos 9 y 8 de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente.

La referida tarea de implementación ha sido impuesta como obligación jurídica convencional en ciertos tratados internacionales de los que es parte la República Argentina⁴⁵. En el Estatuto de Roma de la CPI existe un deber implícito a cargo de los Estados Parte de adecuar su legislación interna a fin de lograr la plena aplicación de dicho instrumento en el ámbito local. En tal sentido, el profesor Relva ha resaltado que: “[*debido a la naturaleza complementaria atribuida a [dicha corte] [nota en el original omitida] [...] es obligación primaria de los Estados enjuiciar a las personas responsables por la comisión de los crímenes de derecho internacional definidos en el Estatuto. Por ende, se puede concluir que, a fin de cumplir con esta obligación, los Estados parte [de dicho tratado] deberían adoptar la legislación necesaria*” (Relva, 2003: 338).

En lo que respecta a la República Argentina, nuestro país sancionó en 2007 la Ley N° 26.200 de implementación del Estatuto de Roma que creó la CPI⁴⁶, momento hasta el cual la legislación penal nacional no contaba con tipos penales que coincidieran estrictamente con las descripciones típicas de la mayor parte de la figuras del derecho penal internacional⁴⁷.

En la práctica de los Estados, el cumplimiento de la obligación de implementación de las normas penales internacionales en el ámbito local, no se ha llevado adelante sólo mediante

⁴⁵ Entre los tratados que imponen de manera explícita la obligación de adoptar medidas legislativas para adecuar su sistema nacional a los tratados internacionales de los que son parte se destacan: la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (artículo V); los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, artículo 49 del Convenio I, artículo 50 del Convenio II, artículo 129 del Convenio III y artículo 146 del Convenio IV; y el Protocolo Adicional I a dichos Convenios (artículo 80); la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, respecto del crimen del apartheid (artículos 2 y 3); la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, respecto del crimen de tortura (artículos 2 y 4).

⁴⁶ Ley N° 26.200, de Implementación del Estatuto de Roma, sancionada el 13/12/2006 y publicada en el Boletín Oficial el 09/01/2007.

⁴⁷ En opinión de Parenti, ello no significa que hasta entonces las conductas hayan sido atípicas, dado que existían tipos penales que las prohibían aun cuando los elementos típicos fueran sólo parcialmente coincidentes con los de las figuras internacionales. En: “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, Kai Ambos – Ezequiel Malarino (editores), Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2008, pág. 24.

el procedimiento regular de aprobación de normas que doten al sistema legal de aquellas que fueran necesarias para su aplicación en las jurisdicciones domésticas. También se ha optado por la aplicación de normas propias preexistentes que contienen los elementos de la definición internacional, o por la utilización de los delitos ordinarios. Así, en la doctrina se ha subrayado que los *“crímenes núcleo de derecho internacional pueden ser perseguidos penalmente como crímenes ordinarios, como crímenes internacionales definidos en el derecho nacional, o por aplicación directa de las normas internacionales”* (Ferdinandusse, 2006: 89).

Si tomamos como ejemplo la práctica seguida en procesos penales emprendidos para investigar la comisión de este tipo de crímenes en países de la región, se puede observar que, en muchos casos, se han desarrollado sobre la base de delitos comunes (homicidio, lesiones, tortura, privación ilegítima de la libertad, entre otros) tipificados en los códigos penales vigentes en los países en cuya jurisdicción se cometieron⁴⁸.

Si bien esta práctica no está prohibida por norma o principio alguno, ha merecido críticas sobre la base del riesgo de subestimar la extrema gravedad de los crímenes internacionales y de no aplicar el régimen jurídico específico a ellos aplicable, del que surgen obligaciones para los Estados, tales como, asegurar su imprescriptibilidad. Así, la CDI de Naciones Unidas ha afirmado, en este punto, que aun cuando las legislaciones nacionales califiquen como delitos ordinarios crímenes contra la paz o la seguridad de la humanidad, ello no puede constituir obstáculo para que se considere a la conducta como un crimen de derecho internacional. Expresamente, se ha señalado: *[la] tipificación o falta de tipificación de una categoría determinada de comportamiento como penal con arreglo al derecho nacional no surte efecto sobre la tipificación de esa categoría de comportamiento como penal con arreglo al derecho internacional. Es posible que una categoría de comportamiento tipificada de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad en la parte II no esté prohibida o incluso que sea impuesta por el derecho nacional. También es concebible que*

⁴⁸ Para un análisis sobre la jurisprudencia latinoamericana referida a la persecución penal de crímenes internacionales, ver “Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional”, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2009. En particular, jurisprudencia sobre la práctica de subsunción de las conductas en tipos penales del derecho nacional, pp. 186 – 190.

ese comportamiento esté tipificado simplemente de crimen con arreglo al derecho nacional y no de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad con arreglo al derecho internacional. Ninguna de estas circunstancias podría servir para impedir la tipificación como penal de la categoría de comportamiento de que se trate, con arreglo al derecho internacional. La distinción entre la tipificación como crimen de derecho nacional y la tipificación como crimen de derecho internacional es importante, ya que los regímenes jurídicos correspondientes difieren. Esta distinción tiene consecuencias importantes con respecto al principio de non bis in idem, [...]»⁴⁹.

Otros países de la región -entre ellos la República Argentina- han recurrido a otro método a la hora de subsumir jurídicamente las conductas juzgadas a ciertas categorías de crímenes internacionales que se ha denominado “doble subsunción”. En esta tarea, la conducta típica se adecua a un delito tipificado por la normativa penal nacional –el que cumple con las exigencias del principio de legalidad en materia de ley penal y sanción previas- y, paralelamente, se la adecua a las normas internacionales en la categoría del crimen internacional que corresponda: genocidio, crímenes de lesa humanidad o de guerra, de lo cual se ha derivado la aplicación al caso de la regla de la imprescriptibilidad⁵⁰. Podemos afirmar que el método descrito ofrece la ventaja, frente al primero de los mencionados, de legitimar en el caso concreto la aplicación efectiva del excepcional régimen jurídico que se desprende de los crímenes internacionales, minimizando las consecuencias negativas del uso de delitos comunes.

⁴⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, Vol. II, Segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, pág. 20.

⁵⁰ Como explica Parenti, la subsunción de los hechos en las figuras del derecho penal internacional aparece en la jurisprudencia argentina, generalmente, como un asunto propio de la parte general del derecho penal (análisis de la vigencia de la acción disociado de la subsunción típica), y de manera excepcional, como una cuestión vinculada a la tipicidad, pero cuyo tratamiento suele quedar incompleto al no exponerse claramente qué relación existiría entre las figuras del derecho penal internacional de base consuetudinaria (figuras que permiten sostener la imprescriptibilidad) y los tipos penales de la legislación argentina, al no enfrentarse totalmente el problema que genera una tipicidad consuetudinaria frente al principio de legalidad, cuestión que a menudo se despeja mediante la afirmación de que el principio de legalidad estaría satisfecho al existir tipos penales (por ejemplo, homicidio torturas, etc.) que ya prohibían las conductas (Parenti, 2008: 24 – 25).

A modo de ejemplo de la última opción comentada, puede mencionarse la sentencia dictada por la CSJN en el emblemático caso “Simón”, en el que se declaró sin efectos jurídicos a las leyes de Punto Final y Obediencia Debida basándose en el derecho internacional, en el derecho internacional de los derechos humanos y, principalmente, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictada en el caso “Barrios Altos”, en la cual se habían declarado incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y carentes de efectos jurídicos a dos leyes peruanas que amnistiaban graves violaciones a los derechos humanos. Asimismo, la CSJN declaró la imprescriptibilidad de los crímenes bajo juzgamiento y privó de efectos jurídicos a la cosa juzgada posibilitando, de esa manera, la reapertura del proceso. Para fundamentar dichas decisiones, el máximo tribunal nacional calificó a los delitos de privación ilegítima de la libertad y tormentos, para lo cual recurrió a los tipos penales ordinarios del Código Penal argentino y, paralelamente, apeló al derecho penal internacional para calificarlos como crímenes de lesa humanidad, derivando de esta última subsunción jurídica, la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional.

La opción por las figuras del derecho penal clásico en el juzgamiento de crímenes internacionales para cumplir con la adecuación típica de las conductas a juzgar, como ha ocurrido en nuestro país con los cometidos durante la última dictadura militar, ha constituido la elección preferente, por un lado, por la carencia en la legislación argentina de los tipos penales específicos del derecho penal internacional y, por el otro, porque, a excepción del ECPI, los tratados internacionales que contemplan crímenes del derecho internacional no contienen la previsión de una sanción penal, lo cual vulneraría la plena vigencia del principio de legalidad en su faceta del *nullum crimen sine poena*.

Como puede observarse, el principio de legalidad juega un papel trascendente en materia de juzgamiento de crímenes internacionales en las jurisdicciones estatales, si consideramos la dificultad adicional que supone la interrelación entre los dos ordenamientos jurídicos –el internacional y el doméstico- por lo cual lo analizaremos en particular en el siguiente acápite.

II.6 El principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional

El principio de legalidad puede ser considerado tanto un principio de justicia como un derecho humano reconocido a nivel nacional e internacional. La jurisprudencia y la doctrina han confirmado que el principio de legalidad en el derecho penal implica, en términos generales, que sólo la ley puede definir y penalizar los crímenes (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), de lo cual se desprende la prohibición de su aplicación retroactiva y de la analogía, así como, la exigencia de que la norma penal debe ser escrita, clara y cierta.

En lo que respecta a la aplicación del principio de legalidad en materia de juzgamiento de crímenes de derecho internacional, se ha argumentado reiteradamente que las definiciones internacionales de dichos ilícitos no satisfacen este principio rector, dado que, entre otras cuestiones, son vagas y abiertas y pretenden ser aplicadas a hechos ocurridos antes de la adopción de los tipos penales respectivos.

El profesor Hugo Relva ha destacado que para los Estados latinoamericanos de tradición neo-románica, el respeto del principio de legalidad en esta materia requiere de normas nacionales que definan los delitos y establezcan las penas respectivas. En tal sentido, afirma: “[P]ara la gran mayoría de los Estados de la tradición neo-románica y, en particular [...] para los Estados latinoamericanos el principio de [legalidad] siempre involucra la adopción de legislación doméstica que criminalice dichas conductas y [establezca] penalidades específicas. [...] Si la tortura, desaparición forzada o un crimen de guerra no es clasificado como crimen por la legislación doméstica de un Estado, no será posible forzar a la persona presuntamente responsable por dichos crímenes a comparecer en corte. Esto es verdad a pesar de que los Estados sean partes de tratados que requieren el castigo de estas conductas, y sin importar el rango que los tratados tengan en la jerarquía constitucional”⁵¹ (Relva, 2003: 333).

⁵¹ A este respecto, Bidart Campos destaca que si el tratado internacional describe claramente la conducta típica como delictuosa, el requisito de la “ley previa” estaría satisfecho, porque tal ley sería la norma del tratado constitucionalmente jerarquizado. El autor aclara, sin embargo, que dado que el tratado no establece sanción penal, hace falta una ley interna también previa al hecho que fije la pena, estando obligado el Estado a dictar esa ley sancionatoria. En el caso de la República Argentina, los dos tratados con jerarquía constitucional en materia penal (Convenciones contra la Tortura y sobre el Genocidio) contienen tipificación

Esta línea de pensamiento es coherente, asimismo, con la reserva formulada por el Estado argentino al momento de ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que goza de jerarquía constitucional conforme a lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la CN. A ese respecto, cabe recordar que el artículo 15 del PIDCP, en su apartado segundo, consagra la posibilidad de juzgar o condenar a una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueren delictivos según los *principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional* (la cursiva es nuestra).

La reserva formulada por nuestro país al ratificar el PIDCP dispone: “*El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional*”⁵². Ello revela la explícita actitud de nuestro país contraria a privar al derecho penal internacional de la garantía del principio de legalidad consagrado en la norma constitucional referida en el texto de la reserva.

En función de los límites que impone el principio de legalidad comentado, y considerando especialmente la reserva formulada por el Estado argentino al PIDCP, formularemos algunas precisiones respecto al modo en que la jurisprudencia nacional ha abordado la cuestión referida a los elementos o facetas que componen el principio de legalidad.

II.6.1 Ley penal y sanción previas

El enunciado general del principio de legalidad expresado en el *nullum crimen nullum poena sine lege* impone que con anterioridad a la comisión de los hechos a juzgar se encuentre vigente la ley penal que tipifique dicha conducta como delito y que establezca de

de conductas delictuosas que abastecen la necesidad de la “ley previa”, y obligan a dictar la ley interna que establezca la pena para cada delito incriminado directamente en el tratado. En: Manual de la Constitución Reformada Tomo II, tercera reimpresión, Ediar, 2006, pág. 297.

⁵² La República Argentina depositó el instrumento de ratificación del PIDCP el 8 de agosto de 1986, luego de que el Congreso de la Nación Argentina lo aprobara por Ley 23.313, publicada en el Boletín Oficial el 13 de mayo de 1986, en cuyo texto se dispuso que debían formularse, entre otras allí expuestas, la reserva transcripta.

manera expresa la pena. Ello tiene como objetivo que la conducta prohibida y su pena sean conocidas con anterioridad a su eventual infracción.

Como hemos visto, esta faceta del principio de legalidad se ha satisfecho en la práctica judicial argentina en materia de juzgamiento de crímenes del derecho internacional, recurriendo para la adecuación de la conducta típica, a un delito definido por la normativa penal nacional que cumple con todas las exigencias del principio de legalidad (homicidio, tortura, privación ilegal de la libertad, entre otros) y, paralelamente, adecuando las conductas en la categoría del crimen internacional que corresponda (genocidio, crímenes de lesa humanidad o de guerra), de lo cual se ha derivado la aplicación al caso de la regla de la imprescriptibilidad que rige para este tipo de ilícitos.

De este modo, el principio de legalidad del artículo 18 de la CN estaría satisfecho en sus aspectos más sensibles: la tipicidad y la pena. Ello, dado que los tipos penales de la legislación nacional contienen los supuestos de hecho que permiten aplicar una sanción, mientras que la subsunción de los hechos en las figuras del derecho penal internacional habilita la aplicación del principio de la imprescriptibilidad. En esta línea de fundamentación, las figuras del derecho penal internacional no cumplirían un papel en el plano de la tipicidad de la conducta, sino en el momento de analizar la vigencia de la acción penal. En este segundo aspecto, resulta necesario destacar que las normas internacionales a las que se ha acudido en la jurisprudencia nacional para afirmar la vigencia de la acción penal, no han sido siempre normas convencionales, sino más bien, normas consuetudinarias del derecho internacional general, lo cual plantea el interrogante de si la costumbre internacional satisface la exigencia de la ley previa analizada, lo cual analizaremos en el acápite siguiente.

III.6.2 La costumbre internacional como ley previa

Considerando la importancia de la costumbre como fuente del derecho internacional, se plantea la cuestión de si ella cumple, asimismo, el requisito de la ley previa en materia de legalidad penal. El tema cobra importancia por dos razones en particular. En primer lugar, dado que la jurisprudencia de la CSJN ha afirmado la vigencia consuetudinaria de ciertos

crímenes del derecho internacional y, en segundo lugar, como consecuencia de la calificación anterior, dado que se ha justificado la aplicación del principio de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales a partir del recurso al derecho internacional consuetudinario, cuando todavía no se encontraba vigente en nuestro país la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad.

La reforma constitucional del año 1994 ha resuelto, en parte, los debates doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con la jerarquía del derecho internacional convencional en el ordenamiento jurídico argentino. Expresamente, el artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución reformada, disponen que los tratados internacionales celebrados con otros Estados o con organizaciones internacionales, los concordatos con la Santa Sede y las normas del derecho comunitario gozan de jerarquía superior a las leyes. Por su parte, ampliando el que se ha denominado “bloque de constitucionalidad federal”, se ha asignado jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos expresamente mencionados en el inciso 22 del artículo 75 de la CN. Con posterioridad, y siguiendo el procedimiento descrito en el último párrafo del mismo inciso 22, se les asignó la misma jerarquía a otras dos convenciones internacionales de derechos humanos⁵³. Puede afirmarse que, a pesar de la claridad aportada por la reforma constitucional del año 1994 respecto de la jerarquía de los tratados internacionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico argentino, no ha quedado resuelta -al menos de manera expresa- la jerarquía de otras fuentes del derecho internacional, tales como, la costumbre internacional.

Existen dos líneas argumentales principales en la jurisprudencia nacional que se han esbozado para sostener la aplicación prioritaria de las normas consuetudinarias del derecho penal internacional en el ámbito interno. Una de ellas, se ha sustentado en la norma contenida en el actual artículo 118 de la CN (artículo 102, con anterioridad a la reforma del

⁵³ Mediante la Ley 24.820, sancionada el 30/04/97, se le otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y mediante la Ley 25.778, sancionada el 20/08/2003, se le otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

año 1994), al que se ha recurrido tanto en los procesos de extradición de criminales de guerra (casos “Schwammberger” y “Priebke”), como en procesos de atribución de responsabilidad penal por crímenes internacionales (“Arancibia Clabel”, “Simón”, entre otros).

El artículo 118 de la CN citado dispone: *“Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando ésta se cometa fuera de los límites de la nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”*⁵⁴.

No ha habido discusión acerca de que la norma transcrita contiene una norma sobre la jurisdicción para el juzgamiento de delitos, consagrando la competencia de la provincias para aquellos que se hubieren cometido en su territorio (*forum delicti comisi*), y la competencia del Poder Judicial de la Nación para juzgar aquellos cometidos “contra el derecho de gentes”, aún cuando éstos se cometan fuera del territorio de la Nación.

La posición jurisprudencial comentada, ha afirmado que además del objetivo expresamente señalado en la norma, de manera implícita el artículo 118 de la CN recepta a nivel “constitucional” el derecho penal internacional, derivándose de ello el compromiso del Estado argentino en la persecución de crímenes contra el derecho internacional. Esta interpretación ha sido desarrollada en el voto del Dr. Schiffrin en el proceso de extradición de Schwammberger, en el cual expresó: *“[...] la Constitución Nacional somete al Estado argentino a la primacía del derecho de gentes (artículo 102), que él es fuente de derecho penal en la órbita internacional, en la que no juega en sentido estricto el principio nullum crimen nulla poena sine lege; que ante tal derecho no son prescriptibles los crímenes de lesa humanidad, y que por ello los tribunales argentinos deben reconocer los efectos formalmente retroactivos de las leyes dictadas por otros países a fin de asegurar la imprescriptibilidad de aquellos crímenes”*.

⁵⁴ Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, este artículo llevaba el número 102.

Otra línea de argumentación que puede identificarse en la jurisprudencia de la CSJN a fin de justificar la aplicación de la costumbre internacional en el ámbito interno, parte de la concepción de que en la cúspide del ordenamiento jurídico se ubican las normas imperativas del derecho internacional que conforman un derecho con validez universal al que debe estar supeditado el derecho argentino. Esta posición puede reconocerse en el voto del Dr. Maqueda expresada en el caso “Simón”, donde se afirmó la vigencia consuetudinaria de la norma que prohibía la comisión de crímenes de lesa humanidad en la década del setenta del siglo veinte, época en la que se desarrolló el régimen de facto que condujo la última dictadura militar en nuestro país: *“Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y deber ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del ius cogens se basan en la común concepción –desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX- en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas”*.

Las dos posiciones jurisprudenciales comentadas, se diferencian, en cuanto parten de concepciones diferentes respecto del modo de recepción de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico nacional: para la primera, el derecho penal internacional es receptado “constitucionalmente” en el artículo 118 de la CN, y para la segunda, el derecho argentino está supeditado a un ordenamiento jurídico internacional de validez universal integrado por las normas que han adquirido el carácter de *ius cogens* internacional⁵⁵. Sin

⁵⁵ Las llamadas normas imperativas del derecho internacional general han sido reguladas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que dispone: *“Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general (ius cogens). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional 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.”* La República Argentina depositó el instrumento de ratificación de esta Convención el 5 de diciembre de 1972, pero la misma entró en vigor recién el 27 de enero

embargo, ambas arriban a la conclusión de que el derecho argentino debe someterse a la costumbre internacional, la cual constituye una fuente prioritaria en materia de persecución penal de crímenes internacionales.

A este respecto, se ha afirmado que la aplicación de estas normas consuetudinarias pertenecientes al *ius cogens* internacional no afectaría el principio de legalidad, el cual se encontraría satisfecho si, al mismo tiempo, se recurre para la tipificación de la conducta, a la norma penal ordinaria contenida en el Código Penal argentino que definía el delito y fijaba su pena en la época de comisión de los hechos materia de juzgamiento.

II.6.3 Irretroactividad de la ley penal

La irretroactividad constituye una parte nuclear del principio de legalidad. A ese respecto, el profesor Theodore Meron ha afirmado: “[l]a prohibición de medidas penales retroactivas es un principio fundamental de la justicia criminal y una norma consuetudinaria, incluso imperativa de derecho internacional que debe ser observada en todas circunstancias por los tribunales nacionales e internacionales”⁵⁶.

En materia de irretroactividad de normas penales, la CSJN se ha negado a aplicar figuras penales internacionales respecto de las cuales no podía afirmarse su vigencia en el derecho internacional consuetudinario antes de haber sido recogido en convenciones internacionales. En el caso “Lariz Iriondo” la CSJN debía revisar la decisión de un juez que había rechazado la extradición a España por entender que el hecho estaba prescrito. Sobre la posibilidad de catalogar como crímenes de lesa humanidad -y, por tanto, imprescriptibles- los hechos de terrorismo atribuidos al señor Lariz Iriondo, los jueces Zaffaroni y Maqueda consideraron que el concepto de terrorismo era sumamente difuso y ampliamente discutido y que, a diferencia de los crímenes de lesa humanidad, no podía afirmarse que el terrorismo fuera un crimen definido por el derecho internacional

de 1980, a los treinta días de haber alcanzado las treinta y cinco ratificaciones o adhesiones.

⁵⁶ Meron, Theodore, “War Crimes Law Comes of Age”, Oxford University Press, 1998, citado en “Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional”, 2009, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington DC, 2009, pág.168.

consuetudinario antes de ser recogido en convenciones internacionales. Allí afirmaron: *“la Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la Convención”*⁵⁷.

Como se deriva de la jurisprudencia comentada, al tiempo que se ha afirmado la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley en materia de persecución penal de crímenes internacionales, se ha afirmado que el derecho internacional y, en particular, las normas consuetudinarias que son fuente de primera importancia en dicho ordenamiento jurídico, constituyen un antecedente que debe ser tenido en cuenta a la hora de verificar el derecho vigente en la época de comisión de los crímenes bajo juzgamiento, aún con anterioridad a que dichas normas hubieran sido recogidas en convenciones internacionales.

II.7 La imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional

El principio general de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional fue declarado por primera vez en los “Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en la Sentencia del Tribunal”⁵⁸ aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1946, y reafirmado en la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”⁵⁹, instrumento que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Éste y otros instrumentos internacionales lo consagran de manera expresa, ejemplo de lo cual lo constituye el artículo 29 del Estatuto

⁵⁷ Ya citado, ver nota 34.

⁵⁸ “Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg”, Asamblea General de las Naciones Unidas, Quincuagésima quinta reunión plenaria, RES/AG/95(I), 11 de diciembre de 1946.

⁵⁹ La Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968.

de Roma que creó la CPI el cual dispone: "[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán".

Es importante destacar que hoy existe una opinión generalizada, en la doctrina y en la jurisprudencia, de que la regla relativa a la imprescriptibilidad contenida en la Convención citada ha adquirido, además, el carácter de norma consuetudinaria del derecho internacional general⁶⁰. Así lo ha sostenido, entre otros doctrinarios, el profesor Pastor Ridruejo cuando señaló: *"el referido instrumento internacional, se comporta como la constatación de la existencia y expresión formal de la norma, su más precisa sistematización y formulación de las reglas de Derecho Internacional, en aquellas materias que ya existía práctica de los Estados"* (Pastor Ridruejo, 1997: 176). El autor aludía a la cristalización como norma consuetudinaria del principio de imprescriptibilidad

⁶⁰ Sobre el carácter consuetudinario del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ver estudio sobre derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR, la norma 160 dispone: *"Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra"*. De conformidad con este estudio *"[l]a práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en relación con los crímenes de guerra cometidos tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. [...] El hecho de que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no prescriben se prevé en la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad [...]. En las deliberaciones previas a la aprobación de [esta] Convención [...], algunos Estados consideraron que la prohibición de la prescripción de los crímenes de guerra era una norma novedosa [nota en el original omitida], mientras que otros Estados consideraron que ya existía [nota en el original omitida]. La principal objeción de los Estados que la consideraban una norma nueva era que la Convención se aplicaría retroactivamente, por lo que violaría el principio de no retroactividad del derecho penal y que la prohibición de la prescripción era un principio general en su derecho interno en aquella época [nota en el original omitida]. Sin embargo, muchos Estados sostuvieron que los crímenes de guerra tenían un carácter excepcional y, por lo tanto, no debían estar sujetos al régimen ordinario del derecho penal o de prescripción, o que ya habían aplicado el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra [nota en el original omitida]. [...] El principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra se establece en muchos manuales militares y en la legislación de numerosos países, incluidos los que no son Parte en el [...] Convenio de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad [nota en el original omitida]"*. Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, pp. 694-696.

contenido en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, como la proveniente de la Corte IDH, ha confirmado el carácter consuetudinario de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional, al tiempo que se ha afirmado que la misma constituye una norma de *ius cogens*. En efecto, en el caso “La Cantuta”, la Corte IDH, reiterando el criterio expuesto en su sentencia en el caso “Almonacid Arellano”, afirmó: “[...] Aún cuando [el Estado] no ha[ya] ratificado dicha Convención (sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad), esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, [el Estado] no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”⁶¹.

En lo que atañe a la recepción del principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional en el ámbito de las jurisdicciones estatales, se observa que algunos Estados latinoamericanos han determinado, con base en sus propias normas constitucionales, la vigencia de dicho principio como una costumbre internacional precedente a la comisión de los crímenes, enfrentando, de ese modo, el argumento de la aplicación retroactiva de la ley⁶². Esta fórmula de subsunción del derecho internacional en el derecho interno, depende de un sistema de integración que privilegie las normas del derecho internacional, al menos, de aquéllas consideradas como de *ius cogens*, frente a las normas domésticas.

⁶¹ Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, párr. 225.

⁶² Para un estudio sobre la jurisprudencia latinoamericana en materia persecución penal de crímenes internacionales, ver “Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional”. 2009, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington DC. En particular, capítulo VI, sobre Decisiones estatales que obstaculizan la investigación, enjuiciamiento y sanción de crímenes internacionales. Punto 4. Prescripción e Imprescriptibilidad.

Resulta pertinente traer a colación cómo ha sido resuelta dicha cuestión en el ámbito de la República Argentina, si tenemos en cuenta que el recorte temporal del presente trabajo de investigación se circunscribe, particularmente, a las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte, cuando nuestro país no había adherido aún a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad.

II.7.1 Recepción del principio de la imprescriptibilidad en las jurisdicciones nacionales. El caso de la República Argentina

En uso de las facultades previstas en el artículo 75 inciso 22 de la CN, el Congreso nacional aprobó la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad mediante la Ley 24.584 del año 1995⁶³. Sin embargo, hubo que esperar hasta el año 2003 para que nuestro país adhiriera a la misma en sede internacional y le otorgara jerarquía constitucional⁶⁴.

Ya con anterioridad a la fecha de adhesión de nuestro país a la citada Convención, se registran antecedentes de la aplicación del principio analizado en la jurisprudencia nacional. En el año 1989, con motivo del pedido de extradición de Josef Leo Schwammberger⁶⁵, por parte de Alemania, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, con el voto del camarista Leopoldo H. Schiffrin, aplicó el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional considerando que el mismo gozaba del carácter de norma consuetudinaria del derecho internacional general, justificando la aplicación de esta fuente jurídica en la norma contenida en el entonces

⁶³ La Ley 24.584 mediante la cual el Congreso Nacional aprobó la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad fue publicada en el Boletín Oficial, el 29 de noviembre de 1995.

⁶⁴ Por Decreto del PEN 579/03, publicado el 13 de agosto del 2003, se instruyó al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a adherir a la citada Convención, lo cual se efectivizó el 26 de agosto de ese mismo año, entrando en vigor para nuestro país a los noventa días de esa fecha. La Ley 25.778 mediante la cual se le otorgó jerarquía constitucional, fue publicada en el Boletín Oficial el 29 de septiembre de 2003.

⁶⁵ La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata concedió la extradición por sentencia del 1º de septiembre de 1989. Por su parte, la CSJN, en causa "*Schwammberger, Josef s/Extradición*", confirmó la sentencia de la Cámara Federal de La Plata por sentencia del 20/03/1990 (Fallos 315:256).

artículo 102 de la CN (actual artículo 118). El doctor Schiffrin consideró: *"Pese a la lamentable ausencia de ratificación por parte de la Argentina, la Convención aludida [se refiere a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad] es dato inocultable la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, como principio del derecho de gentes, al que, como expresara Tomás D. Casares (apart. 22), la Nación se halla subordinada de conformidad con el Art. 102 de la Ley Fundamental"*.

En 1995, a partir de la solicitud de extradición de Erick Priebke, requerido por el gobierno italiano para ser juzgado por la comisión de múltiples homicidios, en la que se llamara la matanza de las Fosas Ardeatinas, la CSJN entendió que el homicidio de setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra ni a disposición de la jefatura de la policía alemana, podían ser constitutivos, *prima facie*, del crimen de genocidio. En lo que aquí nos interesa, la CSJN señaló que los crímenes de lesa humanidad no prescribían, no dependiendo dicha calificación de la voluntad de los Estados requirente o requerido, sino de los principios derivados de normas del *ius cogens* internacional, por lo que correspondía hacer lugar a la extradición solicitada⁶⁶.

La reanudación del proceso de juzgamiento de los crímenes cometidos durante la última dictadura militar, constituyó el marco propicio para consolidar el criterio jurídico que, en el ámbito nacional, presidiría la aplicación del principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional. En la histórica sentencia dictada en el caso "Simón"⁶⁷, en la cual nuestro máximo tribunal declaró sin efecto jurídico las leyes de Punto Final y

⁶⁶ CSJN, Fallos: 318: 2148. Resulta llamativo en la sentencia de la CSJN citada, que se sostiene que, sin perjuicio de la calificación dada al delito por el Estado requirente –en el caso, Italia había basado el pedido de extradición en la comisión de múltiples homicidios–, el Estado requerido podía redefinir la naturaleza del mismo. La CSJN señaló que la calificación de los delitos como de lesa humanidad no dependía de la voluntad de los Estados requirente o requerido, sino de los principios derivados de normas del *ius cogens* internacional. Para un análisis de la decisión adoptada por la CSJN en el Caso Priebke, se puede consultar a Raúl Emilio Vinuesa en: *"La aplicación del derecho internacional humanitario por los tribunales nacionales: la extradición de criminales de guerra, (a propósito del caso "Priebke, Erich s/solicitud de extradición", causa 1663/94)"*.

⁶⁷ CSJN, Causa Nº 17.768C. *"Recurso de Hecho. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad"*. Sentencia del 14 de junio de 2005.

Obediencia Debida, se ratificó la fuente consuetudinaria de los crímenes contra el derecho internacional y de la regla de la imprescriptibilidad que deriva como consecuencia de dicha calificación jurídica⁶⁸.

Si bien hasta aquí hemos visto que la jurisprudencia mayoritaria en Argentina fundamentó la aplicación de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en la existencia de una norma imperativa del *ius cogens* que así lo prescribía a la fecha de comisión de los hechos materia de juzgamiento, luego de la entrada en vigencia de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, y de que el Congreso le otorgara jerarquía constitucional en el año 2003, comenzó a ser aplicada a hechos cometidos antes de su ratificación por parte de nuestro país. Estas opiniones se apoyaron también en la costumbre internacional para señalar que la retroactividad de la Convención sería sólo formal (en cuanto a su forma escrita), y no materialmente retroactiva, dado que la norma que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad ya se encontraba vigente con anterioridad como regla consagrada en la costumbre internacional. Ello se desprende de los votos de Zaffaroni y Highton de Nolasco en los casos “Arancibia Clavel”⁶⁹ y “Simón”. Así, en el voto de Zaffaroni en el caso “Simón” puede leerse: “*Esta*

⁶⁸ Íbidem. El Dr. Boggiano afirmó: “... 28) *Que aun antes de tal jurisprudencia internacional, los delitos contra el derecho de gentes hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118 de la Constitución Nacional que contempla los delitos contra el derecho de gentes fuera de los límites de la Nación y ordena al Congreso determinar por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. Ello da por supuesto que tales delitos pueden ser juzgados en la República y, cabe entender, también en otros Estados extranjeros. Y además, que esos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad, lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en tal art. 118 sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos (causa "Nadel" registrada en Fallos: 316:567, disidencia del juez Boggiano)*”.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causa caratulada: “*Recurso de hecho deducido contra el Estado Nacional y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, E. L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*”. Considerando 19 y siguientes. En el caso citado se juzgó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel, ciudadano chileno integrante de la Dirección de Inteligencia de su país –DINA–, había sido condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal por ser el presunto autor del delito de asociación ilícita en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarloni. Los hechos por los cuales fue condenado Arancibia Clavel

Convención [...] no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era ius cogens en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley, y por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal”⁷⁰.

A modo de conclusión, puede afirmarse que la jurisprudencia de la CSJN ha reafirmado el criterio por el cual el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional constituye una obligación vinculante para nuestro país, en tanto norma imperativa del derecho internacional general. A pesar de que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad expresa en su articulado que los crímenes a los que se remite no prescriben, cualquiera haya sido el momento de su comisión, la CSJN ha evitado, mayoritariamente, la aplicación retroactiva de la misma, señalando la vigencia de una norma consuetudinaria perteneciente al *ius cogens* que contempla el principio analizado, al menos, desde los años en que se desarrollara la Segunda Guerra Mundial y, en consecuencia, que ya se encontraba vigente durante el período histórico analizado en el presente trabajo de investigación. En los casos en que se ha aplicado la Convención retroactivamente, se ha afirmado que no se trataba de una retroactividad material, sino sólo formal, debido a la preexistencia de la norma del *ius cogens* internacional que así lo prescribía, la cual habría sido codificada por la citada Convención.

se referían a su participación, entre marzo de 1974 y noviembre de 1978, en una asociación ilícita cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al gobierno del dictador Pinochet, exiliados en la República Argentina.

⁷⁰ Considerando 27.

CAPÍTULO III

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

III.1 Origen y justificación de los crímenes de lesa humanidad

La idea clásica de los crímenes de lesa humanidad se relaciona con el abuso del ejercicio del poder por parte del Estado. Así, en el sentido de la definición de Richard Vernon, quien sondea en la razón subyacente de estos crímenes más allá de su regulación en el derecho positivo, se los ha calificado como: “(...) *una inversión moral, o la parodia, del Estado*”, “(...) *un abuso de poder del Estado que implica una inversión sistemática de los recursos jurisdiccionales del Estado*”. “(...) *los poderes que justifican al Estado son perversamente instrumentalizados por el mismo, la territorialidad es transformada de un refugio a una trampa y las modalidades de castigo son ejercidas sobre los inocentes*”⁷¹.

Fruto de una extensa evolución histórica, la creación de la categoría de los crímenes de lesa humanidad obedeció a la necesidad de contar con una figura penal que, a diferencia de los crímenes de guerra, pudiera aplicarse cuando fueran cometidos por nacionales de un Estado contra sus propios connacionales y no contra los de otro Estado, como ocurría con los crímenes de guerra según el derecho internacional vigente con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

Algunos autores ubican el origen del uso moderno del concepto de crímenes de lesa humanidad en la Declaración del 28 de mayo de 1915 suscripta por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en la que se hizo alusión a las masacres de la población armenia en Turquía. Allí, las atrocidades cometidas fueron descritas como “*crímenes contra la humanidad por los cuales todos los miembros del Gobierno turco serán declarados responsables junto a sus agentes implicados en las masacres*”⁷².

⁷¹ Citado por Kai Ambos en: “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”. Georg-August-Universität Göttingen. *Revista General de Derecho Penal* 17, 2012, pp 1 – 30.

⁷² Citado en: “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”. Kai Ambos. *Revista General de Derecho Penal* 17, 2012. pp. 1 – 30.

Otros autores señalan que la génesis de los crímenes de lesa humanidad se encuentra en los Preámbulos de la I Convención de La Haya de 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra, y de la IV Convención de La Haya de 1907 referente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Bassiouni, 2011: 86). Las dos Convenciones prevén que para lo no tratado de forma expresa en ellas *“los habitantes y los beligerantes quedarán bajo la protección y sujetos a los principios del Derecho de gentes tal y como resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”*. Desde entonces, dicha previsión es conocida como “Cláusula Martens”, en referencia a su redactor, el diplomático ruso Fyodor Martens. Años más tarde las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 incluirán una fórmula similar al establecer como derecho supletorio *“los principios de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública”*⁷³.

Como señala Gil Gil, ni la Convención de La Haya de 1899 ni la de 1907 incluyen figuras delictivas ni mucho menos sanciones penales, sino únicamente normas referentes a la conducción de las hostilidades, por lo que la mención a los usos de las naciones civilizadas y a las leyes o principios de la humanidad como derecho supletorio no podía estar dirigida a tipificar delitos (Gil Gil, 1999: 108).

Las atrocidades cometidas durante la Primera Guerra Mundial impulsarían, a principios de 1919, la creación de una comisión de investigación internacional oficial –“Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Penas por Violación de Leyes y Costumbres de la Guerra”-, con mandato para investigar y realizar un informe acerca de la responsabilidad por las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, con vistas a su posterior enjuiciamiento y castigo. En contra de las recomendaciones propuestas por esta Comisión, los aliados rechazaron incorporar al Tratado de Versalles las menciones a los “crímenes contra la civilización y la humanidad”, debido, esencialmente, a la posición

⁷³ El artículo 1 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, titulado “Principios generales y ámbito de aplicación” dispone: “2. *En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública”*.”

de los Estados Unidos por la que se cuestionaba que el contenido legal de las “leyes de la humanidad” no podía ser definido en tanto estaba basado en el derecho natural, el cual no integraba el derecho internacional positivo.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la necesidad de las potencias aliadas de comprender las aberraciones cometidas por Alemania contra sus propios nacionales entre los hechos que se someterían a enjuiciamiento, alterando lo que constituía el derecho internacional vigente para la época, tendría importantes consecuencias en el desarrollo progresivo del derecho penal internacional.

La investigación de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial fue encomendada por los aliados a la Comisión de Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra (CNUCG), creada el 20 de octubre de 1943, con una labor similar a la que había desempeñado la Comisión de 1919 creada luego de la Primera Guerra Mundial. La CNUCG constató que muchos de los actos cometidos por el enemigo no podían ser calificados como crímenes de guerra *strictu sensu*, en particular, por la nacionalidad de las víctimas. Esto llevó al Comité legal de la CNUCG a proponer un concepto amplio de crimen de guerra, que permitiese castigar hechos que no constituirían, en puridad, violaciones de las leyes y las costumbres de la guerra, retomando los intentos de su predecesora, la Comisión de 1919, de fundamentar el castigo de tales actos en la Cláusula Martens, buscando con ello una legitimación en los principios del derecho internacional (Gil Gil, 1999: 108).

Durante la redacción del ETMI en la Conferencia de Londres de 1945, las sucesivas propuestas sometidas a discusión reflejan la negociación entre los partidarios de un texto que permitiese el castigo de los delitos cometidos contra los propios nacionales y los partidarios de atenerse al derecho internacional positivo. Finalmente, preponderó la idea de que si bien, en principio, el trato que Alemania diera a sus propios nacionales era un asunto interno en el que por tanto no debía intervenir, el programa de destrucción de los judíos y de violación de los derechos de las minorías devenía en una cuestión internacional por ser parte de un plan para la realización de una guerra.

La solución de compromiso adoptada por el texto definitivo del ETMI suponía el reconocimiento de los crímenes contra la humanidad y la posibilidad, por lo tanto, del castigo de conductas que no podían ser calificadas como crímenes de guerra según el derecho internacional vigente en aquella época. Sin embargo, la exigencia de una conexión con los crímenes contra la paz y con los crímenes de guerra devolvía al crimen contra la humanidad al estrecho ámbito de la Cláusula Martens, de la que en definitiva había recibido, en su origen, el nombre y el fundamento legal.

Finalmente, el artículo 6.c) del ETMI, anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, declara que constituyen crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal, que tendrá competencia para juzgar y castigar a las *“personas que actuando a favor de los intereses de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones, por los que se exigirá responsabilidad individual, hubieren cometido los “crímenes contra la humanidad: es decir, asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, constituyan o no una violación de la legislación interna del país donde se hubieran perpetrado”*.

Tal como fueron regulados en el ETMI como en la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, los crímenes de lesa humanidad se consagraron como una extensión de los crímenes de guerra, como una categoría subsidiaria o accesoria de los mismos, que sirvió, fundamentalmente, para castigar los delitos cometidos por los alemanes contra la población de los territorios ocupados o contra sus propios nacionales (Gil Gil, 1999: 114)⁷⁴.

La incorporación de los crímenes de lesa humanidad en el ETMI, es también, por esas mismas razones, una innovación trascendente, en tanto importó la trasgresión jurídica, pero también política, del avance del derecho internacional y, consecuentemente, del accionar

⁷⁴ Abonando la idea de que el Estatuto de Núremberg no constituyó una base legislativa para un “nuevo delito”, sino que simplemente articuló un crimen que ya estaba integrado en la estructura del derecho internacional consuetudinario, ver “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”. Kai Ambos. *Revista General de Derecho Penal* 17, 2012, pp. 1 – 30

de un tribunal de esta misma dimensión en cuestiones atinentes al ámbito doméstico de un Estado (aquí, el trato dado a sus propios nacionales), justificado ello por tratarse de una guerra que se consideró ilegal.

A modo de síntesis, se puede concluir que la categoría de los crímenes contra la humanidad presenta en Núremberg los siguientes caracteres:

1. Han de ser cometidos durante, o en conexión con una guerra;
2. Los actos han de realizarse contra cualquier población civil, lo que incluye a los propios nacionales y a los nacionales de terceros países;
3. Se trata de delitos cometidos por personas que actúan en interés del Estado. Así se desprende de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 6, donde se establece que el Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar los delitos que a continuación se enumeran cometidos por personas “en interés de los países europeos del Eje”.

Con alcances similares a los establecidos por el Tribunal Militar de Núremberg, la categoría de crímenes de lesa humanidad también se incluyó en el artículo 5 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, cuya base jurídica fue un decreto del Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas Douglas MacArthur, del 19 de enero de 1945. Allí se disponía: *“Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan.”*

Como se desprende de la descripción que de los crímenes de lesa humanidad formula el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, una de las diferencias que presenta respecto de la que contenía el Estatuto del Tribunal de Núremberg, se refiere a la exclusión de los *“religious grounds”* entre los motivos de persecución sancionados,

dado que, a diferencia del caso europeo –básicamente de los judíos en Europa-, no hubo persecuciones bajo esa motivación en el Extremo Oriente. La definición, por tanto, variaba con relación a qué se quería o debía perseguir en cada caso y lugar.

III.2 Evolución posterior del concepto de crímenes contra la humanidad. Concepto actual. Su codificación en el Estatuto de Roma

La desvinculación de los crímenes de lesa humanidad del contexto del conflicto armado, sería el primer cambio que reclamaría la doctrina para su concepto. Ya en la Ley N° 10 del Consejo del Control Aliado del 20 de diciembre de 1945 se prescindió en la descripción de los crímenes contra la humanidad de la exigencia de su conexión con los crímenes de guerra o con el crimen contra la paz. La tarea de desvincular al crimen de lesa humanidad del contexto bélico en el que había nacido, exigía la elaboración de un concepto nuevo.

El próximo mayor desarrollo en la codificación de los crímenes de lesa humanidad se daría con la adopción por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de los Estatutos de los tribunales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Rwanda (TPIY y TPIR), en 1993 y 1994, respectivamente.

La definición de los crímenes de lesa humanidad en cada uno de dichos instrumentos contiene una lista de actos inhumanos, precedidos por un encabezado que describe las circunstancias bajo las cuales la comisión de dichos actos asciende a un crimen de lesa humanidad. Ambos Estatutos presentan diferencias sustanciales; en el caso del ETPIY, se sugiere que el nexa con el conflicto armado sigue siendo un requerimiento del tipo penal, mientras que el ETPIR se requiere de un motivo discriminatorio⁷⁵. Sin lugar a dudas, la creación de los tribunales allanó el camino para el desarrollo de un cuerpo jurisprudencial sobre los crímenes de lesa humanidad, que guiaría a los delegados que se reunirían en la Conferencia de Roma en cuyo marco se adoptaría el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Robinson, 1999: 45).

⁷⁵ Resulta sorprendente que, a pesar de la práctica unanimidad en la doctrina sobre la independencia de los crímenes contra la humanidad respecto de la situación de guerra, el art. 5 del Estatuto del TPIY, a diferencia del artículo 3 del Estatuto de TPIR, continúe vinculándolos a la existencia de un conflicto armado.

El proceso de codificación de estos crímenes culminó con la adopción del Estatuto de Roma a través del cual se creó la CPI en el año 1998⁷⁶, el que en su artículo 1º dispone que la jurisdicción de la Corte se remite a los crímenes más graves de trascendencia internacional, entre los que enumera, además del crimen de genocidio, de los crímenes de guerra y del crimen de agresión, a los crímenes de lesa humanidad. El artículo 7 del citado Estatuto define a los crímenes de lesa humanidad en los siguientes términos:

“A los efectos del presente Estatuto se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;*
- b) Exterminio;*
- c) Esclavitud;*
- d) Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) Tortura;*
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;*
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;*
- i) Desaparición forzada de personas;*
- j) El crimen de apartheid;*
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.*

Por su parte, el párrafo segundo del mismo artículo, contiene las definiciones sobre los actos enumerados en el primer párrafo, caracterizando, en primer lugar, al ataque contra la población civil constitutiva de un crimen de lesa humanidad del siguiente modo: *“2. A los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea*

⁷⁶ Un grupo de destacados expertos internacionales, han elaborado un Proyecto de Convención internacional para la Prevención y Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad. Véase la propuesta de convención en <http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity>. Último acceso, marzo 2015.

de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.”⁷⁷

⁷⁷ El párrafo 2º del artículo 7, a continuación dispone: “b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.”

III.2.1 El contexto funcional

El artículo 7 del ECPI se compone de un encabezado o preámbulo y de una lista de actos inhumanos constitutivos de crímenes de lesa humanidad. El encabezado o preámbulo define el “contexto funcional” en el marco del cual la comisión por parte de una persona de los actos inhumanos allí enumerados es constitutiva de un crimen de lesa humanidad. La realización de, al menos, una de las acciones (hechos individuales) enumeradas del punto a) al k) del artículo 7 del ECPI, deben ser materializadas en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho global) de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política. Los hechos individuales deben, por tanto, formar parte de una relación funcional de conjunto, lo que implica su realización en un determinado contexto funcional, que se ha denominado cláusula umbral o *threshold test* (Werle, 2005: 355). Además, se desprende del mencionado preámbulo el hecho de que deja de ser necesario el nexo con un conflicto armado y con una intención discriminatoria especial.

La doctrina ha interpretado que el contexto funcional en el que se cometen los crímenes de lesa humanidad les otorga el “elemento internacional” que determina que cierta conducta criminal tenga una especial repercusión y sea motivo de preocupación internacional. La razón fundamental de la “internacionalización” de estos delitos fue su especial gravedad, a menudo acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas nacionales de justicia penal para procesarlos (Schabas, 2007, 83).

También se ha señalado en la doctrina especializada que los componentes del contexto cumplen la función imprescindible de delimitar aquellos crímenes que por sus características ofenden a la comunidad internacional en su conjunto y afectan la paz y seguridad internacionales, de aquellos hechos cometidos de modo aislado, individual o aleatorio y que, por lo tanto, no alcanzan a quedar comprendidos en esta categoría del derecho internacional⁷⁸. Considerando la trascendente función que cumple el contexto

⁷⁸ Bassiouni destaca que el elemento político es necesario, por ejemplo, para evitar expandir los crímenes de lesa humanidad a actores no estatales involucrados en el crimen organizado u otras actividades criminales transnacionales, así como para evitar extender la noción de crímenes de lesa humanidad para incluir

funcional a la hora de diferenciar delitos comunes de crímenes de derecho internacional, será crucial en nuestro análisis establecer si se verifican los elementos que componen dicho contexto funcional en el caso de las organizaciones guerrilleras analizadas. Dicho contexto que, a manera de preámbulo, introduce la aludida lista de actos inhumanos, está integrado por una serie de elementos:

- a) El ataque debe ser generalizado o sistemático (elemento material u objetivo);
- b) El ataque debe ser dirigido contra la “población civil”;
- c) El autor debe tener conocimiento del ataque (elemento subjetivo);
- d) El ataque debe ser llevado a cabo de acuerdo a la política de un Estado o de una organización (elemento político).

A continuación, pasaremos a describir los elementos que conforman el “contexto funcional” en el que deben cometerse los crímenes de lesa humanidad:

- a) El ataque debe ser generalizado o sistemático

El artículo 7 del ECPI convierte en crimen de lesa humanidad a los actos individuales enumerados en dicha disposición, en tanto cumplan con el test de generalidad o sistematicidad. Esta prueba se propone garantizar que los actos individuales, aislados o aleatorios, no queden comprendidos en un crimen de estas características.

En la jurisprudencia de los tribunales internacionales se ha señalado que este requisito está dirigido a implicar crímenes de una naturaleza colectiva y, por ello, a excluir los actos singulares o aislados que, aunque puedan constituir crímenes de guerra o crímenes contra la legislación penal nacional, no alcanzan el nivel de crímenes de lesa humanidad⁷⁹. Se

conductas reguladas por la legislación criminal doméstica. (Traducción no oficial). Bassiouni, M. Cherif. “Crimes against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application”, Cambridge University Press, 2011. pág. 41.

⁷⁹ TPIY, “Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a. Dule”, (*Opinion and Judgment*), 7/5/1997, párr. 644.

excluye, por tanto, un acto inhumano aislado cometido por un autor que actúe por propia iniciativa y dirigido contra una víctima única⁸⁰.

De la jurisprudencia internacional se desprende que el término “generalizado”, goza más bien de un sentido cuantitativo, aludiendo a la escala del ataque y al número de víctimas⁸¹, mientras que el término “sistemático”, tiene un significado cualitativo que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica.

La jurisprudencia internacional siempre ha optado por una lectura disyuntiva o alternativa de estos elementos, es decir, se ha sostenido que el “ataque” bien podría ser generalizado o sistemático, pero no necesariamente ambas cosas a la vez⁸². Sin embargo, el artículo 7 parece oscurecer esta aparente clara interpretación de la definición del elemento material u objetivo del contexto, pues en su párrafo 2.a) establece que se entenderá por ataque a una población civil “*una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (...), de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*”. Esta definición reemplaza el término “generalizada” por “la comisión múltiple de actos” y el adjetivo “sistemático” por “política de un Estado o de una organización”. Sin embargo, lo más importante ya no es el significado aislado que aporta cada uno de estos elementos expresados de modo alternativo, sino el que adquieren al interconectarse, en la medida en que la “comisión múltiple” debe basarse en una “política”. Esto significa, como veremos, que el elemento político resulta indispensable y su ausencia no puede ser compensada, por ejemplo, con un número particularmente elevado de actos o víctimas. En otras palabras, la mera cantidad no convierte una serie de actos en crímenes de lesa humanidad, de lo contrario, por ejemplo, los asesinatos cometidos por un asesino en serie, podrían calificarse como tales por el mero hecho de haberse cometido a gran escala.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 648.

⁸¹ TPIY, “*Prosecutor v. Tihomir Blaskic*”, 3/3/2000, n° 206. De la jurisprudencia de la CPI también se desprende que el elemento definitorio importante es el número de víctimas, no el número de actos (“*Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo*”, Doc. No. ICC-01/04-01/07-717, *Decision on the Confirmation of Charges*, para. 395).

⁸² *Ibidem*, n° 207

b) El ataque debe ser dirigido a la población civil

La referencia a que el ataque se dirija contra una población civil implica, en primer término, que el crimen de lesa humanidad debe tener una víctima colectiva. Según afirma D'Alessio, la calificación de civil de la población tiende a excluir los actos dirigidos contra las fuerzas opuestas en un conflicto armado, pero no importa que quien sea militar, por el solo hecho de serlo, quede excluido de los posibles sujetos pasivos de este delito (D'Alessio, 2008: 24). A ese respecto, el TPIY ha señalado que la expresión "civil" debe interpretarse de modo que incluya una definición amplia del término. En el caso "Blaskic" se señaló:

*"... el argumento de que actos de violencia perpetrados sistemáticamente o en gran escala contra una población no deben ser calificados de crímenes contra la humanidad sobre la sola base de que las víctimas eran soldados y sin prestar atención al hecho de que eran no combatientes cuando los crímenes fueron cometidos, no se encuentra en conformidad ni con la letra ni el espíritu del art. 5° del Estatuto. Los términos de esta previsión legal no son en manera alguna restrictivos a este respecto puesto que [esa calificación] se aplica a los actos dirigidos contra cualquier población civil. En lo que hace al espíritu del texto, debe recordarse que lo específico de un crimen contra la humanidad resulta no de la condición de la víctima sino de la escala y organización en la que debe haber sido cometido"*⁸³.

También ha dicho el TPIY en el caso "Tadic" que no es necesario que la víctima sea toda la población, sino que basta con que sea un grupo de ella, y que la referencia a su naturaleza civil sólo importa que lo sea de modo predominante⁸⁴. Respecto de la calidad de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad, la Cámara Criminal de la Corte de Casación Francesa afirmó en el caso "Barbie" que los integrantes de las fuerzas de la resistencia podían constituir víctimas de crímenes de lesa humanidad, criterio que mantuvo en el caso "Touvier"⁸⁵.

⁸³ TPIY, "Prosecutor v. Tihomir Blaskic", ya citado nota 81, para. n° 208.

⁸⁴ TPIY, "Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a. Dule", ya citado nota 79, para. n° 638.

⁸⁵ Citados por Andrés D'Alessio, en Los Delitos de Lesa Humanidad, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008. En "Blaskic", se afirmó que ése fue el origen del art. 212-1 del Código Penal francés, a tenor del cual: "Cuando los actos previstos en el art. 212-1 se cometan en tiempo de guerra, en ejecución de un plan

Como hemos afirmado, esta característica de no constituir “actos individuales aislados o fortuitos”, sino el resultado de un deliberado intento apuntado contra una población civil es la que determina, según el TPIY, que estos delitos repugnen a la conciencia de la humanidad y justifica la intervención de la comunidad de naciones para castigarlos.

c) Conocimiento por el autor de las circunstancias de su acto

El elemento subjetivo del conocimiento por parte del autor de que su acción integra un ataque que es producto de una política (*mens rea* en los sistemas de habla inglesa), importa, que no existirá crimen de lesa humanidad, aunque el acto coadyuve a ese ataque, sin que el sujeto activo tenga una clara representación de ese resultado como consecuencia de su conducta. Es opinión de D’Alessio que, por ello, los crímenes de lesa humanidad son necesariamente dolosos (D’Alessio, 2008: 22).

En el caso “Blaskic”, el TPIY definió este elemento subjetivo sobre la base de tres circunstancias: 1) el acusado debe tener conocimiento general del contexto en que su acto se produce y, luego, del nexo entre su acción y ese contexto⁸⁶; 2) no se requiere, en cambio, que haya perseguido todos los elementos del contexto, es suficiente que, a través de las funciones que él voluntariamente aceptó, haya asumido conscientemente el riesgo de tomar parte en la implementación de ese contexto⁸⁷; y 3) que esos elementos resulten probados al menos por: a) las circunstancias históricas y políticas en las que los actos ocurrieron; b) las funciones del acusado cuando el acto fue cometido; c) sus responsabilidades dentro de la organización militar o política; d) la relación directa e indirecta entre la jerarquía militar y política; e) los fines y la gravedad de los actos perpetrados; y f) la naturaleza de los crímenes cometidos y el grado en que ella sea de conocimiento común”⁸⁸.

concertado contra aquellos que combaten el sistema ideológico en nombre del cual se perpetran crímenes contra la humanidad, son castigados con reclusión criminal a perpetuidad”.

⁸⁶ TPIY, “Prosecutor v. Tihomir Blaskic”, ya citado *supra* nota 81, para. n° 247.

⁸⁷ *Ibidem*, para. n° 251.

⁸⁸ *Ibidem*, para. n° 259.

d) Elemento político: la política detrás de la comisión de crímenes de lesa humanidad

La existencia de una política en el marco de la cual se cometan crímenes de lesa humanidad ha sido el componente del “contexto funcional” que se ha señalado como aquel que le otorga el carácter internacional a estos delitos⁸⁹, en tanto la existencia de un plan preconcebido o política pergeñada dirigida contra la población civil importa que repugnen a la conciencia de la humanidad y justifiquen la intervención de la comunidad internacional para castigarlos, a partir de la renuencia o la incapacidad de los sistemas nacionales de justicia penal para procesarlos. Dicho elemento reviste crucial importancia dado que permite diferenciar los delitos perseguibles por los sistemas nacionales de justicia de los crímenes del derecho internacional, por lo cual, como hemos aseverado, será crucial en nuestro análisis a efectos de establecer la factibilidad de la atribución de responsabilidad penal individual a los integrantes de las organizaciones guerrilleras analizadas por la supuesta comisión de crímenes internacionales.

El elemento político ha ido cambiando a lo largo de su historia, pero siempre se ha requerido algún tipo de contexto en el cual se cometan los crímenes de lesa humanidad por medio de un vínculo a una autoridad o poder, ya sea un Estado o una organización. La doctrina refiere que del mismo modo en que los crímenes de guerra deben guardar relación con las operaciones bélicas, los crímenes de lesa humanidad deben ser cometidos en el marco de una acción masiva o sistemática, dirigida, organizada o tolerada por el poder político de *iure* o de *facto* (Gil Gil, 1999: 123). De ello se deduce que el ejercicio del poder político en sus diversas formas debe estar presente en el accionar del sujeto activo de un crimen de lesa humanidad.

La historia de los trabajos preparatorios del ETMI de Núremberg evidencian la atención puesta en la “política de atrocidades y persecuciones contra la población civil”, descriptas como una “política del terror” y una “política de persecución, represión y asesinato de

⁸⁹ En opinión de Cassese, en el caso de los crímenes de lesa humanidad, el elemento internacional está dado por el carácter generalizado o sistemático del ataque contra la población civil. En: “International Criminal Law”, segunda edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2008.

civiles” (Bassiouni, 1992: 756). Este elemento político se ha visto reflejado subsiguientemente en las labores de la CDI, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en el que se contempla que los crímenes de lesa humanidad deben ser “instigados o dirigidos por un Gobierno, una organización o grupo”. La CDI, en sus comentarios, hace notar que es dicha dirección o instigación la que le otorga al acto su gran dimensión y lo transforma en un crimen de lesa humanidad⁹⁰.

El elemento político ha sido reafirmado, asimismo, a través de decisiones de tribunales nacionales. Tal es el caso de la jurisprudencia de la Corte de Casación Penal de Francia, en los casos “Barbie” y “Touvier”, en la que se exigió que los actos criminales debieran estar asociados y ejecutados en nombre de “una práctica o política estatal de hegemonía ideológica”. La Corte Holandesa en el caso “Menten” sostuvo que “el concepto de crímenes de lesa humanidad requiere que el crimen en cuestión forme parte de un sistema basado en el terror o constituya un vínculo con una política implementada deliberadamente contra grupos de personas”. En sentido similar, la Corte Suprema de Canadá en el caso “Finta” sostuvo que lo que distinguía a un crimen de lesa humanidad de cualquier otro crimen tipificado en el Código Penal canadiense era que los acciones de terror que constituían los elementos esenciales de dichas ofensas fueran cometidas en cumplimiento de una política de discriminación o persecución de un grupo o raza⁹¹.

d) 1 El autor de la política: Estado u organización

No ha habido discusión acerca de que, en sus orígenes, los crímenes de lesa humanidad se vincularon con la dominación totalitaria y con los órganos del Estado, actuando por sí o a través de individuos a ellos vinculados. Así, la concepción tradicional del derecho penal internacional, consideró que detrás de la comisión de crímenes del derecho internacional,

⁹⁰ A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones. Vol. II, Segunda Parte, 1996, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, comentario al Artículo 18, pág. 52.

⁹¹ Casos citados en: Defining "Crimes Against Humanity at the Rome Conference", Darryl Robinson, *The American Journal of International Law*, American Society of International Law. Vol. 93, No. 1, 1999, pp. 43-57.

en particular, de los crímenes contra la humanidad, no sólo debía existir una política, sino que esa política debía ser la de un Estado (Bassiouni, 2011: 40). La opinión prevaleciente era que los crímenes de lesa humanidad, por ser crímenes de naturaleza colectiva, implican la política de un Estado pues su comisión requiere del uso de instituciones, personal y recursos estatales para cometer o dejar de prevenir su comisión.

Hasta la Segunda Guerra Mundial, de manera general, eran agentes estatales quienes perpetraban crímenes masivos contra la población civil como producto de una política estatal, utilizando, generalmente, uno o más segmentos del aparato público, incluyendo sus fuerzas armadas, policiales, unidades paramilitares, y otros elementos de la burocracia civil. Desde la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, actores no estatales se han involucrado crecientemente en prácticas de victimización masiva de civiles en el contexto de conflictos de carácter no internacional o conflictos puramente internacionales. En muchos casos, estos ataques masivos contra la población civil pueden alcanzar el nivel de crímenes de lesa humanidad. Bassiouni cita como ejemplos, los crímenes de lesa humanidad cometidos por grupos paramilitares y grupos de civiles en el contexto del conflicto de la ex Yugoslavia, así como los cometidos por los civiles Hutus, incitados a cometer genocidio y otros crímenes de lesa humanidad, contra los civiles Tutsi (Bassiouni, 2011: 40). Estos conflictos revelaron hechos nuevos que no estuvieron contemplados en la Carta de Londres y que no quedaron comprendidos en el artículo 6(c) del ETMI.

Los desarrollos del derecho penal internacional posteriores a la Carta de Londres, particularmente, el artículo 7 del Estatuto de la CPI⁹², ampliaron la definición establecida

⁹² Ni el artículo 5 del Estatuto del TPIY, ni el artículo 3 del Estatuto del TPIR, que respectivamente definen a los crímenes de lesa humanidad sobre los cuales serán competentes dichos tribunales, hacen referencia expresa al llamado “elemento político” de este tipo de crímenes. El artículo 3 del Estatuto del TPIY señala: “*Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: [...]*”. Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del TPIR dispone: “*Crímenes de lesa humanidad. El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: [...]*”

en el artículo 6(c) del ETMI, al asociar la comisión de los crímenes de lesa humanidad con la política de un Estado, pero también, a la de una organización. Desde entonces, se ha planteado un caluroso debate académico y jurisprudencial acerca de qué tipo de organizaciones quedan encuadradas dentro de aquellas que son capaces de diseñar una política en el marco de la cual puedan cometerse este tipo de crímenes. Es por ello que nos ocuparemos, a continuación, del análisis de las características que deben presentar las organizaciones no estatales capaces de implementar la política que contextualiza la ejecución de los crímenes de lesa humanidad en tanto tiene relación directa con el problema referido a la factibilidad jurídica de la persecución penal de los integrantes de las organizaciones guerrilleras que se desarrollaron en la República Argentina durante la década del setenta, que podemos caracterizar como organizaciones no estatales.

d) 2 Las organizaciones no estatales como autores de la política detrás de la comisión de crímenes de lesa humanidad

Las posturas acerca de qué tipo de organizaciones se encuentran comprendidas dentro de aquellas capaces de desarrollar una política en el marco de la cual se lleven adelante crímenes de lesa humanidad se encuentran, en la actualidad, en extremo divididas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional. Sólo a los efectos metodológicos las clasificaremos en: negatorias, restrictivas y amplias.

a. Posiciones negatorias

Las posiciones a las que denominamos negatorias parten del supuesto de que sólo las organizaciones estatales pueden configurar un contexto propicio para la comisión de crímenes de lesa humanidad. La derivación natural de esta posición es que a los crímenes masivos cometidos en el marco de una política implementada por una organización no estatal debería serle aplicada la normativa de derecho penal interno, sin importar las características sustanciales de la agrupación, como el control de hecho sobre un territorio o la capacidad de aplicar un programa análogo al gubernamental. Esta línea de pensamiento ha sido sostenida por el prestigioso académico Cherif Bassiouni en su obra *The Legislative*

History of the International Criminal Court publicada en el año 2005. En su comentario, el autor analizaba los argumentos referidos a la posibilidad de encuadrar los atentados del 11 de septiembre de 2001 en territorio de los Estados Unidos cometidos por la organización terrorista Al'Qaeda en algunas de las categorías de los crímenes del derecho internacional. En tal sentido, el autor concluye enfáticamente que los delitos cometidos por la referida organización no califican como crímenes de lesa humanidad ni como crímenes de guerra, y que el artículo 7 del Estatuto de Roma no introdujo un nuevo desarrollo que habilite a extender la categoría de los crímenes de lesa humanidad a los actores no estatales. Según el autor, dicha norma se refiere exclusivamente a la política de un Estado y no está dirigida a los actores no estatales. Literalmente, allí expuso:

“Contrary to what some advocates advance, Article 7 does not bring a new development to crimes against humanity, namely its applicability to non-state actors. If that were the case, the mafia, for example, could be charged with such crimes before the ICC, and that is clearly neither the letter nor the spirit of Article 7. The question arose after 9/11 as to whether a group such as al-Qaeda, which operates on a worldwide basis and is capable of inflicting significant harm in more than one state, falls within this category. In this author's opinion, such a group does not qualify for inclusion within the meaning of crimes against humanity as defined in Article 7, and for that matter, under any definition of that crime up to Article 6(c) of the IMT, notwithstanding the international dangers that it poses.... The text [of article 7(2)] clearly refers to state policy, and the words "organizational policy" do not refer to the policy of an organization, but the policy of a state. It does not refer to non-state actors...”⁹³

Apartándose de la opinión expuesta, en el minucioso estudio sobre el elemento político de los crímenes de derecho internacional *“State Policy as an Element of International Crimes”*, el académico William Schabas señala que quizás Bassiouni haya llevado la cuestión demasiado lejos e interpreta que en la visión de este último, el término “organización” contenido en el artículo 7 del Estatuto de Roma estaría pensado para comprender órganos pertenecientes a la estructura de un Estado, tales como la Gestapo y la SS (Schabas, 2008: 973).

⁹³ Bassiouni, Cherif, *The Legislative History of the International Criminal Court*, 2005, citado por Schabas, William, en *“State Policy as an Element of International Crimes”*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, Issue 3, Spring, 2008, pp. 972-973.

b. Posiciones restrictivas

La evolución del tema de los autores de crímenes internacionales ha llevado a considerar que existe la posibilidad de extender la imputación de crímenes de lesa humanidad a personas que no son agentes estatales sólo cuando ellas pertenezcan a una organización que presente determinadas características que permitan asimilarla al Estado, es decir, que ejerza efectivamente dominio sobre cierto territorio con poder suficiente para aplicar un programa análogo al gubernamental, lo cual resultaría necesario para la ejecución de este tipo de acciones criminales. Esta posición, a la que denominamos restrictiva, centrada en considerar que sólo determinadas organizaciones pueden ser asimiladas a un Estado a los fines de la comisión de crímenes internacionales, ha sido claramente respaldada a nivel académico. En dicha línea de pensamiento, podemos citar al profesor William Schabas, autor que considera que tanto el elemento político en general, como el concepto de organización en particular, ofrecen la clave para diferenciar verdaderos crímenes de lesa humanidad de aquellos crímenes graves de derecho interno cometidos por bandas o grupos de crimen organizado (Schabas, 2008: 960). El autor destaca que en los orígenes del concepto en Núremberg era claro que el sentido del reconocimiento de los crímenes de lesa humanidad obedeció a la necesidad de sancionar los ilícitos que habían sido autorizados o tolerados por las autoridades del Gobierno alemán y que, a lo largo de las décadas, su razón de ser se ha sustentado en el hecho de que dichos crímenes no son perseguidos en el Estado que debe ejercer jurisdicción, por el involucramiento o la aquiescencia del propio Estado en su comisión. Schabas destaca que no existe el mismo problema de impunidad respecto de los actores no estatales, dado que la mayoría de los Estados tienen la voluntad y son capaces de perseguir penalmente a grupos terroristas, rebeldes, mafias, bandas y asesinos seriales que operan dentro de sus fronteras. En esos casos, sostiene el autor, el problema radica más en la necesidad de establecer canales de cooperación internacional que en definir o tipificar los actos como crímenes internacionales (Schabas, 2008: 974).

En esta misma línea de pensamiento, Kress aboga por mantener una interpretación restrictiva del término “organización” del artículo 7.2 (a) del ECPI, sobre la base de tres argumentos. Por un lado, sostiene que ello aseguraría que la aplicación del artículo 7 del Estatuto permanezca dentro de los límites del derecho internacional consuetudinario. Tal

interpretación restrictiva, incluso, mantendría la íntima vinculación entre el derecho penal internacional relativo a los crímenes de lesa humanidad y el derecho internacional de los derechos humanos, dado que las obligaciones bajo esta última rama del derecho internacional sólo incumben a los Estados o a entidades que hayan actuado con el consentimiento o tolerancia del Estado. Por último, destaca que esta posición permitiría mantener la coherencia con los requisitos exigidos para calificar a las partes involucradas en un conflicto armado interno, para las cuales se requiere que ejerzan un poder político por el cual controlen parte del territorio en el que se desenvuelven, en ejercicio de un rol análogo al estatal (Kress, 2010: 162 – 163).

La jurisprudencia proveniente de los tribunales penales internacionales también evidencia la evolución que se viene expresando en el tema. La posición a la que hemos denominado restrictiva ha sido sostenida en recientes decisiones de la CPI, aunque de manera minoritaria. El juez de dicho tribunal internacional Hans-Peter Kaul, en su voto en disidencia en el caso “Situación en la República de Kenia”⁹⁴, señaló que sólo aquellas organizaciones asimilables a un Estado pueden dar lugar a una política que permita subsumir hechos delictivos individuales en crímenes de lesa humanidad.⁹⁵

En el ámbito de la jurisprudencia nacional, el tema del tipo de las organizaciones capaces de diseñar la política que subyace a la comisión de crímenes de lesa humanidad, ha sido analizado en algunas de las causas judiciales en las que se juzgó la responsabilidad penal de los integrantes del régimen de facto que condujo la última dictadura militar en nuestro país, en las cuales se ha abordado la cuestión *obiter dictum*. La histórica sentencia que declaró sin efecto jurídico las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, adoptada el 14 de junio de 2005 en la caso “Simón”⁹⁶, constituyó una oportunidad para abordar el tema. La

⁹⁴ CPI, SCP II, Situación en la República de Kenia, “*Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*”, ICC- 01/09, 31 de marzo de 2010, párra.66 de la disidencia del Juez Hans-Peter Kaul

⁹⁵ Para un análisis crítico de la decisión dictada por la CPI en “Situación en la República de Kenia”, ver Claus Kress: “*On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement*”. *Leiden Journal of International Law*, 23. 2010, pp. 855-873.

⁹⁶ CSJN, Causa N° 17.768, “*Recurso de Hecho: Simón, Julio Héctor s/ Privación de la libertad y otros*”, sentencia del 14 de junio de 2005.

sentencia de la CSJN, abunda en sus diversos votos en consideraciones referidas a las características de las “organizaciones” cuyos integrantes podrían ser juzgados por la comisión de crímenes de lesa humanidad. El Dr. Lorenzetti no descarta la posibilidad de que los integrantes de organizaciones no estatales sean sujetos activos de este tipo de crímenes, pero señala que debe estar presente en ellas una capacidad o poderío similar al estatal que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas con las que se pretenda asegurar su impunidad. Así, expresó:

“No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que solo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad”⁹⁷.

En términos similares, la Dra. Carmen Argibay ha sostenido:

“... el criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental. La única posibilidad de extender la imputación de delitos de lesa humanidad a personas que no son agentes estatales es que ellas pertenezcan a un grupo que ejerce el dominio sobre un cierto territorio con poder suficiente para aplicar un programa, análogo al gubernamental, que supone la ejecución de las acciones criminales (Bassiouni, Cheriff M., Crimes Against Humanity in Internacional Criminal Law, Kluwer Law Internacional, La Haya, 1999, Capítulo 6, especialmente pp. 243/246 y 275)”⁹⁸.

Un año antes de la emblemática sentencia dictada en la causa Simón, la CSJN arribó a conclusiones similares en cuanto a las características de las “organizaciones” a partir de la interpretación del requisito de la “conformidad con la política de un Estado u

⁹⁷ Ibídem, voto del Dr. Lorenzetti, considerando 13.

⁹⁸ Ibídem, voto de la Dra. Argibay, considerando 10.

organización” previsto en el artículo 7 del ECPI. En la causa: *“Derecho, René Jesús s/ Incidente de prescripción de la acción”*⁹⁹, a la hora de analizar una serie de hechos ilícitos protagonizados en el año 1998, que habían comprendido una detención ilegal, la aplicación de golpes y la privación de medicamentos a una persona privada de su libertad bajo la custodia de miembros de la Policía Federal, sobre la base del Dictamen producido por el Procurador General de la Nación, consideró que una organización, en el sentido de la norma del ECPI citada, debe ser una que ejerza “dominio cuasi estatal”, esto es, que cumpla “roles de un Estado” o que sea semejante a un Estado. Como señala Malarino: *“Aunque el fallo negó finalmente en el caso concreto la existencia de un crimen de lesa humanidad, sienta una importante doctrina para analizar en particular las conductas de la guerrilla y el paramilitarismo”* (cita en original omitida) (Malarino, 2008: 426). En lo que aquí nos interesa, la CSJN expresamente señaló:

*“En efecto, al referirse allí a “una organización” como uno de los entes que también, junto al Estado, pueden ser quien siga o promueva una política de ataque a la población civil, no se hace referencia a cualquier organización, como la que podría constituir un órgano del poder ejecutivo. Se trata en realidad de un término que engloba a “organizaciones” cuando su posición en la disputa por el poder sea de tal magnitud que pueda hablarse de un cuasi control del territorio por su parte, o por parte de grupos insurrectos en lucha pareja por el control del Estado (cfr. Parcialmente coincidente con esta interpretación del término “organización”, aunque ampliándola considerablemente, Arsanjani, Mahnoush H., *The Rome Statute of the International Criminal Court*, en *American Journal of International Law*, enero 1999, p. 22 y ss., p. 31). De la misma manera lo expresa Krebs, al interpretar que detrás de los crímenes de lesa humanidad debe estar un ente colectivo, aunque no sea necesariamente estatal; el autor interpreta, sin embargo, que según la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, que sirvió de referencia a los delegados en la discusión del Estatuto, debía tratarse exclusivamente de organizaciones semejantes a un Estado, que ejerzan control fáctico sobre un territorio (Claus Krebs, *Romisches Statut des Internationalen ...*)”*¹⁰⁰

⁹⁹ CSJN, Causa N° 24.079, *“Derecho, René Jesús s/ Incidente de prescripción de la acción”*, sentencia del 11 de julio de 2007.

¹⁰⁰ El párrafo transcrito pertenece al Dictamen del Procurador General de la Nación en la Causa N° 24.079. En su sentencia, la CSJN, señala que comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del mismo, a cuyos términos se remite.

De las argumentaciones expuestas en el desarrollo de las causas judiciales citadas es posible concluir que la CSJN admite que en el estadio actual del derecho internacional es posible considerar que, además del Estado, ciertas “organizaciones no estatales” están comprendidas dentro de aquellas capaces de desarrollar una política dirigida a atacar a la población civil que pudiera ser constitutiva de crímenes internacionales, en particular, crímenes de lesa humanidad, siempre y cuando su posición en la disputa por el poder sea de tal magnitud que pueda hablarse de un cuasi control del territorio por su parte, o por parte de grupos insurrectos en lucha pareja por el control del Estado. De ello se colige que el ejercicio del poder político (de *iure* o de *facto*), sea que provenga del Estado o de una organización no estatal, debe ser capaz de suprimir la institucionalidad que resulta necesaria para juzgar y sancionar los delitos cometidos en cumplimiento de la misma, cuya concreción y efectividad habilitaría la aplicación subsidiaria del derecho penal internacional.

c. Posiciones amplias

En una tendencia que más recientemente se dirige a minimizar el significado del elemento político de los crímenes de lesa humanidad, se pueden identificar una serie de posturas, a las que denominamos amplias, que no sin críticas, han sido defendidas tanto por algunos académicos como por cierta jurisprudencia internacional. Ellas tienen en común el hecho de considerar que el artículo 7 del Estatuto de Roma hace referencia a todo tipo de organizaciones. En esa línea de pensamiento, ya en la resolución del TPIY dictada en el caso Tadic se afirmaba:

“Una cuestión adicional se refiere a la naturaleza de la entidad que está detrás de la política. La concepción tradicional era, realmente, que no sólo debía existir una política, sino que esa política debería ser de un Estado, como fue el caso en la Alemania nazi. La opinión prevaleciente era, tal como la explica un comentarista, que los crímenes contra la humanidad, por ser crímenes de naturaleza colectiva, requieren de una política de Estado “pues su comisión necesita el uso de instituciones, personal y recursos estatales para cometer o dejar de prevenir la comisión de los crímenes específicos descritos en el art. 6.c [de la Carta de Nuremberg]. Si bien esto pudo ser cierto durante la Segunda Guerra Mundial, y consecuentemente la jurisprudencia seguida por los tribunales que decidían sobre los cargos de crímenes contra la humanidad basados en hechos supuestamente ocurridos durante ese período, eso no es más así. El derecho relativo a los

crímenes de lesa humanidad se ha desarrollado para tomar en cuenta fuerzas que, a pesar de no ser del gobierno legítimo, tienen control “de facto”, o pueden moverse libremente, en un determinado territorio. El fiscal en su memorial anterior al juicio argumenta que bajo el derecho internacional pueden cometerse crímenes de lesa humanidad por parte de organizaciones que ejerzan un control “de facto” sobre un territorio particular pero sin el reconocimiento internacional o formal estatus de un estado “de iure”, o por un grupo u organización terrorista, la defensa no cuestiona esa aseveración, está de acuerdo con recientes afirmaciones acerca de los crímenes de lesa humanidad”¹⁰¹.

En el precedente citado, el TPIY señala como antecedente al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad preparado por la CDI de Naciones Unidas del año 1996, en cuyo artículo 18 sobre los crímenes de lesa humanidad se incluyen como posibles autores de la política que subyace a dichos crímenes no sólo a un “gobierno”, sino también a una “organización política” o, incluso, a un “grupo”. En el comentario al artículo 18 del Proyecto, la CDI explicita que la alternativa propuesta por la norma tiene por objeto excluir el caso de que una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar un plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno o de un grupo u organización. La CDI parece señalar que el elemento trascendente para diferenciar una conducta criminal aislada de una sola persona de un crimen de lesa humanidad reside en la existencia de una “política” de dirección o instigación que puede provenir de cualquier entidad. Para finalizar su comentario al artículo 18, la CDI señala: *“La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado”*.¹⁰²

Dentro de las posiciones amplias que se han expresado en el contexto de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, podemos citar la que refleja la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en la apertura de la investigación en la “Situación de Kenia”, también expuesta en los casos Ruto¹⁰³ y Muthaura¹⁰⁴. Allí se ha planteado que toda

¹⁰¹ TPIY. Caso “Prosecutor vs. Tadic”, ya citado nota n° 79, para. 654.

¹⁰² Ya citado, *supra* nota 90.

¹⁰³ CPI, SCP II, “Fiscal c/ Ruto, Kogsey and Sang”, (Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute), ICC-01/09-01/11-373, 23 de enero de 2012, pág. 181 y ss.

organización no estatal se encuentra, en abstracto, incluida en el artículo 7 del ECPI, y que el dato clave para analizar si efectivamente se cumple con el elemento político no reside en la naturaleza formal o sustancial de la agrupación. Por el contrario, el criterio decisivo reside en la capacidad del grupo de realizar actos que infrinjan valores humanos básicos. Asimismo, se establecieron una serie de indicadores no taxativos que pueden asistir al intérprete al momento de definir si una organización cuenta con esta capacidad. Ellos son: 1) que el grupo se encuentre sometido a un mando responsable o cuente con una jerarquía establecida; 2) que el grupo posea, de hecho, los medios para llevar adelante un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; 3) que el grupo ejerza control sobre parte de un territorio; 4) que el grupo tenga como principal fin la realización de actividades criminales contra la población civil; 5) que el grupo articule, explícita o implícitamente, una intención de atacar una población civil; 6) que el grupo sea parte de un grupo más grande, y este último cumpla con alguno de los criterios previamente mencionados.

En dicha decisión mayoritaria, se sugiere que esos indicadores, que en algunos aspectos no difieren de los propuestos por el Juez Kaul –sostenedor de la posición que denominamos restrictiva-, deberían ser analizados caso por caso para determinar si la organización posee la aptitud de infringir valores humanos básicos.

La génesis de esta postura, se remite a una nota al pie vertida en el caso Kunarac dictada por el TPIY donde se señaló que el elemento político no constituye un requisito a nivel consuetudinario para la configuración del elemento contextual que hace a los crímenes de lesa humanidad. Esta tendencia ha sido seguida por el TPIR¹⁰⁵ e, incluso, por algunos de los tribunales mixtos o internacionalizados¹⁰⁶.

III.3 Conclusión sobre el derecho internacional vigente en materia de crímenes de lesa humanidad durante la década del setenta

¹⁰⁴ CPI, SCP II, “*Fiscal c/ Muthaura, Kenyatta and Ali*”, (Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute), ICC-01/09-02/11, 23 de enero de 2012, pár.108 y ss.

¹⁰⁵ TPIR, SA, “*Fiscal c/ Semanza*”, (Judgement), ICTR-97-20-A, 20 de mayo de 2005, pár. 269.

¹⁰⁶ Sala Especial de Camboya, (Judgement), 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 de julio de 2010, pár. 301.

De la reseña doctrinaria, normativa y jurisprudencial expuesta, es posible concluir que, en los orígenes de su conceptualización en el ETMI, no ha habido discusión acerca de que los crímenes de lesa humanidad se vincularon con la dominación totalitaria y con los órganos del Estado, actuando por sí o a través de individuos a ellos vinculados. Hemos visto que la concepción tradicional del derecho penal internacional, consideraba que detrás de la comisión de crímenes de derecho internacional, en particular, de los crímenes de lesa humanidad, no sólo debía existir una política, sino que esa política debía ser la de un Estado.

Desde la Segunda Guerra Mundial en adelante, sin embargo, la participación creciente de actores no estatales en prácticas de victimización masiva de civiles, provocó consecuencias en el posterior desarrollo del derecho internacional relativo a los crímenes de lesa humanidad. A partir de entonces, éste se ha desarrollado para tomar en cuenta a actores no estatales que, a pesar de no ser del gobierno legítimo de un Estado, ejercen de *facto* funciones análogas a la estatal ejerciendo control sobre el territorio en el que se desenvuelven. Esta evolución conceptual es compatible con el carácter subsidiario que la doctrina le ha reconocido al derecho penal internacional, en función del cual debe existir una razón trascendente que justifique la excepcional intervención del derecho internacional que se producirá, por ejemplo, cuando el sistema penal de un Estado no funciona, bien porque ha sido destruido, o bien porque las instituciones carecen de legitimidad o de fiabilidad por la participación o tolerancia por parte del Estado o del poder político de *facto* en la comisión de dichos crímenes. En suma, el desarrollo de la evolución registrada en el concepto de las organizaciones capaces de desarrollar la política que subyace a la comisión de crímenes de lesa humanidad indica que si éstas no se vinculan con el Estado, deben referirse a un ente -autoridad- que ejerza una dominación política análoga. Sólo bajo estas condiciones se satisface el elemento político que caracteriza a los crímenes de lesa humanidad.

Es posible afirmar, asimismo, que los desarrollos expuestos cristalizaron recién a partir de la década de los noventa del siglo veinte, a través de la práctica jurisprudencial de los tribunales internacionales *ad hoc* (TPIY y TPIR) y, fundamentalmente, a partir de la mención expresa de las organizaciones en el artículo 7 del Estatuto de la CPI. Debe

señalarse que, en lo que respecta al marco jurídico estrictamente aplicable a la CPI, y siguiendo una interpretación literal del Estatuto de Roma, parece insostenible afirmar la posición negatoria comentada más arriba, si consideramos que el texto del artículo 7 separa ambos conceptos (la política de un Estado o de una organización) con una conjunción disyuntiva, lo cual hace suponer que los redactores se referían a organizaciones distintas al Estado. Los antecedentes del debate legislativo que precedió al ECPI, dan cuenta de que los delegados en la Conferencia de Roma quisieron reflejar estos desarrollos al incluir a las organizaciones como posibles autores de la política que se encuentra detrás de la comisión de crímenes de lesa humanidad (Robinson, 1999: 43-57).

Hemos reseñado, asimismo, que las decisiones más recientes adoptadas en el seno de los tribunales penales internacionales revelan el surgimiento de una serie de posiciones jurídicas, a las que hemos denominado “amplias” dado que parten de la idea de que cualquier grupo u organización, es capaz, en principio, de llevar adelante la política que subyace a la comisión de crímenes de lesa humanidad, en una tendencia que se dirige hacia la flexibilización o el abandono total del elemento político de este tipo de crímenes. Sin dejar de reconocer el surgimiento de estos nuevos posicionamientos, prestigiosos académicos han señalado que no resultaría aconsejable que este trascendente avance en el derecho penal internacional fuera sólo promovido por la jurisprudencia internacional sin encontrarse avalado por una constante y suficiente práctica estatal (Kress, 2010: 873).

De esta evolución, surge con claridad que el derecho internacional vigente para las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte -recorte temporal de nuestra Tesis- reconocía el avance registrado en el derecho penal internacional dirigido a incluir en su ámbito de aplicación a organizaciones no estatales, siempre y cuando ellas gozaran de la capacidad suficiente para ejercer control territorial y para implementar un programa análogo al estatal.

CAPÍTULO IV

CRÍMENES DE GUERRA

IV.1 Introducción

Dentro de los argumentos esgrimidos a fin de justificar la eventual persecución penal de los integrantes de las organizaciones armadas guerrilleras analizadas, se planteó que su accionar podría encuadrarse en la categoría de los crímenes de guerra, derivando de ello la consecuencia de la imprescriptibilidad como condición que habilitaría la posibilidad de su juzgamiento actual. En función de ello, resulta necesario revisar, en primer lugar, los antecedentes históricos referidos al surgimiento y desarrollo de los crímenes de guerra como categoría penal del derecho internacional y del principio de la punibilidad directa desde dicho ordenamiento jurídico por este tipo de crímenes. En particular, analizaremos el estado de la cuestión en las décadas de los setenta y ochenta del siglo veinte, a fin de identificar el derecho internacional vigente en la época de desarrollo de las mentadas organizaciones.

IV.2 Reseña sobre el derecho internacional humanitario

Desde mediados del siglo XIX, la idea de un límite a la guerra impuesto desde el derecho internacional por razones humanitarias fue ganando creciente protagonismo en los tratados internacionales. Los primeros antecedentes en la codificación de un derecho internacional humanitario a nivel internacional (también denominado “derecho de la guerra”, “derecho de los conflictos armados” o “*ius in bello*”) lo constituye la Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1864 “Para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña”. Desde entonces, se adoptaron una serie de convenios que contribuyeron al desarrollo del derecho de la guerra y de las normas sobre la conducción de las hostilidades. Sin embargo, en aquellas normas internacionales, entre las que destacan la I y la IV Convención de La Haya de 1899 y 1907 –respectivamente-, y su Reglamento anexo sobre las leyes y las costumbres de la guerra terrestre, las Convenciones de Ginebra de 1906 y las dos de 1929, sobre el trato de los prisioneros de guerra y sobre protección de

heridos y enfermos en la guerra terrestre, no se incluían figuras delictivas ni sanciones penales (Gil Gil, 1999: 82). Será, como veremos más adelante, el ETMI de Núremberg, que reguló el proceso de juzgamiento de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, el que constituirá el punto de partida para la definición de los tipos penales internacionales, entre los que se regularon, principalmente, los crímenes de guerra sobre los que dicho tribunal sería competente¹⁰⁷.

El derecho internacional humanitario no prohíbe el desarrollo de conflictos armados, sean internos o internacionales, abocándose, frente a su desencadenamiento, a humanizarlos y limitar sus efectos. Se trata de un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, que restringe, por razones humanitarias, la utilización de ciertos métodos o medios de combate (Pictet, 1990: 17 – 18). Desprovisto, por tanto, de cualquier papel legitimador, no corresponde al derecho internacional humanitario determinar las situaciones en que resulta válido el recurso a la fuerza armada, es decir, el *ius ad bellum* (o derecho a hacer la guerra). En efecto, es el derecho internacional el que contiene tales previsiones¹⁰⁸.

La doctrina reconoce dentro del marco del derecho internacional humanitario tres ramas diferenciadas: a) el “Derecho de Ginebra”, que tiene como objetivo la protección de las víctimas de la guerra: prisioneros, militares heridos, enfermos, náufragos y población civil;

¹⁰⁷ El Tribunal de Núremberg sostenía que las conductas descritas en el artículo 6.b de su Estatuto constituían delitos de derecho internacional comprendidos en instrumentos internacionales previos a 1939, entre los que cita, el Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, la Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1864 y sus revisiones de 1906 y 1929, sobre el trato a los prisioneros de guerra, el Tratado de Washington del 6 de febrero de 1922 sobre la guerra submarina y el Tratado de Londres del 22 de abril de 1930 sobre guerra marítima. Ver Alicia Gil Gil, “El Genocidio y otros crímenes internacionales”. Centro Francisco Tomás y Valiente. UNED Alzira – Valencia, 1999, pág. 83.

¹⁰⁸ El recurso a la fuerza armada se ha prohibido de manera expresa (artículo 2, inciso 4, de la Carta de las Naciones Unidas), gozando de restringidas excepciones para el caso de legítima defensa frente a un ataque armado (artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas) o cuando el propio Consejo de Seguridad decide su uso frente a una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión (Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas).

b) el “Derecho de La Haya”, que tiene como objetivo reglamentar la conducción de la guerra: métodos de combate, armas permitidas, entre otros; y 3) el “Derecho de Nueva York”, que se refiere a aquellas normas que se orientan a la adopción de mecanismos efectivos para sancionar el incumplimiento de las normas de derecho internacional humanitario. Como destaca Pastor Ridruejo, en numerosas ocasiones, sin embargo, las normas de estas tres ramas se superponen, sobre todo a partir de la elaboración de los Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra que incluyen normas relativas a la conducción de hostilidades, desdibujando la división apuntada (Pastor Ridruejo, 1999: 676 y 677). Se trata de conjuntos de normas que se completan recíprocamente, a las que no deberíamos asignarle un alcance jurídico claramente diferenciado. Sin perjuicio de lo expuesto, utilizaremos dicha clasificación al sólo efecto de ordenar la evolución del derecho internacional humanitario.

IV.2.1 Derecho de Ginebra

Tras la Segunda Guerra Mundial y la experiencia del juzgamiento por infracciones de las leyes y usos de la guerra que supuso el Juicio de Núremberg, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) asumió la tarea de desarrollar la rama del derecho internacional humanitario relativa a la protección de las víctimas -Derecho de Ginebra-, tomando como punto de partida las Convenciones de Ginebra de 1929 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de los ejércitos en campaña, el X Convenio de La Haya de 1907 para adaptar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra y el Convenio de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Fruto de dichos trabajos, la Conferencia diplomática reunida en Ginebra adoptó cuatro convenios: I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Los cuatro Convenios de Ginebra delegan en el ámbito doméstico la obligación de las Partes Contratantes de tomar todas las medidas legislativas que resulten necesarias para establecer las sanciones adecuadas que deban aplicarse a las personas que hayan cometido, o dado órdenes de cometer, alguna de las infracciones que en ellos se definen como “graves”¹⁰⁹.

El desarrollo de las nuevas tecnologías aplicadas al combate, así como la ampliación de la comunidad internacional por la incorporación de los Estados que accedieron a la independencia a partir del proceso de descolonización ocurrido en las décadas del sesenta y del setenta -Estados que no habían participado de la negociación que desembocó en los cuatro Convenios de Ginebra-, generó la necesidad de desarrollar y modernizar las normas del derecho internacional humanitario a fin de adaptarlo a estas nuevas circunstancias tecnológicas y políticas (Pastor Ridruejo, 1999: 676).

El Gobierno suizo convocó para el año 1974 a la “Conferencia de Ginebra sobre la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario”, sobre la base de los trabajos preparados por el CICR. La Conferencia concluyó sus labores con la adopción, el 8 de junio de 1977, de dos Protocolos Adicionales a los 4 Convenios de Ginebra relativos, el primero de ellos, a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y, el segundo, a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Ambos instrumentos entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978. En años más recientes, el 8 de diciembre de 2005, se adoptó el Protocolo III a las

¹⁰⁹ En particular, los artículos 49, 50, 129 y 146 de cada uno de los cuatro Convenios –respectivamente-, obligan a las Altas Partes contratantes a tomar las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar, debiendo buscar a las personas acusadas, sea cual fuere su nacionalidad, para que comparezcan ante los propios tribunales o bien para entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes. Los artículos 50 del I Convenio y 51 del II Convenio, definen de la misma manera a las infracciones graves como: *“Las infracciones graves a que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”*.

Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional, el que entró en vigor el 14 de enero de 2007.

En el marco del llamado Derecho de Ginebra es posible distinguir, entonces, dos tipos de normas, según su ámbito de aplicación: 1. el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados de carácter internacional, constituido por los cuatro Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I; y 2. el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional, constituido por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional II.

IV.2.1.i Derecho de Ginebra relativo a los conflictos armados internacionales

El ámbito de aplicación del Derecho de Ginebra relativo a los conflictos armados internacionales se extiende a: 1. los conflictos interestatales, definidos por el artículo 2º de los Convenios de Ginebra como: *“caso de guerra declarada entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”*; 2. las situaciones de ocupación: *“casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”* (artículo 2º Convenios de Ginebra); y 3. las guerras de liberación nacional: *“conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra regímenes racistas, en el ejercicio de los pueblos a la libre determinación ...”* (artículo 1, párrafo 4, Protocolo Adicional I).

La gran victoria de los Estados de reciente independencia en la “Conferencia de Ginebra sobre el Derecho Internacional Humanitario” fue la caracterización de las guerras de liberación nacional en la que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la explotación extranjera y los regímenes racistas como conflictos armados de carácter internacional, lo cual quedó plasmado a partir de su regulación en el Protocolo Adicional I.

La necesidad de adaptar la normativa del derecho internacional humanitario a la realidad impuesta por el proceso de descolonización, derivó en la ampliación del concepto de fuerzas armadas, combatientes y prisioneros de guerra hasta entonces vigente, para dar

entrada a las nuevas formas que asumían los conflictos armados, en particular, las guerras de liberación nacional, así como a sus combatientes -los guerrilleros- una de cuyas características era la dificultad de ser distinguidos de los no combatientes o de la población civil, regla básica del derecho internacional humanitario.

Así, el concepto de “fuerzas armadas” se reformularía en los términos del artículo 43.1 del Protocolo Adicional I, en el que se dispuso que forman parte de las fuerzas armadas, todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, aun en el caso en que se pertenezca a un Gobierno o autoridad no reconocidos por la parte adversa.

Por su parte, aun cuando se mantuvo la obligación de los combatientes de distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque, el artículo 44.3 agrega: *“Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las actividades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal, siempre que en esas circunstancias lleve las armas abiertamente: a) durante todo el enfrentamiento militar, y b) durante todo el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras esté tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar”*.

Consiguientemente, el Protocolo analizado va a reconocer a los “guerrilleros” - tipo de combatiente armado no regulado hasta entonces por el derecho internacional humanitario -, el trato de combatientes y de prisioneros de guerra para el caso de caer en poder del enemigo. Incluso, si el guerrillero no llevase las armas abiertamente y, por lo tanto, perdiera dicho estatus, recibirá las protecciones equivalentes a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional I (artículo 44.4 del Protocolo I), y no se considerarán como “actos pérfidos”, los actos en que concurran las condiciones enunciadas en el citado artículo 44.3¹¹⁰.

¹¹⁰ El artículo 44.3 del Protocolo Adicional I, en su último párrafo dispone: *“No se considerarán actos pérfidos, en el sentido del apartado c) del párrafo 1 del artículo 37, los actos en que concurran las condiciones enunciadas en el presente párrafo”*. Se consideran actos pérfidos, prohibidos por el artículo 37, los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que

Cabe destacar que el Protocolo Adicional I menciona de manera expresa que las infracciones graves a los Convenios de Ginebra y a dicho Protocolo, se considerarán crímenes de guerra¹¹¹, imponiendo sobre los Estados Partes la obligación de reprimir dichas infracciones, según lo disponen los artículos 85 y 86 del mismo.

tiene derecho a protección, que está obligado a concederla, de conformidad con las normas del derecho internacional aplicables en conflictos armados. El inciso c) de dicha norma, como ejemplo de perfidia, se refiere a la prohibición de simular el estatuto de persona civil, no combatiente.

¹¹¹ “Artículo 85 - Represión de las infracciones del presente Protocolo I. Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo.

2. Se entiende por infracciones graves del presente Protocolo los actos descritos como infracciones graves en los Convenios si se cometen contra personas en poder de una Parte adversa protegidas por los artículos 44, 45 y 73 del presente Protocolo, o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por el presente Protocolo, o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios que se hallen bajo el control de la Parte adversa y estén protegidos por el presente Protocolo.

3. Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud;

a) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;

b) lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii;

c) lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii;

d) hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas;

e) hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;

f) hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo.

4. Además de las infracciones graves definidas en los párrafos precedentes y en los Convenios, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo:

IV.2.1.ii Derecho de Ginebra relativo a los conflictos armados no internacionales

En lo que respecta a los conflictos armados sin carácter internacional, su regulación jurídica ha encontrado históricamente mayores dificultades al tener que enfrentarse a los dogmas clásicos de la soberanía estatal y el principio de no intervención en asuntos internos de los Estados (Gil Gil, 1999: 93). A pesar de ello, el derecho de los conflictos armados experimentó una extensión decisiva de su ámbito de aplicación, fundamentalmente, a partir de la adopción del Protocolo Adicional II de 1977, dado que hasta entonces su regulación se limitaba al artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra¹¹², norma en la que se consignan los estándares mínimos para los conflictos armados no internacionales. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra dispone:

a) el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio;

b) la demora in justificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;

c) las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal;

d) el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado b) del artículo 53 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares;

e) el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o aludida en el párrafo 2 del presente artículo de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.

5. Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra”.

¹¹² Otra norma convencional que regula los conflictos armados de carácter no internacional es la contenida en el artículo 19 de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Ésta específicamente establece: "1. En caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que haya surgido en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de esta Convención, relativas al respeto de los bienes culturales. 2. Las partes en conflicto procurarán poner en vigor, mediante acuerdos especiales, todas las demás disposiciones de la presente Convención o parte de ellas. 3. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto. 4. La

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

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

Este respecto, se prohíbe en cualquier tiempo o lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

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

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos inhumanos y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos”.

El artículo 3 común se refiere a la existencia de un conflicto armado que no sea de carácter internacional y que se desarrolle en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes. En cuanto a lo primero, se trata, de manera general, del uso de la violencia armada, vale decir, de una acción hostil, que presenta un carácter colectivo y un mínimo de organización. En cuanto al aspecto territorial, la única condición es que el conflicto armado se desarrolle en el territorio de un Estado parte de los Convenios de Ginebra, pero no se exige un control territorial determinado o duradero ni un número específico de operaciones militares o de víctimas. La aplicación de esta norma no depende de ninguna declaración o de un cumplimiento correlativo, porque se fundamenta en principios humanitarios.

aplicación de las precedentes disposiciones no producirá efecto alguno sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto”.

El artículo 3 común contiene disposiciones que constituyen reglas básicas de convivencia que no deben romperse ni siquiera en un contexto de conflicto armado sea este interno o internacional. Efectivamente, plasma principios humanitarios que constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional y reviste además un claro carácter consuetudinario por cuanto refleja las exigencias elementales de humanidad que deben ser respetadas en toda circunstancia y que han adquirido valor de reglas imperativas o *ius cogens* internacional. En ese sentido, el referido artículo 3 común establece fundamentalmente dos obligaciones. Por una parte, impone la obligación de tratar con humanidad a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que ya no pueden participar en las mismas y, por otro lado, dispone que los heridos y enfermos deban ser asistidos y recogidos. Sin embargo, el artículo 3 común no contiene ninguna referencia explícita a conductas de las partes contendientes durante el combate, ya que este precepto ofrece protección únicamente a los que no participan de manera directa en las hostilidades.

Por lo demás, el contenido del artículo 3 común coincide con las disposiciones inderogables, incluso en tiempos de “guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” (artículo 27 de la CADH), o “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación” (artículo 4 del PIDCP), -el denominado *núcleo duro* de los derechos humanos- de las principales convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Por su parte, de conformidad a lo prescrito por el artículo 1 del Protocolo Adicional II, se consideran conflictos armados no internacionales los “*que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”.

Esta definición de conflicto armado no internacional es más restringida que la consignada en el artículo 3 común en dos aspectos. Por una parte, introduce la exigencia de un control territorial tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y

aplicar el Protocolo. Por otra parte, el Protocolo Adicional II se aplica expresamente sólo a los conflictos armados entre “fuerzas armadas estatales” y “fuerzas armadas disidentes” u otros “grupos armados organizados”. Contrariamente al artículo 3 común, el Protocolo II no se aplica a los conflictos armados que ocurren sólo entre “grupos armados no estatales”.

Debe señalarse que quedan excluidas de la consideración de conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones de “tensiones internas” y “disturbios interiores”, como motines y actos esporádicos de violencia, que no constituyen conflictos armados. El CICR considera que no hay conflicto armado, sino una situación de “disturbios interiores” cuando: sin que haya conflicto armado no internacional propiamente dicho dentro de un Estado, hay un enfrentamiento que presenta cierta gravedad o duración e implique actos de violencia. Estos actos pueden ser de formas variables, desde actos espontáneos de rebelión hasta la lucha entre sí de grupos más o menos organizados, o contra las autoridades que están en el poder. En tales situaciones, que no necesariamente degeneran en la lucha abierta en la que se enfrentan dos partes bien identificadas –como se requiere en los conflictos armados sin carácter internacional-, las autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales, e incluso a las fuerzas armadas para establecer el orden¹¹³, ocasionando con ello muchas víctimas y haciendo necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias¹¹⁴. Por lo general, se ha aceptado que el umbral más bajo que figura en el Protocolo Adicional II, que excluye los disturbios y tensiones interiores de la definición de conflictos armados internos, también se aplica al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. El CICR sostiene que, aun cuando en estos casos estamos ante a una situación donde el uso de la violencia no califica como conflicto armado, debería aplicarse un mínimo o núcleo duro de reglas humanitarias¹¹⁵.

¹¹³ Para un análisis detallado de estos criterios, ver TPIY, “*The Prosecutor v. Fatmir Limaj*” (Judgment), IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párrs. 135-170.

¹¹⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja. Documento de opinión, marzo de 2008. “Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario”.

¹¹⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Las normas humanitarias mínimas aplicables en periodo de disturbios y tensiones interiores”, 1998, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, por Yamchid Momtaz.

Debe subrayarse que los Convenios de Ginebra no tienen una disposición que califique de violación grave la infracción del artículo 3 común ni que obligue a los Estados a perseguirla y sancionarla. En el Protocolo Adicional II, a diferencia de lo que ocurre en el Protocolo I, tampoco se define lo que debe entenderse por violaciones graves del mismo ni contiene la obligación de los Estados de reprimir la infracción de sus disposiciones. Las violaciones de las normas humanitarias aplicables en conflictos armados internos, en consecuencia, solamente son, en principio, sancionables según las leyes internas de los Estados Parte.

La realidad normativa surgida de los Protocolos Adicionales I y II, sobre todo en materia de asimilación de las guerras de liberación nacional a los conflictos armados internacionales y la referida a los conflictos armados sin carácter internacional, fue originalmente resistida por parte de la comunidad internacional. Si bien en la actualidad gozan de una ratificación prácticamente unánime, no fue así cuando se abrió a la firma el texto adoptado en la Conferencia de Ginebra en 1977. En el caso de la República Argentina, si bien adhirió a los dos Protocolos Adicionales el 26 de noviembre de 1986, durante el gobierno constitucional del Dr. Raúl Alfonsín, se formularon expresas declaraciones interpretativas a los artículos 43.3 y 44.1 de Protocolo I y al artículo 1 del Protocolo II¹¹⁶, de cuyo texto se desprende la intención de limitar los alcances de los

¹¹⁶ La República Argentina depositó el instrumento de adhesión a los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, el 26 de noviembre de 1986, luego de haberse sancionado la Ley 23.379 aprobatoria de dichos instrumentos en el Congreso Nacional. Al depositarse el instrumento de adhesión, nuestro país formuló las siguientes reservas y declaraciones interpretativas: *"En relación con los artículos 43, inciso I y 44 inciso I del Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) la REPUBLICA ARGENTINA interpreta que esas disposiciones no implican derogación:*

a) Del concepto de fuerzas armadas regulares permanentes de un Estado soberano,

b) De la distinción conceptual entre fuerzas armadas regulares entendidas como cuerpos militares permanentes bajo la autoridad de los gobiernos de Estados soberanos y los movimientos de resistencia a los que se refiere el artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949".

"En relación con el artículo 44, incisos 2, 3 y 4, del mismo Protocolo, la REPUBLICA ARGENTINA considera que esas disposiciones no pueden ser interpretadas:

derechos de los grupos armados irregulares contemplados por los artículos 43 y 44 del Protocolo Adicional I. Como dato significativo del texto de las declaraciones interpretativas presentadas por nuestro país, vale destacar que en ellas se consigna que teniendo en cuenta el “contexto” en la que se encontraba inserta la República Argentina se consideraba que la denominación “grupos armados organizados” a que hace referencia el artículo 1 del Protocolo II, para caracterizar a una de las partes que podrían protagonizar un conflicto armado interno, no sería entendida como equivalente a la que se emplea en el artículo 43 del Protocolo I cuando define a las fuerzas armadas, aun cuando dichos grupos reúnan los requisitos fijados en la citada norma. Ello equivale a sostener que la República Argentina no considerará a los integrantes de grupos armados organizados empeñados en un conflicto armado interno como combatientes ni se les reconocerá el estatus de prisionero de guerra.

Analizando el texto de las declaraciones interpretativas y reservas formuladas por nuestro país a los Protocolos Adicionales I y II, el profesor Vinuesa ha señalado que: “... *debe recordarse que las declaraciones interpretativas de la Argentina en su conjunto, respondieron a intereses circunstanciales del Gobierno argentino de la época, influenciado por las posiciones asumidas por los gobiernos de facto respecto de los alcances del Protocolo I frente a las pretensiones de grupos armados irregulares*

a) Como consagrando ningún tipo de impunidad para los infractores a las normas del derecho internacional aplicables en los conflictos armados, que los sustraiga a la aplicación del régimen de sanciones que corresponda en cada caso;

b) Como favoreciendo específicamente a quienes violan las normas cuyo objeto es la diferenciación entre combatientes y población civil.

c) Como debilitando la observancia del principio fundamental del derecho internacional de guerra que impone distinguir entre combatientes y población civil con el propósito prioritario de proteger a esta última”.

“En relación con el artículo 1 del Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter internacional (Protocolo II), teniendo en cuenta su contexto, la REPUBLICA ARGENTINA considera que la denominación de grupos armados organizados a que hace referencia el artículo 1 del citado Protocolo no es entendida como equivalente a la que se emplea en el artículo 43 del Protocolo I para definir el concepto de fuerzas armadas, aun cuando dichos grupos reúnan los requisitos fijados en el citado artículo 43”.

En la actualidad, el Protocolo Adicional II cuenta con 167 Estados Partes y 3 Estados signatarios.

(guerrilleros) y a la eventual extensión de ciertos derechos en favor de esos grupos durante conflictos armados internos.” (Vinuesa, 2003: 321).

IV.2.2 Derecho de La Haya

Se ha denominado Derecho de La Haya a la rama del derecho internacional humanitario referida a la regulación sobre el empleo de ciertos métodos y medios de combate, destinada a establecer los derechos y obligaciones de los beligerantes en la conducción de las hostilidades. Los métodos a ser utilizados en el combate comprenden las distintas formas en que se pueden conducir las hostilidades (así por ejemplo, se prohíbe el terror como método de combate o las represalias contra las personas protegidas), mientras que los medios se refieren a los instrumentos a ser utilizados (por ejemplo, armas incendiarias, entre otras). Este rama del derecho internacional humanitario parte del principio fundamental de que las partes no tienen un derecho ilimitado para escoger los métodos y medios de hacer la guerra. Con ello se busca evitar causar sufrimientos innecesarios y males superfluos dado que el objetivo durante las hostilidades consiste en debilitar las fuerzas del enemigo. Asimismo, aparece también como objetivo del Derecho de La Haya evitar causar daños al medio ambiente natural teniendo en cuenta su importancia para la supervivencia de la humanidad en su conjunto.

Se reconocen como sus principales antecedentes, la Declaración de San Petesburgo de 1868 suscripta a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempos de guerra, que supuso el principio de la prohibición de causar sufrimientos inútiles; las Conferencias de La Haya, celebradas desde 1899, entre las que destacan la IV Convención y su Reglamento sobre las leyes y las costumbres de la guerra terrestre y la IX Convención sobre la guerra naval. Ya en el siglo veinte, el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos y similares y de medios bacteriológicos, la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, la regulación relativa a métodos y medios de guerra contenida en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, la Convención de 1972 sobre la prohibición de las armas bacteriológicas y químicas; la de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines

hostiles; la Convención de Naciones Unidas de 1980 sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales y sus tres protocolos, así como su enmienda de 2001; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993), entre otras.

IV.2.3 Derecho de Nueva York

El llamado Derecho de Nueva York abarca tanto las normas que se refieren a mecanismos para compatibilizar el comportamiento de los sujetos con las normas del derecho internacional humanitario, como a aquellas que limitan ciertos métodos y medios de combate. A diferencia de las otras vertientes, donde han sido, principalmente, los esfuerzos del CICR los que permitieron su desarrollo, en el Derecho de Nueva York, las Naciones Unidas desempeñan un papel fundamental, toda vez que es bajo sus auspicios que se van a elaborar una serie de normas en la materia.

En cuanto a sus antecedentes, puede destacarse la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en 1968, en el contexto de la cual se aprobó la Resolución XXIII sobre derechos humanos en los conflictos armados, mediante la cual se solicitó a la Asamblea General encomendar al Secretario General el estudio de las medidas que podrían implementarse para la aplicación plena de las reglas y convenciones humanitarias vigentes en todos los conflictos armados, y la necesidad de concertar convenciones adicionales o revisar las ya existentes. En cumplimiento de dicha solicitud, la Asamblea General adoptó la Resolución 2444, sobre respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, en diciembre de 1968.

Las Naciones Unidas comenzaron a patrocinar la celebración de tratados para prohibir o restringir el uso de ciertos métodos y medios de combate como la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976, o la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción de 1997. En cuanto a los mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de las normas del derecho internacional humanitario, se han adoptado tres tipos de medidas: medidas no represivas,

medidas que atribuyen responsabilidad penal individual a quienes transgredan estas normas y medidas que comportan el empleo del uso de la fuerza. Las medidas no represivas corresponden a las medidas clásicas del derecho internacional, representadas por la obligación de los Estados de “respetar y hacer respetar” las disposiciones sobre la materia. En efecto, los Estados partes deben cumplir, en base al principio de buena fe y del *pacta sunt servanda*, los tratados que suscriben, así como hacer cumplir los mismos a través de la adopción de medidas que garanticen el cumplimiento de estas normas.

En cuanto a los mecanismos que permiten determinar la responsabilidad penal individual, los Estados comprometidos a adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir los tratados humanitarios pueden imponer, a través de sus legislaciones internas, sanciones administrativas y penales y, de otro lado, las normas internacionales pueden también crear mecanismos adecuados para vigilar el cumplimiento de las normas de derecho internacional humanitario e imponer sanciones, como es el caso de la CPI que contempla, bajo su jurisdicción, a los crímenes de guerra. Finalmente, las medidas que importan el uso de la fuerza son aquellas reguladas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que permitiría las acciones humanitarias decididas por el Consejo de Seguridad.

IV.3 Los crímenes de guerra en el derecho penal internacional

Como señala Werle, resulta un presupuesto para la fundamentación del derecho penal internacional la identificación de bienes jurídicos universales, es decir, de intereses jurídicos que reivindiquen para sí protección y reconocimiento universal, capaces de trascender los pueblos, los Estados y culturas jurídicas (Werle, 2013: 2). Es por ello que se señala que el derecho penal internacional no es una rama jurídica autónoma, sino más bien, ligada a los ámbitos de normas primarias del derecho internacional en las cuales se regulan los bienes jurídicos universales a tutelar. El derecho de los conflictos armados constituye uno de dichos ámbitos en el marco del cual se han desarrollado dichas normas primarias (además del campo de la paz mundial y del derecho internacional de los derechos humanos).

Para poder afirmar que una conducta que infringe el derecho internacional humanitario es, además, un ilícito del derecho internacional, concretamente un crimen de guerra, será preciso, en primer lugar, que la norma infringida sea una norma cuyo cumplimiento sea exigible a cualquier persona, con independencia de que dicha norma haya sido aceptada o no por el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre. La norma vulnerada tiene que tener, por lo tanto, el carácter de norma general y obligatoria, lo que se conecta con el concepto propio del derecho internacional de norma de *ius cogens*. Será necesario, en segundo lugar, que se reconozca en el derecho internacional general la responsabilidad penal individual por la infracción de dicha norma, es decir, que se asocie a la infracción de la misma una sanción penal. Es por estas circunstancias que se afirma que no toda infracción del derecho internacional humanitario va a constituir un crimen de guerra (Gil Gil, 1999: 98).

Como señaláramos previamente, el ETMI de Núremberg consagró tipos penales internacionales, así como el principio de la responsabilidad individual directamente desde el derecho internacional, estableciendo como crímenes bajo su competencia, entre otros, a los crímenes de guerra. Las disposiciones sobre la represión de los crímenes de guerra englobaron en una misma definición la violación de las normas del llamado Derecho de Ginebra y del Derecho de La Haya. Se puede hacer la misma comprobación con respecto a los Estatutos del TPIY, del TPIR y de la CPI.

El ETMI de Núremberg caracterizó a los crímenes de guerra del siguiente modo en su artículo 6.b:

“El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

... b) A saber, violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas, asesinatos, maltratos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratos de prisioneros de guerra o de personas

en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares”.

Como es posible deducir del texto del ETMI, los crímenes de guerra allí estaban referidos, exclusivamente, a aquellos que se cometieran en el contexto de conflictos armados internacionales. Ello no debería resultar extraño si se tiene en cuenta la histórica resistencia de los Estados a que el derecho internacional regule y, eventualmente, juzgue asuntos que se consideran de la soberanía interna de los Estados.

La evolución jurídica de los crímenes de guerra, ocurrida con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se ha desarrollado hasta considerar que forman parte del derecho penal internacional consuetudinario, tanto las infracciones del Derecho de La Haya, como las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común a todas ellas, norma ésta última, aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional.

Respecto de las infracciones del Derecho de La Haya y las violaciones graves de los Convenios de Ginebra, no existe duda alguna acerca de su consideración como crimen del derecho internacional¹¹⁷. El valor obligatorio y general del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ha sido afirmado desde que la CIJ así lo señalara en su conocida sentencia de 27 de junio de 1986 (*Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella*), en la cual el tribunal subrayó que se trata de reglas que corresponden a “consideraciones elementales de humanidad”¹¹⁸. Su inclusión como crimen en los Estatutos de los TPIY¹¹⁹ y TPIR¹²⁰ y en el Estatuto de la CPI, ha venido a confirmar,

¹¹⁷ Ver, Informe del Secretario General de Naciones Unidas, *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993) (S/25704)*, 3 de mayo 1993, pág. 9.

¹¹⁸ CIJ, “*Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Nicaragua contra Estados Unidos de América*”, Fallo del 27 de junio de 1986, Fondo del Asunto, pág. 113.

¹¹⁹ El Estatuto del TPIY dispone: “*ARTICULO 2. Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949*
El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable:

a) Homicidio internacional;

b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

-
- c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud;*
 - d) Destrucción o apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria;*
 - e) Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga;*
 - f) Privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías;*
 - g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil;*
 - h) Toma de civiles como rehenes.*

ARTICULO 3. Violación de la leyes o usos de la guerra

El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. Dichas violaciones comprenderán lo siguiente, sin que la lista sea exhaustiva:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios;*
- b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares;*
- c) Los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos;*
- d) La aprobación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a éstos;*
- e) El pillaje de bienes públicos o privados”.*

120 El Estatuto del TPIR en su artículo 4 dispone: “*Artículo 4. Violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios*

El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977. Dichas violaciones comprenderán los actos siguientes, sin que la lista sea exhaustiva:

- a) Los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal;*
- b) Los castigos colectivos;*
- c) La toma de rehenes;*
- d) Los actos de terrorismo;*
- e) Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente;*
- f) El saqueo;*

además, la existencia en el derecho internacional contemporáneo de una norma consuetudinaria de valor obligatorio y general que atribuye a la infracción del artículo 3 común una responsabilidad penal individual. Ello fue ratificado por el TPIY cuando señaló en el caso “Tadic” que, si bien el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra no contiene ninguna referencia expresa a la responsabilidad penal individual por la violación de sus previsiones, la misma se reconoce desde Núremberg y es admitida en la práctica de los Estados.

En lo que se refiere a las normas más modernas que han extendido la protección a personas y situaciones no previstas en el derecho internacional humanitario tradicional, en particular, las recogidas en los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra, se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia, por un lado, si estos instrumentos gozan del carácter de normas del *ius cogens* que se concede a las Convenciones, y si son aplicables, por lo tanto, como derecho internacional consuetudinario general y obligatorio, con independencia de que hayan sido o no ratificados por el Estado del que es nacional el acusado y, por lo tanto, si la responsabilidad por su incumplimiento puede ser exigida a cualquier persona, lo cual, como hemos visto, constituye el primer requisito para poder afirmar que su violación constituya un crimen de derecho internacional.

En segundo lugar, se plantea el tema de si, admitiendo teóricamente el carácter de *ius cogens* de dichas normas, existe también en el derecho penal internacional general una responsabilidad penal individual derivada del incumplimiento de las mismas. Para el caso del Protocolo I, la cuestión reviste importancia dado que este instrumento incorpora normas no contenidas en los Convenios de Ginebra y extiende su protección a personas no protegidas en ellas. A fin de dejar sentada la importancia práctica de la cuestión, podemos citar como ejemplo, el caso de las personas que hayan tomado parte en las hostilidades y no tengan estatuto de prisionero de guerra (como los civiles, mercenarios, espías, etc.),

g) *La aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados;*

h) *Las amenazas de perpetración de cualquiera de los actos precedentes”.*

respecto de las cuales se prohíben los atentados contra su vida, salud, integridad física mental, según lo dispuesto en el artículo 45.3 del Protocolo I. La infracción a dicha norma se considera, conforme lo prescrito por el artículo 85 del mismo instrumento, una infracción grave constitutiva de un crimen de guerra. Por lo tanto, dependiendo del valor que se le asigne a las normas del Protocolo I, el homicidio o la tortura de una de estas personas constituirá un crimen de guerra según el derecho internacional, aunque la víctima no tenga la categoría de persona protegida por los Convenios de Ginebra ni en su modalidad de civil ni en la de prisionero de guerra.

En relación con el Protocolo II la decisión es, si se quiere, más trascendente, pues negarle el carácter de *ius cogens* significa limitar la protección del derecho penal internacional en relación con los conflictos armados internos a la escueta regulación contenida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. A este respecto, debemos destacar, en primer lugar, que en el “Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad” y sus Comentarios de 1996, se introdujo en la definición de los crímenes de guerra a las infracciones de las normas de ambos Protocolos. En el comentario al artículo 20 del citado Proyecto, se define como crímenes de guerra a las violaciones graves al derecho internacional humanitario aplicable en conflictos armados internos contenidas en el artículo 3 común y el artículo 4 del Protocolo II. La CDI considera esta incorporación de particular importancia en vista de la frecuencia con la que, en esos años (téngase presente que el Proyecto de Código comentado es del año 1996), se desarrollaban conflictos armados no internacionales. La CDI subraya que el principio de responsabilidad internacional individual por violaciones a la ley aplicable a conflictos armados internos ha sido reafirmado por el TPIY, citando para fundamentar lo expuesto, la decisión del 2 de octubre de 1995 de dicho Tribunal en el caso “Tadic”.

Debe destacarse que existen numerosas opiniones doctrinales favorables al reconocimiento del valor general de los Protocolos, así como de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que presuntamente extiende las “violaciones graves” de los Convenios de Ginebra al ámbito de los conflictos bélicos no internacionales. Sin embargo, debe subrayarse que dichas opiniones son coincidentes en afirmar que dicha ampliación del

ámbito de aplicación de derecho penal internacional hacia los conflictos armados sin carácter internacional se ha alcanzado recién a partir de la década de los noventa.

En el minucioso estudio realizado por Kress sobre el desarrollo del derecho penal internacional, se señala que en la “primera generación” o etapa de esta rama jurídica, se reflejó la configuración de un ordenamiento jurídico internacional centrado en el Estado. A pesar de ello, paradójicamente, se logró el revolucionario reconocimiento de la criminalización o punibilidad del individuo directamente desde el derecho internacional, independientemente de la tipificación de dichos ilícitos en el ámbito doméstico. Durante esta primera etapa del derecho penal internacional, la jurisdicción del Tribunal de Núremberg referida a los crímenes de guerra, estaba circunscripta a los cometidos en el contexto de conflictos armados exclusivamente internacionales. El autor destaca que fue recién a partir de 1995, con la histórica decisión dictada por la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso “Tadic”, que se concretó un paso decisivo hacia la que se denomina la “segunda generación” del derecho penal internacional. El autor recuerda que en el caso citado, la Cámara de Apelaciones concluyó que la punibilidad penal del individuo establecida directamente desde el derecho internacional se había extendido a los conflictos armados sin carácter internacional. Kress señala que la cristalización de estas normas consuetudinarias amplió el ámbito de protección del derecho penal internacional más allá de la violencia interestatal, llevándolo hasta la violencia ocurrida al interior de los Estados, comprendiendo situaciones donde el Estado, pero también organizaciones análogas a la estatal (típicamente bajo la forma de fuerzas armadas de oposición), despliegan el terror entre la población bajo su poder (Kress, 2010: 873).

IV.4 Conclusiones sobre el derecho internacional vigente sobre los crímenes de guerra durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte

Como hasta aquí hemos visto, tanto las normas del derecho penal internacional como las del derecho internacional humanitario registraron una evolución claramente dispar en lo que se refiere, por un lado, a los conflictos armados internacionales y, por el otro, a los conflictos armados internos o sin carácter internacional. La regulación de los tipos penales en el ETMI de Núremberg –en particular de los crímenes de guerra–, como las normas del

derecho internacional humanitario codificadas en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 –a excepción del artículo 3 común de dichos instrumentos- están destinadas exclusivamente a los conflictos interestatales. Hemos destacado que ello obedeció a que éstos constituían los conflictos que mayormente se desarrollaron hasta dicho momento histórico.

Otro dato que confirma la idea de la evolución preferente de las normas del derecho internacional en materia de conflictos interestatales, puede observarse en el conjunto de crímenes contenidos en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968. El artículo 1 de dicha Convención, dentro de los crímenes de guerra que considera imprescriptibles, menciona a tales crímenes según la definición que de ellos hace el artículo 6 del ETMI y a las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra, todas ellas referidas a conflictos armados internacionales¹²¹.

Si bien en las posteriores décadas del siglo veinte, dicha realidad socio-política va a relegar su protagonismo histórico frente a conflictos armados sin carácter internacional, su recepción en el derecho internacional humanitario, recién se materializará a partir de la adopción del Protocolo Adicional II del año 1977, con la sola excepción de la exigua regulación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Como hemos señalado, sin embargo, no toda violación al derecho internacional humanitario configura un crimen de guerra, ni tampoco toda situación de violencia armada representa un conflicto armado.

Los Convenios de Ginebra no regularon normas penales en sentido estricto, esto es, normas dirigidas a los individuos bajo amenaza de sanción penal, dado que no tuvieron por objeto codificar el derecho penal internacional. Es por ello que no definen y, ni siquiera mencionan, a los llamados crímenes de guerra. Los Convenios contienen ciertos mandatos y prohibiciones y, entre otras cosas, obligaciones dirigidas a los Estados en materia penal, tales como el deber de sancionar penalmente ciertas conductas -las llamadas infracciones

¹²¹ Esta Convención no tuvo el propósito de codificar el derecho penal internacional y el catálogo de conductas incluidas no puede tomarse como una enumeración exhaustiva. Sin embargo, aporta un parámetro valioso para determinar el estado del derecho internacional vigente en la época.

graves- o el deber de cooperar con otros Estados para la persecución penal, obligaciones en materia penal que están referidas, salvo el artículo 3 común que se aplica a conflictos sin carácter internacional, a conductas cometidas en el marco de conflictos armados internacionales. Los Convenios de Ginebra, por su parte, no establecen ninguna obligación de reprimir penalmente las infracciones al artículo 3 común aplicable a conflictos armados sin carácter internacional.

Recién en 1977 se aprobó la normativa complementaria a los cuatro Convenios de Ginebra: el Protocolo Adicional I relativa a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Una vez más, sólo las reglas referidas a conflictos armados internacionales contienen disposiciones vinculadas a la persecución penal de conductas violatorias del derecho internacional humanitario y, ahora sí, recogen la noción de crimen de guerra. En efecto, el Protocolo I considera crímenes de guerra a las infracciones graves prescriptas en los cuatro Convenios de Ginebra y en el propio Protocolo I. Sin embargo, el Protocolo II no contiene disposiciones de tipo penal.

Como hemos visto, la evolución del derecho internacional humanitario y, paralelamente, del derecho penal internacional, específicamente, de los crímenes de guerra a partir de la criminalización de infracciones al derecho internacional humanitario aplicable a conflictos armados internos, surge recién en la década de 1990. Esta década del siglo veinte marca para el derecho penal internacional una etapa de consolidación y desarrollo, en la cual se incorpora la categoría de los crímenes de guerra por conductas cometidas en el marco de conflictos armados internos. Ello sucede especialmente con el establecimiento, en 1994, del Estatuto para el TPIR. En efecto, a través de dicho instrumento se habilita al Tribunal a perseguir a personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra para la protección de las víctimas en tiempos de guerra, y al Protocolo Adicional II a dichas Convenciones. Hasta entonces no hubo elementos que permitieran pensar que tales violaciones podían dar lugar a la responsabilidad penal internacional. Por el contrario, existen elementos que habilitan a sostener acabadamente que hasta entrada la década de 1990 se consideraba que el concepto de crímenes de guerra estaba limitado a los conflictos armados de índole internacional.

Otro indicador referido al estado de la cuestión al momento de establecerse el TPIY, puede identificarse en el comentario al Estatuto de dicho tribunal efectuado en 1993 por el CICR, en el que se expresó que, de acuerdo a como entonces se encontraba el derecho internacional humanitario, la noción de crímenes de guerra estaba limitada a situaciones de conflicto armado internacional¹²².

En la misma dirección, se manifiesta el informe final del año 1994 de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (para Yugoslavia), en el cual se expresó que las violaciones de leyes o prácticas de guerra a las que se refiere el artículo 3 del Estatuto para el TPIY son crímenes si se cometen en conflictos armados de índole internacional, no así en conflictos armados internos¹²³.

Seguidamente, el TPIY, cuyo Estatuto no menciona expresamente conductas violatorias del derecho internacional humanitario referido a conflictos internos, entendió, a partir de la decisión adoptada en el caso “Tadic”, dictada en 1995, que “...*las leyes o prácticas de la guerra*” también se referían a conflictos armados internos. Esta decisión, de fecha posterior a la aprobación del Estatuto del TPIR, marcó un hito en la materia y determinó que el TPIY pudiera juzgar conductas cometidas en el marco de conflictos armados internos pese a que ello no surgía explícitamente de la letra del Estatuto. Es entonces a partir del Estatuto TPIR y de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* posteriores a él que se aceptó que las infracciones del derecho internacional humanitario aplicable en conflictos armados no internacionales pueden ser punibles en virtud del derecho internacional consuetudinario.

En función de lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte, en cuyo tránsito se desarrollaron las organizaciones armadas guerrilleras en nuestro país, la configuración de los crímenes de guerra sólo tenía lugar frente a determinadas violaciones del derecho internacional humanitario aplicable a

¹²² Citado por Theodor Meron, en *The American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 559. Gerhard Werle afirma, en este mismo sentido, que la criminalización de infracciones cometidas en conflictos armados no internacionales en virtud del derecho internacional fue desconocida por largo tiempo (*Tratado de Derecho Penal Internacional*. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2005. p. 444).

¹²³ N.U. Doc. S/1994/674, anex. Parágrafo 54.

conflictos armados de índole internacional. Bajo tales lineamientos, sólo una prohibida aplicación retroactiva del derecho penal internacional consuetudinario permitiría afirmar que las violaciones al *ius in bello* aplicable a situaciones de conflicto armado interno acontecidas en el período histórico citado, podrían ser consideradas crímenes de guerra.

Las violaciones de las normas humanitarias aplicables en conflictos armados internos que se desarrollaron en dicho contexto, en consecuencia, solamente eran sancionables según las leyes internas de los Estados. El hecho de que las violaciones al derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados sin carácter internacional no constituyan "infracciones graves", tal como ellas resultan definidas en el Protocolo Adicional II, y no generen la obligación expresa para los Estados Parte de proceder al enjuiciamiento o a la extradición de sus autores, tampoco implica necesariamente una contradicción con la conformación de tribunales internacionales con jurisdicción y competencia para juzgar acerca de conductas acontecidas en el marco de conflictos armados internos, incluidas las violaciones a la normativa humanitaria que los rige. En principio, ello sólo constituiría una pauta de la tendencia internacional a conformar una *opinio juris* dispuesta a considerar a dichas violaciones como crímenes internacionales.

CAPÍTULO V

TERRORISMO

V.1 Introducción

En el Capítulo I del presente trabajo, hemos identificado dentro de los argumentos esgrimidos para justificar la eventual persecución penal de los integrantes de las organizaciones armadas guerrilleras que se desarrollaron en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte en nuestro país, la posición referida a que el accionar de dichas entidades debería calificarse como “terrorista”, dado que habrían causado intencionalmente grandes sufrimientos y habrían sembrado el terror en el pueblo argentino con el objeto de imponer su política de Estado. Si bien en esos desarrollos argumentales se admite que el crimen de terrorismo no se encuentra definido en el derecho penal internacional, se ha sostenido, a fin de soslayar dicha circunstancia, que sí están tipificadas diferentes acciones, como el homicidio, la persecución, las torturas, la mutilación, delitos que, en determinadas circunstancias, se convierten en un crimen de guerra o en un crimen de lesa humanidad.

Debe señalarse, asimismo, que en la denominada Causa 13, en el marco de la cual se sustanció el llamado “Juicio a las Juntas”, si bien sólo se juzgó a los integrantes de las Juntas Militares que usurparon por la fuerza los poderes del Estado entre 1976 y 1982, los jueces de la Cámara Federal caracterizaron el contexto en que se llevó a cabo la represión militar, considerando en dicho análisis, el accionar de las organizaciones guerrilleras analizadas. El tribunal de juicio describió el período en el que se enmarcó la represión ilegal conducida por el “Proceso de Reorganización Militar” como un contexto en el que se agravó y generalizó el accionar de “bandas” y “organizaciones” de distinto signo ideológico a las que calificó de “terroristas”, señalando como característica de su estructura institucional, la existencia de un régimen disciplinario y sancionatorio de una organización de tipo militar. Resulta importante destacar que el tribunal también se encargó de subrayar el objetivo que habrían perseguido dichas organizaciones, el que habría estado

representado por la toma del poder político, sin afirmar, de ningún modo, que dicho objetivo haya sido alcanzado¹²⁴.

En función de los desarrollos expuestos, consideramos necesario revisar los antecedentes históricos del terrorismo, las consecuencias derivadas de la falta de una definición consensuada sobre terrorismo y su falta de tipificación como crimen del derecho internacional, así como el impacto que ha tenido el agravamiento de la violencia terrorista, particularmente, a partir del 11 de septiembre de 2001 sobre la eventual consideración de terrorismo como crimen del derecho internacional. Por último, analizaremos con especial atención el derecho internacional vigente en materia de terrorismo durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte, en tanto constituye el recorte temporal del presente trabajo de investigación.

¹²⁴ Causa 13/84. *“El fenómeno terrorista tuvo diversas manifestaciones con distintos signos ideológicos en el ámbito nacional con anterioridad a la década de 1970, pero es este año el que marca el comienzo de un período que se caracterizó por la generalización y gravedad de la agresión terrorista evidenciadas, no sólo por la pluralidad de bandas que aparecieron en la escena, sino también por el gran número de acciones delictivas que emprendieron e incluso por la espectacularidad de muchas de ellas...(Causa 13/84, Considerando SEGUNDO Capítulos I y II)...Por resultar inherente a la forma de organización militar, las bandas terroristas dictaron sus propias normas disciplinarias y punitivas y constituyeron organismos propios con la finalidad de sancionar determinadas conductas que consideraban delictuosas. En tal sentido obran agregadas publicaciones en "Evita Montonera", Nros. 8 y 13...(ibid. Considerando SEGUNDO Capítulo III)... Otra característica distintiva consistió en que los integrantes de esas organizaciones encubrían su actividad terrorista adoptando un modo de vida que no hiciera sospecharla. ... El material de propaganda de las bandas terroristas consigna que del accionar abierto debe pasarse a las acciones encubiertas y clandestinas (conf. "Evita Montonera" de enero de 1975, prueba documental N° 17 del cuaderno de prueba de la defensa de Viola). (ibid. Considerando SEGUNDO Capítulo IV)...El objetivo último de esta actividad fue la toma del poder político por parte de las organizaciones terroristas... (ibid. Considerando SEGUNDO Capítulo V)”.*

V.2 El terrorismo en el contexto del derecho internacional. Falta de definición de terrorismo y de su tipificación como crimen autónomo del derecho internacional

Actualmente no existe una definición aceptada de terrorismo en el derecho internacional. En su sentido más amplio, se lo describe con frecuencia como el uso de violencia para generar temor en el público en la consecución de objetivos políticos¹²⁵.

Se reconoce como antecedente de los primeros usos de la palabra “terror” a la referencia al llamado “Reino del Terror” jacobino que sucedió a la Revolución Francesa. Si bien estos antecedentes se relacionan con el accionar estatal, en la actualidad, el concepto se aplica, asimismo, a actos de individuos o grupos de individuos¹²⁶.

El atentado de Sarajevo en 1914 fue el detonante que condujo a un acuerdo general para buscar formas de prevenir y reprimir actos que pusieran en peligro la estabilidad del sistema internacional en su conjunto. En el contexto de la Sociedad de Naciones se motorizaron una serie de iniciativas que se concretaron en la Conferencia de Varsovia de 1927 y en la III Conferencia de Unificación de Derecho Penal de Bruselas de 1930 en las que se introdujo el uso del término terrorismo que definía a *“Los crímenes contra la vida, la libertad o la integridad física de las personas o contra bienes del Estado o de particulares, para alcanzar objetivos políticos”*.

¹²⁵ Véase como ejemplo, la Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo, aprobada en segunda sesión plenaria de Ministros y Jefes de Delegación de los Estado Miembros de la OEA para la Conferencia Interamericana sobre Terrorismo, 26 de abril de 1996, párrafo 3 donde se describe el terrorismo como *“una grave manifestación de violencia deliberada y sistemática dirigida a crear caos y temor en la población”*.

¹²⁶ Dando cuenta de la multiplicidad de los posibles autores del terrorismo, Paul Wilkinson señala: *“Ni un acto aislado de terror ni una serie de actos fortuitos de terror, constituyen terrorismo. El terrorismo supone la existencia de una línea de acción constante en la cual sus actores –Estados, grupos, movimientos o facciones- despliegan terror de manera sistemática, de acuerdo a una estructura orgánica; esta estructura se sustenta en un determinado tipo de teoría o ideología”*. Citado en “El terrorismo contemporáneo. Teoría e historia durante la segunda mitad del siglo XX”, Patricia Kreibohm. Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, 2008.

Como reacción frente al asesinato del Rey Alejandro de Yugoslavia en 1934 y del Presidente del Consejo de la República de Francia, Louis Barthou, la Liga de Naciones elaboró la “Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo” que si bien fue firmada por 24 Estados, entre ellos, la República Argentina, sólo fue ratificada por India, por lo que nunca entró en vigor. Esta Convención definía el terrorismo como *“los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personas determinadas, en grupos de personas o en el público”*. La posterior disolución de la Sociedad de Naciones y el desencadenamiento de la Segunda Guerra Mundial impidieron que el proceso se completara.

Posteriormente, las Naciones Unidas llevaron adelante una serie de iniciativas contra el terrorismo a través de la negociación de tratados multilaterales y de la labor de sus órganos. En el marco de las acciones emprendidas en el seno de la Asamblea General, se aprobó la Resolución 177 (II) de 1947, a través de la cual se encargó a la CDI la formulación de los “Principios de Derecho internacional reconocidos por el Tribunal de Núremberg” y la preparación de un “Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”. En 1954, el proyecto de Código calificaba como delito contra la paz y la seguridad de la humanidad *“el hecho de que las autoridades de un Estado emprendan o estimulen actividades terroristas en otro Estado, o la tolerancia por las autoridades de un Estado de actividades organizadas, encaminadas a realizar actos terroristas en otro Estado”*¹²⁷. Sin embargo, los trabajos relativos a la preparación del Código sufrieron numerosas interrupciones ante la dificultad de definir varios de los crímenes, incluidos los crímenes de agresión y terrorismo. El proyecto de Código recién pudo ser terminado casi 50 años después, en 1996, cuando la CDI decidió acortar la lista de crímenes a considerar, suprimiendo, entre otros, el crimen de terrorismo.

Las organizaciones regionales internacionales también han abordado la problemática del terrorismo en sus respectivas jurisdicciones a través de la negociación y adopción de instrumentos y convenciones multilaterales, entre los que destacan, el Consejo de Europa¹²⁸, la Unión Europea¹²⁹, la Organización para la Seguridad y Cooperación en

¹²⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1954, vol. II, pág. 150.

¹²⁸ Convención Europea para la Eliminación del Terrorismo, adoptada el 27 de enero de 1997.

Europa, la Unión Africana¹³⁰. En el ámbito de la OEA se destacan la “Convención para Prevenir y Sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional” de 1977, y la “Convención Interamericana contra el Terrorismo” de 2002¹³¹. A diferencia de la Convención de Naciones Unidas sobre Terrorismo, el tratado interamericano se abstiene de dar una definición de terrorismo y, en cambio, incluye los delitos definidos en diez tratados internacionales sobre terrorismo existentes a la fecha¹³². Cabe destacar, sin embargo, que ésta última Convención no incluyó una vinculación entre los actos de terrorismo y los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, ni se le asignaron las consecuencias propias de los crímenes de derecho internacional.

¹²⁹ Recomendaciones del Parlamento Europeo sobre el papel de la Unión Europea en el combate contra el terrorismo (2001/2016 (INI), del 5 de septiembre de 2001.

¹³⁰ Convención sobre la Prevención y Combate contra el Terrorismo, adoptada en Argelia, 13 de julio de 1999.

¹³¹ La Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada por la Asamblea General de la OEA y abierta a la firma el 3 de junio de 2002.

¹³² El artículo 2 (1) de la Convención Interamericana contra el Terrorismo estipula: “1. Para los propósitos de la Convención, se entiende por delito aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación: a. Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. b. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. c. Convención sobre la Prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973. d. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979. e. Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980. f. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988. g. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. h. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. i. Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997. j. Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1992.”

A pesar de la unánime condena respecto de los actos de terrorismo, en las negociaciones que condujeron a la adopción del Estatuto de Roma por el cual se creó la CPI, no se logró el acuerdo necesario para incluir al terrorismo dentro de los crímenes bajo competencia del Tribunal. Estados como Argelia, India, Sri Lanka y Turquía propusieron que el terrorismo sea considerado como uno de los crímenes internacionales sometidos a la jurisdicción de la CPI, particularmente, como un crimen de lesa humanidad. Como recuerda Cassese, dichos intentos, sin embargo, encontraron la férrea oposición de muchos Estados, incluyendo a los Estados Unidos, los que se opusieron bajo los siguientes argumentos: 1) el delito no estaba bien definido; (ii) la inclusión de dicho crimen hubiera politizado a la CPI; (iii) algunos actos de terrorismo no eran suficientemente serios para activar la jurisdicción de la CPI; (iv) la persecución y la sanción por parte de tribunales nacionales eran consideradas más eficientes que la de tribunales internacionales (Cassese, 2001: 994). Incluso, las tensiones entre el terrorismo y el colonialismo que obstaculizaron el consenso para obtener una definición universalmente aceptada de terrorismo, que describiremos en el punto siguiente, también estuvieron presentes en la negociación del Estatuto de Roma por temor a que en su texto no se distinguiera entre el accionar de organizaciones terroristas y la lucha de los pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera en ejercicio de su derecho a la autodeterminación e independencia. Como consecuencia de los factores apuntados, la propuesta de incluir al terrorismo como crimen bajo competencia de la CPI fue rechazada.

La falta de una definición de terrorismo aceptada universalmente condicionó la posibilidad de diseñar un régimen jurídico internacional con el que se criminalizara los actos terroristas y se juzgara la responsabilidad penal individual de los autores de dichos actos a nivel internacional. Ante la imposibilidad de definir y, por ende, de tipificar penalmente el delito, se abandonó la idea de una convención internacional que de manera general regulara la problemática del terrorismo internacional. Como señala Fernández de Gurmendi, se procedió de manera pragmática a criminalizar sólo ciertas categorías de actos en torno a los cuales se iba logrando paulatino consenso internacional para su represión y sanción (Fernández de Gurmendi, 1999: 45). Como resultado de este enfoque, que la autora califica como “sectorial”, fueron aprobados una serie de convenciones internacionales especializadas contra el terrorismo en el ámbito de Naciones Unidas¹³³, a

¹³³ Para ver la lista completa de instrumentos jurídicos internacionales sobre terrorismo aprobados en el

través de las cuales se pretende aprehender y sancionar internacionalmente a los autores de ciertas categorías de actos terroristas: a) contra determinados medios de transporte o instalaciones (por ejemplo, la Convención de Tokio sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, 1963); b) contra determinadas categorías de personas (por ejemplo, Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas inclusive los agentes diplomáticos, 1973); c) contra la toma de rehenes (por ejemplo, Convención contra la toma de rehenes, 1979); y d) determinadas sustancias o dispositivos (por ejemplo, Convenio para la supresión de actos terroristas cometidos por medio de explosivos, 1997).

Fernández de Gurmendi señala que un importante rasgo común de la mayor parte de los convenios concluidos es el establecimiento de la “jurisdicción universal”, en virtud de la cual todos los Estados Partes tienen el derecho de juzgar a sospechosos de actos terroristas, independientemente de que los actos hayan sido cometidos en su territorio o hayan tenido como víctimas a sus nacionales. Asimismo, estas convenciones regulan el deber de asegurar el procesamiento de los sospechosos de actos terroristas a través de la incorporación del principio *aut dedere aut iudicare* (extradite o juzgue). En virtud de este principio, el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto terrorista tiene el deber de extraditarlo a uno de los Estados afectados por el delito o de presentar el caso ante sus autoridades nacionales para su enjuiciamiento (Fernández de Gurmendi, 1999:46).

En suma, habiéndose abandonado la idea de una convención internacional que de manera general regulara la problemática del terrorismo, se llegó a establecer un régimen jurídico de criminalización de determinadas categorías de actos terroristas, en el cual las autoridades con competencia para juzgar estos delitos son las autoridades nacionales de algunos de los Estados Partes. Los ataques terroristas, en consecuencia, han sido tipificados como graves delitos por leyes nacionales y juzgados y sancionados penalmente por tribunales estatales. En ese ámbito, los Estados son libres de caracterizar dichas ofensas del modo que en ejercicio de su libertad soberana decidan. En nuestro país, por

ámbito de Naciones Unidas, consultar en la página web:
<http://www.un.org/spanish/terrorism/instruments.html>.

ejemplo, el Código Penal de la Nación incorporó, en el año 2007, la figura de las “asociaciones ilícitas” para cometer actos terroristas¹³⁴.

V.3 Razones de la falta de consenso sobre la definición del terrorismo y de su tipificación como crimen del derecho internacional: el contexto político mundial en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte

A pesar de los intentos que se instrumentaron a nivel internacional, no fue posible alcanzar una definición consensuada sobre terrorismo ni se ha logrado su tipificación como categoría autónoma del derecho internacional. Varios autores destacan el impacto que tuvo en las posibilidades de acordar tal definición y su tipificación como crimen del derecho internacional, la Segunda Guerra Mundial y el proceso de descolonización que se desarrolló, centralmente, en las décadas del 60 y del 70 del siglo veinte.

Como destaca D’Alessio, en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, la ocupación alemana en varios países de Europa, así como la ocupación japonesa en países de Lejano Oriente, como Vietnam y China, generaron el desarrollo de movimientos que opusieron resistencia armada a las potencias ocupantes. En las colonias que los Estados europeos y, en algún caso, los Estados Unidos, mantenían en países de África y de Asia se desarrollaron este tipo de movimientos. Francia debió enfrentar al *Vietminh*¹³⁵, que continuó la lucha iniciada contra la ocupación japonesa, y al Frente de Liberación Nacional

¹³⁴ La ley 26.268, promulgada el 04 de julio de 2007, incorporó el art. 213 *ter* que dispone: “...*Se impondrá reclusión o prisión de CINCO (5) a VEINTE (20) años al que al que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional, a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúna las siguientes características: a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político; b) Estar organizado en redes operativas internacionales; c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos, o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas*”.

¹³⁵ El *VietMinh* o Liga para la independencia de Vietnam, se formó en una conferencia celebrada en mayo de 1941 con el fin de conseguir independizarse de Francia. La liga estuvo dirigida por Nguyen Tat Thanh, más conocido como Ho Chi Minh ("El que Enseña") que junto a Lê Duẩn, Võ Nguyên Giáp y Pham Van Dong integraron el grupo fundador.

de Argelia (FNL)¹³⁶. En África, pueden mencionarse, como meros ejemplos, la guerrilla *Mau Mau*¹³⁷, que fue determinante en la independencia de Kenia de Gran Bretaña, y el *FRELIMO*¹³⁸ de la independencia de Mozambique. En la calificada opinión del Dr. D'Alessio, es posible afirmar que en nuestra región, las dictaduras latinoamericanas se hayan visto confrontadas por grupos similares que pretendían liberarse de la opresión de los regímenes totalitarios. Según el autor, estas circunstancias fueron alimentando la sensación de que la inclusión del terrorismo como crimen internacional podía conducir a que resultaran incluidos actos de rebelión, ejemplo típico de delito político (D'Alessio, 2008: 29).

La multiplicación de los atentados terroristas a finales de los sesenta e inicios de los setenta, en particular, los atentados sufridos durante las Olimpíadas de Munich en el año 1972, lograron imponer el tema del terrorismo internacional en la agenda de la Asamblea General y la remisión para su tratamiento a la Sexta Comisión (Jurídica). A pesar de su aprobación, los países de reciente independencia provenientes de África y Asia hicieron notar su preocupación argumentando que la inclusión del tema del terrorismo podía constituir otra tentativa de calificar como tal a la legítima lucha de los pueblos bajo dominación colonial y extranjera, concluyendo que la manera de compensar esos riesgos residía en atender a las “causas subyacentes” de las formas de terrorismo y los actos de violencia. A fin de hacer explícita la intención de atender a dichas causas, Arabia Saudita realizó la propuesta de incluir la cuestión del terrorismo bajo un título que hiciera explícita

¹³⁶ Fundado el 1º de noviembre de 1954, junto a su brazo armado militar –el Ejército de Liberación Nacional– lideró la independencia de Argelia de Francia en 1962 y gobernó su país como partido único hasta 1991.

¹³⁷ *Mau Mau* fue una organización guerrillera de insurgentes kenianos que luchó contra el Imperio Británico durante el período 1952-1960. Aunque militarmente el levantamiento *Mau Mau* fracasó, precipitó la independencia keniana y motivó la lucha contra las potencias coloniales en otras regiones africanas.

¹³⁸ El FRELIMO fue fundado en Dar es Salaam (Tanzania) el 25 de junio de 1962, cuando tres organizaciones nacionalistas regionales (el Mozambique African National Union (MANU), Unión Democrática Nacional de Mozambique (*União Democrática Nacional de Moçambique*, Udenamo) y la Unión Nacional Africana para Mozambique Independiente (UNAMI)) se unen en una sola organización guerrillera. La unión ocurrió como resultado de una conferencia de dirigentes en el exilio activos en los tres grupos. Bajo el liderazgo de Eduardo Mondlane, el primer presidente del FRELIMO, establece su sede central en 1963 fuera de Mozambique, en Dar es Salaam, y lucha por la independencia del país del poder colonial portugués.

esta visión del tema. Receptando las inquietudes apuntadas, el 18 de diciembre de 1972, logró aprobarse la Resolución 3034 de la Asamblea General (XXVII) que se tituló: *“Medidas para prevenir el terrorismo internacional que ponen en peligro las vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales”*.

El texto de la Resolución, además de expresar en su primer párrafo su *“profunda preocupación por los actos de violencia que ponen en peligro vidas humanas inocentes”*, instando *“a los Estados a que consagren su atención inmediata a buscar soluciones justas y pacíficas a las causas subyacentes que dan origen a dichas actos de violencia”*, reafirmó, como contrapartida, *“el derecho inalienable a la libre determinación y a la independencia de todos los pueblos que se encuentran bajo regímenes coloniales y racistas o bajo otras formas de dominación extranjera y sostiene la legitimidad de su lucha, en particular, la lucha de los movimientos de liberación nacional”*. Al mismo tiempo, condenó la persistencia de *“los actos represivos y terroristas cometidos por regímenes coloniales, racistas o extranjeros al negar a los pueblos el legítimo derecho a la autodeterminación e independencia y otros derechos humanos y libertades fundamentales”*.

El contrapunto entre la proclamación de combatir el terrorismo y la reafirmación del derecho de los pueblos a la libre determinación y la legitimidad de su lucha, que se evidencia tanto en el título como en el texto de la Resolución 3034, coexistiría durante las dos décadas siguientes en las sucesivas resoluciones del Asamblea General, en una dinámica que marcaba la tensión de esos tiempos¹³⁹.

¹³⁹ Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 31/102 de 1976, 32/147 de 1977, 34/145 de 1979, 36/109 de 1981, 38/130 de 1983, 40/61 de 1985, 42/159 de 1987, 44/29 de 1989 y 46/51 de 1991. En versión digital: www.un.org/es/terrorism/resolutions.shtml.

La dialéctica así establecida, registraría un punto de inflexión recién en la década de los noventa con la aprobación por parte de la Asamblea General de la “Declaración sobre las Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional”, mediante la Resolución 46/51 del 9 de diciembre de 1994. El fin de la guerra fría y la superación de varios conflictos en el mundo que relativizaron el protagonismo político de los movimientos de liberación nacional, abonaron el terreno para la aprobación por consenso de la citada resolución. En su texto, la Asamblea General condenó *“todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo”* incluyendo la fórmula *“dondequiera y quienquiera los cometa”*. Por primera vez se omitió la referencia al derecho de los movimientos de liberación nacional y excluyó la mención a las “causas subyacentes” a las distintas formas de violencia (concepto presente en todas las resoluciones previas de la Asamblea General sobre el tema de terrorismo), al tiempo que dejó sentado que ninguna de ellas podía justificar la comisión de actos criminales cuando éstos estuvieran encaminados a causar terror en la población. Allí se afirmó: *“Los actos criminales con fines políticos, concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”*.

La Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas intentó dejar sentado que la comisión de ciertos actos criminales podría (o incluso debería) ser considerado terrorista, aun cuando se esgrimieran causas políticas o ideológicas para el uso de la violencia dirigida a provocar un estado de terror en la población en general. Puede afirmarse que la tendencia interpretativa que inauguró la “Declaración sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo” no será lineal y sufrirá marchas y contramarchas que se mantienen hasta la actualidad, debidas, fundamentalmente, a la situación que plantea aún hoy el conflicto del Medio-Oriente.

V.4 El terrorismo como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad

Al lado de los conflictos armados no internacionales que se suceden mayormente en la actualidad, el mundo de hoy debe lidiar, asimismo, con nuevas formas de violencia

terrorista que se desarrollan entre Estados, por un lado, y organizaciones no estatales, caracterizadas por limitaciones temporales y por la falta de un territorio determinado, por el otro. Esta evolución generó la necesidad de revisar si las instituciones del derecho internacional vigente resultan adecuadas y eficaces para responder a formas de violencia terrorista perpetradas, a gran escala, por entidades que carecen de las características típicas del Estado. En particular, desde la doctrina *ius internacionalista* y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, y a pesar de que no se ha alcanzado una definición universalmente aceptada de terrorismo, se ha cuestionado si es posible caracterizar dichos ataques como crímenes del derecho internacional, ya sea como una categoría independiente, o dentro de alguna de las categorías ya existentes, como una subcategoría de los crímenes de guerra o de los crímenes de lesa humanidad.

Hemos reseñado al inicio de nuestro trabajo que dentro de los argumentos esgrimidos para justificar la persecución penal de los integrantes de las organizaciones armadas guerrilleras analizadas se ha planteado que si bien no se ha alcanzado una definición consensuada sobre el terrorismo, ni se ha logrado su tipificación como una categoría autónoma del derecho penal internacional, se ha sostenido que sí están tipificadas diferentes acciones, como el homicidio, la persecución, las torturas, la mutilación, delitos que, en determinadas circunstancias, se convierten en un crimen de guerra o en un crimen de lesa humanidad. Analizaremos a continuación estas dos alternativas.

V.4.1 El terrorismo como crimen de guerra

En la actualidad, tanto las normas del derecho internacional humanitario como del derecho penal internacional contemplan a los actos de terrorismo cometidos durante conflictos armados, sean éstos de carácter internacional como no internacional.

Desde el ámbito del derecho internacional humanitario, muestra de ello lo constituye la norma contenida en el artículo 33.1 del IV Convenio de Ginebra a través de la cual se prohíben todas las medidas de terrorismo contra los civiles¹⁴⁰. Una norma similar está

¹⁴⁰ IV. Convenio de Ginebra. “Artículo 33. Responsabilidad individual, castigos colectivos, pillaje, represalias. No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están

contemplada en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional II de 1977¹⁴¹ que prohíbe los actos de terrorismo contra toda persona que no sea parte del conflicto o haya cesado en la participación de las hostilidades, haya sido o no restringida su libertad. Asimismo, los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra contemplan la prohibición general del terrorismo en el artículo 51.2 del Protocolo I y en el artículo 13.2 del Protocolo II. Según afirma Cassese, estas previsiones han alcanzado el carácter de normas consuetudinarias (Cassese: 2010, 945)¹⁴².

En consecuencia, puede afirmarse que el derecho internacional humanitario prohíbe el terrorismo tanto en caso de conflictos armados internacionales como no internacionales. Sin embargo, la cuestión que debe ser analizada a continuación es si, además de establecer dicha prohibición a los Estados, el derecho internacional consuetudinario o convencional criminalizan el terrorismo durante el desarrollo de conflictos armados, es decir, si se ha establecido directamente desde el derecho internacional la responsabilidad penal individual por la comisión de dichos ilícitos.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia penal internacional, en la decisión adoptada por la Cámara de Juicio del TPIY en el caso “Galic”, del 5 de diciembre de 2003, se afirmó

prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo. Está prohibido el pillaje. Están prohibidas las medidas de represalia contra las personas protegidas y sus bienes”.

¹⁴¹ Protocolo Adicional II. “Artículo 4. Garantías fundamentales. 1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. 2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal; b) los castigos colectivos; c) la toma de rehenes; d) los actos de terrorismo; (...)”.

¹⁴² El autor cita para sostener dicha argumentación, la decisión de la Cámara de Apelaciones del TPIY, del 22 de noviembre de 2002, en el caso “Strugar and others” donde se sostuvo que “los principios que prohíben ataques contra los civiles y los ataques ilegales contra objetos civiles establecida en el artículo 51 y 52 del Protocolo Adicional I y artículo 13 del Protocolo Adicional II son principios del derecho internacional consuetudinario”.

que ya en 1992 una violación grave de la prohibición de realizar actos de terrorismo contra la población civil, al menos en el derecho internacional convencional¹⁴³, implicaba la responsabilidad criminal individual de la persona que violentaba dicha norma. Pareciera, sin embargo, que el TPIY dejó abierta la cuestión acerca de la posible criminalización de dichos ilícitos según el derecho internacional consuetudinario, al señalar que no le resultaba necesario abordar dicha cuestión para dictar una decisión en el caso citado¹⁴⁴.

Contrariamente a esta posición, podría argumentarse que el artículo 8 del ECPI, que cuidadosa y extensamente enumera una serie de acciones constitutivas de crímenes de guerra, no menciona a los actos de terror contra la población civil. Cassese afirma, sin embargo, que este argumento no debería ser definitorio dado que, de hecho, varias normas del Estatuto de Roma expresan la falta de pretensión de codificar las normas consuetudinarias vigentes (Cassese, 2010: 945). Así queda explicitado en el artículo 10 de dicho Estatuto cuando señala: *“Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”*.

A favor del argumento que sostiene la criminalización de los actos terroristas en el curso de conflictos armados pueden citarse las relevantes disposiciones de los Estatutos del TPIR y del Tribunal para Sierra Leona que incluyen los actos de terrorismo como casos de crímenes de guerra. Incluso, el “Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad” del año 1996, elaborado por la CDI, tiene la posición de que los actos de terrorismo cometidos en conflictos armados no internacionales quedan comprendidos en este tipo de crímenes del derecho internacional.

En lo que atañe específicamente a los actos de terrorismo cometidos durante el desarrollo de conflictos armados internos, resulta aplicable en este punto, lo dicho respecto de la época de surgimiento de la norma de derecho internacional consuetudinario que consagró la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra en tal contexto,

¹⁴³ En el caso citado, el derecho convencional aplicable se remitía al Protocolo Adicional II a las Convenciones Ginebra. TPIY, Caso *Galic (IT-98-29-T)*, Trial Chamber, 5 de diciembre de 2003, 113-129

¹⁴⁴ TPIY, Caso *Galic (IT-98-29-T)*, Trial Chamber, 5 de diciembre de 2003, 138.

considerando que ni el artículo 3 común ni el Protocolo Adicional II de 1977 contienen disposición alguna sobre la responsabilidad penal por los comportamientos (delictivos) cometidos en un conflicto de tales características. Ello resulta necesario a fin de determinar el derecho vigente en la época de desarrollo de las organizaciones guerrilleras analizadas.

Como hemos reseñado previamente, el TPIY, en una importante decisión adoptada en el año 1996, llegó a la conclusión de que los crímenes más atroces cometidos en un conflicto armado no internacional deben ser considerados crímenes internacionales¹⁴⁵. Si bien existen numerosas opiniones doctrinales favorables al reconocimiento del valor general de los Protocolos o de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que presuntamente extiende las “violaciones graves” de los Convenios de Ginebra al ámbito de los conflictos bélicos no internacionales, éstas son coincidentes en afirmar que dicha ampliación del ámbito de aplicación de derecho penal internacional se ha alcanzado recién a partir de la década de los noventa, en el marco de la que se denomina la “segunda generación” de dicha rama del ordenamiento jurídico internacional.

Hemos comentado previamente la opinión de Kress cuando afirma que fue recién a partir de 1995, con la histórica decisión dictada por la Cámara de Juicio del TPIY en el caso “Tadic”, que se concretó un paso decisivo hacia la denominada “segunda generación” del derecho penal internacional, al concluirse que la punibilidad penal del individuo establecida directamente desde el derecho internacional se había extendido a los conflictos armados sin carácter internacional. Esta decisión, de fecha posterior a la aprobación del Estatuto del TPIR, marcó un hito en la materia y determinó que el TPIY pudiera juzgar conductas cometidas en el marco de conflictos armados internos pese a que ello no surgía explícitamente de la letra del Estatuto. Es entonces a partir del Estatuto TPIR y de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* posteriores a él que se aceptó que las infracciones del derecho internacional humanitario aplicable en conflictos armados no internacionales pueden ser punibles en virtud del derecho internacional consuetudinario.

¹⁴⁵ TPIY, caso “Tadic”, ya citado *supra* nota 79.

V.4.2 El terrorismo como crimen de lesa humanidad

Como ya hemos reseñado, durante las negociaciones dirigidas a consensuar el texto del Estatuto de Roma que crearía la CPI en el año 1998, varios Estados -Sri Lanka, Argelia, Turquía e India- plantearon la alternativa de incluir al terrorismo dentro de los crímenes bajo jurisdicción de la CPI, particularmente como un crimen de lesa humanidad. Como recuerda Cassese, dichos intentos, sin embargo, encontraron la férrea oposición de un importante grupo de Estados, por lo que la propuesta de incluir al terrorismo como crimen de lesa humanidad bajo competencia de la CPI fue rechazada.

Los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, van a constituir un punto de quiebre en las resistencias que suscitaba (y aún suscita, aunque en menor medida) la idea del terrorismo como crimen del derecho internacional, y motorizaron una serie de opiniones políticas y académicas que plantearon como interrogante si el terrorismo podía quedar encuadrado dentro de la categoría de los crímenes de lesa humanidad. A poco de ocurrido el atentado del 11 de septiembre de 2001, destacados representantes de la política internacional se manifestaron en tal sentido: el ex Ministro de Justicia de Francia, Robert Badinter, el entonces Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, así como la entonces Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Mary Robinson¹⁴⁶.

Parte de la especializada doctrina del derecho penal internacional se expresaba en esa misma línea de pensamiento, evidenciando el impacto que los atentados terroristas en Estados Unidos habían provocado en el derecho internacional. Entre ellos, Cassese sostuvo que al menos los actos de terrorismo transnacional, promovido o consentido por un Estado, ya estaban regulados y prohibidos por el derecho internacional consuetudinario y afirmó que tales atrocidades exhibían todos los grandes rasgos de los crímenes contra la humanidad: la magnitud y la extrema gravedad de los ataques así como el hecho de que tuvieron como objetivo población civil, y cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático. Asimismo, el autor vaticinó que gradualmente los Estados comenzarían a

¹⁴⁶ Citados por Cassese en: "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", *EJIL*, 2001, Vol. 12, N° 5, pp. 993-1001.

compartir la idea de que los serios actos de terrorismo están comprendidos en la noción de los crímenes contra la humanidad, en particular, bajo las subcategorías de “asesinato” o “exterminio” o “otros tratos inhumanos” incluidas en el artículo 7 del Estatuto de la CPI (Cassese, 2001: 994-995).

En la misma línea de pensamiento, Roberta Arnold señaló que la participación a gran escala de violencia no estatal de tipo transnacional dirigida contra la población civil, tales como el ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001, podían ser juzgados aplicando el artículo 7 del Estatuto de la CPI (Arnold, 2004: 340).

Por su parte, Kress cuestiona que este tipo de opiniones no abordan un elemento de crucial importancia como es el referido a si la violencia transnacional de grupos no estatales pueden ser considerados como entidades colectivas que puedan conformar la política organizacional referida en el artículo 7 del Estatuto de la CPI. El autor subraya que, si bien la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, en particular la del TPIY, ha extendido el ámbito de aplicación de los crímenes de lesa humanidad para incluir los ataques sistemáticos y generalizados cometidos en aplicación de una política diseñada por entidades cuasi-estatales en control del territorio del Estado en el que se desenvuelven - citando como ejemplo a la República de Srpska-, podría cuestionarse la legitimidad de interpretaciones más amplias del derecho de los crímenes de lesa humanidad tendientes a criminalizar bajo el derecho internacional la conducta de individuos actuando para organizaciones no estatales que ni siquiera alcanzan el nivel de cuasi Estados (Kress, 2009: 162)¹⁴⁷.

Martin Roger, en un estudio también realizado con posterioridad a los ataques del 11 de septiembre de 2001, expresó, en la misma línea sostenida por Kress, que la noción de crímenes de lesa humanidad no resulta aplicable a los casos de terrorismo internacional, dado que dichas entidades no cumplen el requisito del poder político que integra el elemento contextual en el que deben insertarse tales crímenes internacionales. En la visión

¹⁴⁷ Kress, sostiene, asimismo, que esta interpretación restrictiva, tiene la virtud de mantener la congruencia entre el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, si tomamos en consideración que éste último sólo impone obligaciones a los Estados (o quizás a entidades cuasi estatales).

de Roger, los crímenes cometidos por estos grupos terroristas no son ejecutados en aplicación de una política, dado que no ejercen autoridad sobre un territorio con el mismo tipo de prerrogativas y responsabilidades que un cuasi-Estado. Sostiene el autor, que la ampliación del concepto de organización no debería ir más allá de entidades cuasi-estatales, tales como la República de Srpska o el movimiento insurgente de las FARC, a fin de evitar la inclusión en el concepto de crímenes de lesa humanidad, a grupos criminales que no satisfacen los requisitos de este tipo de ilícitos internacionales. Roger hace hincapié en que los actos de terrorismo no son usualmente crímenes estructurales capaces de crear una amenaza de paralización de la jurisdicción nacional dirigida a su persecución penal (Roger, 2004: 89).

Las decisiones adoptadas por tribunales penales internacionales resultan otro indicador de la evolución que se viene expresando en el tema. Así, como ya fue referenciado, en el caso “Tadic”¹⁴⁸ el TPIY afirmó que el derecho relativo a los crímenes contra la humanidad se ha desarrollado para tomar en cuenta fuerzas que, a pesar de no ser del gobierno legítimo, tienen el control de *facto*, o pueden moverse libremente en un determinado territorio particular pero sin el reconocimiento internacional o formal estatus de un Estado de *iure*, o inclusive por un grupo u “organización terrorista”, enfoque que, señala, se compadece con recientes afirmaciones acerca de los crímenes de lesa humanidad.

En el marco de la jurisprudencia nacional, es posible citar una serie de opiniones que marcan una visión más prudente de la cuestión del encuadre del terrorismo en la categoría de los crímenes de lesa humanidad. Cassese cita, entre varios ejemplos de decisiones más recientes que confirman la resistencia a considerar al terrorismo como un crimen del derecho internacional, la decisión del 13 de marzo de 2001, adoptada por la Corte de Casación Francesa en un serio caso de terrorismo que presuntamente involucraba al entonces líder libio Ghaddafi, en la cual se concluyó que el terrorismo no era un crimen del derecho internacional que permitiera soslayar el principio de inmunidad de los Jefes de Estado, argumento que permitió justificar la interrupción del proceso promovido en su contra (Cassese, 2001: 994).

¹⁴⁸ Caso “Tadic”, ya citado *supra* nota 79, pár. 654.

A nivel nacional, la CSJN argentina, en oportunidad de resolver sobre el pedido de extradición formulado por el España respecto del señor José María Lariz Iriondo -quien había sido procesado por la justicia española por actos de terrorismo atribuidos a la ETA acaecidos entre el mes de diciembre de 1982 y octubre de 1984-, debió abordar el tema de la calificación legal del terrorismo como crimen del derecho internacional¹⁴⁹. El superior tribunal nacional sostuvo que mal podía considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagratorio de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los Estados hasta el presente, como ocurre con el denominado “terrorismo”. Así, del voto de Zaffaroni y Maqueda se desprende que: *“la Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la Convención”*. El superior tribunal se refería a la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad a la cual adhirió nuestro país en el año 2003.

En la misma línea, Andrés D’Alessio señala que se presta a debate el alcance del término “organización” incluido en el artículo 7 del Estatuto de Roma, porque su uso se vincula a la discusión de si los actos de terrorismo pueden encontrarse incluidos entre los crímenes de lesa humanidad. En opinión del autor, en el estado actual del desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia del derecho penal internacional es aceptable la opinión de la CSJN de que la respuesta debe ser negativa (D’Alessio se refería a la opinión sentada por la CSJN adoptada en el caso “Lariz Iriondo”). Empero, el autor sostuvo que la solución podría cambiar en un futuro próximo (D’Alessio, 2008: 33).

¹⁴⁹ Caso “Lariz Iriondo”, ya citado *supra* nota 34.

V.5 Conclusiones sobre el derecho internacional vigente sobre el terrorismo en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte

En lo función de lo expuesto, debe concluirse que, si bien a partir de la década de los noventa del siglo veinte, se han comenzado a expresar argumentos favorables a la criminalización de actos de terrorismo cometidos durante el desarrollo de conflictos armados, no es posible afirmar la existencia de una norma que haya establecido la responsabilidad penal individual directamente desde el derecho internacional por actos de terror cometidos en el contexto de conflictos armados internos, dado que a dicha época, la configuración de los crímenes de guerra sólo tenía lugar frente a determinadas violaciones del derecho internacional humanitario aplicable a conflictos armados de índole internacional, exclusivamente.

En lo que respecta al posible encuadramiento de los actos de terrorismo en la categoría de los crímenes de lesa humanidad, de la reseña expuesta, es posible concluir que el debate académico que se ha generado a partir del recrudecimiento de la violencia terrorista, particularmente, luego de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en territorio de los Estados Unidos, dan cuenta de un análisis todavía incipiente, pronosticando un futuro desarrollo progresivo del derecho penal internacional en esta materia.

No podemos menos que concluir que en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte -período histórico de desarrollo de las organizaciones guerrilleras analizadas-, no podía afirmarse la vigencia de una regla que habilitara perseguir penalmente a la violencia terrorista a través de la categoría de los crímenes de lesa humanidad ni de los crímenes de guerra cometidos en el contexto de conflictos armados internos, cuando ni siquiera se ha logrado el consenso para definir al terrorismo. No podría atribuirse penalmente, sin violentar el principio de legalidad, aquello que como figura típica no existía (ni en el ámbito nacional ni internacional), y mucho menos considerarse que tal subsunción importe como consecuencia la aplicación del excepcional régimen jurídico de los crímenes de derecho internacional.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

El tema de las organizaciones no estatales como posibles autores de la política que subyace a la comisión de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra es un tema que se encuentra en clara evolución en el derecho penal internacional actual. Como afirma Tello, el debilitamiento del Estado – Nación como actor central de las relaciones internacionales ha traído, como contrapartida, la influencia de actores no estatales cuya relevancia ha venido de la mano de su capacidad de perturbación frente a los centros de poder legalmente constituidos. Este escenario provocó consecuencias tanto en el plano jurídico, como en la evolución de los conflictos armados actuales y/o estallido de los nuevos (Tello, 2010: 315).

En este marco, la primera generación del derecho penal internacional, que reflejó la configuración de un ordenamiento jurídico internacional centrado exclusivamente en el Estado, dio paso a una segunda generación de esta disciplina, donde se concretó la cristalización de las normas consuetudinarias que ampliaron su ámbito de protección más allá de la violencia interestatal, llevándolo hasta la violencia ocurrida al interior de los Estados, comprendiendo, asimismo, situaciones en las que “organizaciones análogas a la estatal” (típicamente bajo la forma de fuerzas armadas de oposición), despliegan el terror entre la población bajo su poder.

El recrudecimiento de la violencia terrorista, fundamentalmente, a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en territorio de los Estados Unidos, generó la necesidad de revisar si las instituciones del derecho internacional vigente resultan adecuadas y eficaces para responder a formas de violencia perpetradas, a gran escala, por entidades que carecen de las cualidades propias del Estado, y que se caracterizan por limitaciones temporales y por la falta de un territorio determinado. A la luz de los criterios que vienen siendo expuestos por los tribunales penales internacionales en sus decisiones más recientes, que reflejan una tendencia hacia la flexibilización o, incluso, el abandono total del elemento político de los crímenes de derecho internacional, puede afirmarse que, en la actualidad,

nos encontramos ante un posible salto hacia una tercera generación de esta rama del derecho internacional, que podría conducir a ampliar su ámbito de protección hacia los conflictos nacionales o transnacionales que se suscitan entre Estados y organizaciones privadas de todo tipo. Parte de la calificada doctrina en la materia advierte que, en dicha evolución, deberá tenerse en cuenta la trascendente función que cumple el “elemento político”, en general, como el concepto de “organización” en particular, los cuales ofrecen la clave para diferenciar verdaderos crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, de aquellos ilícitos graves de derecho interno cometidos por grupos terroristas, bandas, rebeldes o grupos de crimen organizado, casos en los que no se evidencia el problema de impunidad que se encuentra presente cuando es el propio Estado quien los comete, dado que la mayoría de los Estados tienen la voluntad y son capaces de perseguirlos penalmente. Compartimos la opinión de los autores que sostienen que tal avance generacional debería estar avalado por una sólida práctica estatal y no debería iniciarse o promoverse solamente desde la jurisprudencia internacional.

En este contexto de desarrollo progresivo en el que se encuentra la disciplina del derecho penal internacional, hemos debido sondear la respuesta a la pregunta de investigación referida a cuál era el derecho internacional vigente durante el momento histórico en el cual, principalmente, actuaron las organizaciones guerrilleras argentinas. Ello, en tanto, como hemos comentado en la introducción de la Tesis, los argumentos sobre los cuales se ha afirmado la posibilidad de perseguir penalmente a sus integrantes por la comisión de crímenes internacionales que se consideran imprescriptibles, se han sustentado sobre la base de argumentos extraídos del desarrollo actual del derecho penal internacional, omitiendo la realidad del derecho vigente en la época de la comisión de las conductas que eventualmente podrían ser materia de juzgamiento.

Luego del análisis realizado a lo largo del presente trabajo de investigación, estamos en condiciones de identificar y sistematizar una serie de elementos que, consideramos, deben estar presentes a la hora de verificar la factibilidad jurídica de atribuir responsabilidad individual por la presunta comisión de crímenes internacionales a integrantes de las organizaciones no estatales que se desarrollaron en nuestro país en las décadas del

setenta y del ochenta, sobre la base del derecho internacional vigente durante dicho período histórico.

1. La aplicación del derecho penal internacional y de las categorías de los crímenes de derecho internacional debe ser subsidiaria

Partimos de la afirmación de que una de las ideas que debe presidir la aplicación en el foro doméstico de las categorías de los crímenes del derecho internacional reside en el principio de la subsidiariedad del derecho penal internacional, dado que sólo cabe acudir a él cuando falle o no sea suficiente la protección debida por el ordenamiento jurídico estatal. Deberá acudirse al derecho penal internacional cuando la protección de los bienes jurídicos no ha podido ser garantizada por los ordenamientos internos, bien porque han sido atacados en una situación especial, como la guerra, cuando será pertinente la aplicación de la categoría de los crímenes de guerra, o bien porque los delitos son cometidos con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de *facto*, en cuyo caso se tornaría aplicable la categoría de los crímenes de lesa humanidad. El ejercicio de dicho poder o autoridad debe ser suficiente para suprimir o paralizar la administración de justicia, en un contexto donde las instituciones carecen de legitimidad o fiabilidad por la participación o tolerancia del delito por parte del Estado, o cuando mediante el ejercicio de un poder de *facto* ejercido por una entidad con capacidad análoga a la estatal, se goza de la capacidad para dictar normas jurídicas que aseguren o pretendan asegurar la impunidad.

2. El principio de legalidad rige en materia de persecución penal de crímenes internacionales

Sin perjuicio de las opiniones que han intentado justificar la flexibilización o, incluso, la no aplicación del principio de legalidad cuando se trata de persecución penal de crímenes de derecho internacional en el ámbito doméstico, consideramos que, en tanto principio de justicia y derecho humano reconocido tanto en el plano nacional como internacional, la garantía del *nullum crimen nulla poena sine lege* debe ser aplicada estrictamente, incluso, tratándose de crímenes internacionales. Para el caso de la República Argentina, dicha solución, resulta coherente con la manda constitucional que surge del artículo 18 de la CN

y con la reserva al artículo 15 del PIDCP formulada por el Estado argentino al momento de ratificar dicho instrumento convencional, que goza de jerarquía constitucional de conformidad a lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la CN. En función de ello, señalaremos las conclusiones referidas a la aplicación del principio de legalidad en sus principales facetas:

2.1 Ley penal previa

Como ha sido señalado en el presente trabajo de investigación, el enunciado general del principio de legalidad expresado en el *nullum crimen sine lege* impone que, con anterioridad a la comisión de los hechos a juzgar, se encuentre vigente la ley penal que tipifique dicha conducta como delito y que establezca de manera expresa la sanción. Ello tiene como objetivo que la conducta prohibida y su pena sean conocidas con anterioridad a su eventual infracción. El método de la “doble subsunción” al que se ha recurrido en la práctica judicial argentina, no sólo presenta la ventaja referida a la posibilidad de aplicar al caso particular las especiales características del régimen jurídico de los crímenes de derecho internacional; al mismo tiempo, la utilización de los tipos penales tipificados en el Código Penal de la Nación para la adecuación típica de las conductas materia de juzgamiento, permiten cumplimentar el principio de legalidad, el que se encontraría satisfecho en sus ámbitos más sensibles: la tipicidad y la pena. Ello, dado que los tipos penales de la legislación nacional contienen los supuestos de hecho que permiten aplicar una sanción penal, mientras que la subsunción de los hechos en las figuras del derecho penal internacional habilita la aplicación del principio de la imprescriptibilidad. La ausencia de tipos penales específicos para reprimir los crímenes internacionales en el derecho interno argentino, que se hubieren cometidos durante el recorte temporal de la Tesis, no debería ser suplida recurriendo a las figuras de crímenes internacionales tal como están previstos en las convenciones internacionales o concebidas por la costumbre internacional. Ello, justamente, pues en el ámbito interno argentino opera la garantía que reza *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

2.2 La costumbre internacional constituye ley previa

La jurisprudencia nacional ha mostrado matices respecto al modo de fundamentar la recepción de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico argentino. Desde la línea argumental que sustenta la noción de que el artículo 118 de la CN recepta a nivel “constitucional” al derecho penal internacional, hasta la consideración de que el derecho argentino está supeditado a un ordenamiento jurídico de validez universal integrado por normas imperativas pertenecientes al *ius cogens*, dichas posiciones reconocen la posibilidad de aplicar la costumbre internacional en el derecho nacional en lo que respecta al derecho penal internacional. Sobre la base de dicha postura, consideramos que las normas que integran el *ius cogens* internacional, obligan al Estado Argentino y, por lo tanto, dicha fuente del derecho internacional debe ser tenida en cuenta a la hora de verificar el derecho vigente en la época de la comisión de los hechos materia de juzgamiento. Sostenemos que ello no implica desconocer el *nullum crimen sine lege*, siempre y cuando sea posible afirmar la vigencia de una costumbre internacional que reconozca la prohibición de dichas conductas como crimen del derecho internacional y de la norma que le asigna la consecuencia de la imprescriptibilidad a dichos ilícitos, en la época de comisión de los hechos materia de juzgamiento. Como hemos señalado en el punto anterior, en la tarea de la adecuación típica de las conductas a juzgar se deberá recurrir a normas penales clásicas que tipifiquen dicha conducta como delito y que establezcan de manera expresa la pena.

2.3 Irretroactividad de la ley penal

Por aplicación del principio de legalidad, debe concluirse la proscripción de la aplicación retroactiva de la ley. Dicha conclusión es compatible con la afirmada por la CSJN que se ha negado a aplicar figuras penales internacionales respecto de las cuales no podía afirmarse su vigencia en el derecho internacional consuetudinario antes de haber sido recogido en convenciones internacionales.

3. Imprescriptibilidad de los crímenes internacionales que han adquirido la categoría del *ius cogens* internacional

Sostenemos como conclusión que no hay duda sobre la vigencia de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional que han adquirido el carácter de *ius cogens* internacional, entre los cuales se encuentran comprendidos, sin lugar a dudas, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, considerando que dicha regla se encontraba vigente en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte, revistiendo dicho principio el carácter de norma imperativa del derecho internacional general a cuyos mandato se encontraba obligado nuestro país. Consideramos que la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, además de no resultar necesaria, dada la vigencia consuetudinaria de la regla de la imprescriptibilidad para el recorte temporal escogido, resulta contraria al principio de legalidad.

4. Derecho internacional vigente respecto de las categorías de los crímenes de lesa humanidad, de los crímenes de guerra y del terrorismo en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte

4.1 Crímenes de lesa humanidad: durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte sólo el Estado o las organizaciones análogas a la estatal eran posibles autores de la política pergeñada para cometer crímenes de lesa humanidad

Como es posible concluir a partir del desarrollo histórico y jurídico normativo explicitado en el Capítulo III del presente trabajo de investigación, comprendiendo las fuentes convencionales y consuetudinarias del derecho internacional, así como los criterios que se desprenden de la jurisprudencia y de la doctrina *ius* internacionalista, resulta claro que, en sus orígenes, la configuración de un ordenamiento jurídico internacional centralizado en el Estado, determinó que los crímenes internacionales, en particular, los de lesa humanidad, se vincularan exclusivamente con la dominación totalitaria y con los órganos del Estado, actuando por sí o a través de individuos a ellos vinculados. De dicha consideración se

derivó como consecuencia, que sólo los Estados o las organizaciones vinculadas a dicha entidad eran capaces de cumplir el elemento político que debe estar presente en este tipo de crímenes.

Tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, así como de los tratados que codificaron crímenes de derecho internacional, se desprende que el derecho relativo a los crímenes de lesa humanidad se ha desarrollado para tomar en cuenta fuerzas que, a pesar de no ser del gobierno legítimo de un Estado, ejercen de *facto* funciones análogas a la estatal ejerciendo control sobre el territorio en el que se desenvuelven. Puede afirmarse que la concepción que restringe como posibles autores de la política pergeñada para cometer crímenes de lesa humanidad a las organizaciones que cumplen de *facto* el rol de un Estado, es coherente, asimismo, con la naturaleza subsidiaria del derecho penal internacional que pregona que sólo cuando el Estado no es capaz de brindar la debida protección por la participación o tolerancia en la perpetración de dichos crímenes de un poder político de *iure* o de *facto* análogo al estatal, capaz de suprimir la institucionalidad que resulta necesaria para juzgarlos y sancionarlos, resulta posible recurrir a la aplicación subsidiaria de las categorías del derecho penal internacional.

Como hemos verificado en el desarrollo del Capítulo III, es posible afirmar que dicha evolución se ha cristalizado recién a partir de la década de los noventa del siglo veinte, a través de la práctica jurisprudencial de los tribunales internacionales *ad hoc* (TPIY y TPIR) y, fundamentalmente, a partir de la mención expresa de las organizaciones en el artículo 7 del ECPI, y de su aplicación jurisprudencial por dicho tribunal penal internacional. Hemos reseñado, asimismo, que las decisiones más recientes adoptadas en el seno de los tribunales penales internacionales revelan el surgimiento de una serie de posicionamientos jurídicos que parten de la idea de que cualquier “grupo” u “organización”, es capaz, en abstracto, de llevar adelante la política que subyace a la comisión de crímenes de lesa humanidad, en una tendencia que se dirige hacia la flexibilización o el abandono total del elemento político de este tipo de crímenes. Sin dejar de reconocer el surgimiento de estas nuevas argumentaciones, prestigiosos académicos han advertido que no resultaría aconsejable que este trascendente avance en el derecho penal internacional fuera sólo promovido por la

jurisprudencia internacional sin encontrarse avalado por una constante y suficiente práctica estatal.

De esta evolución, surge con claridad que en la décadas que constituyen el recorte temporal de la Tesis no existía una práctica que avalara el empleo de la categoría de los crímenes contra la humanidad para hechos cometidos por organizaciones que no hayan ejercido control territorial ni hayan ejercido una función análoga a la estatal.

4.2 Crímenes de guerra: durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte las violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el contexto de conflictos armados no internacionales no constituían crímenes de guerra

Como hemos analizado en el Capítulo IV de la Tesis, tanto las normas del derecho penal internacional como las del derecho internacional humanitario registraron una evolución claramente dispar en lo que se refiere, por un lado, a los conflictos armados internacionales y, por el otro, a los conflictos armados internos o sin carácter internacional. En función de lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte, en cuyo tránsito se desarrollaron las organizaciones armadas guerrilleras en nuestro país, la configuración de los crímenes de guerra sólo tenía lugar frente a determinadas violaciones del derecho internacional humanitario aplicable a conflictos armados de índole internacional. Bajo tales lineamientos, sólo una prohibida aplicación retroactiva del derecho penal internacional consuetudinario permitiría afirmar que violaciones al *ius in bello* aplicable a situaciones de conflicto armado interno acontecidas en las décadas comprendidas en el recorte temporal del presente trabajo de investigación, podrían ser consideradas crímenes de guerra.

4.3 Terrorismo: durante las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte los actos de terrorismo no constituían una categoría autónoma de crimen de derecho internacional, ni constituían casos de crímenes lesa humanidad o crímenes de guerra

De la reseña expuesta, es posible concluir que no ha sido posible alcanzar el consenso necesario para tipificar al terrorismo como una categoría autónoma del derecho internacional.

Por su parte, el análisis acerca del posible encuadramiento legal del terrorismo en la categoría de los crímenes de lesa humanidad se ha generado a partir del recrudecimiento de la violencia terrorista, particularmente, luego de los ataques del 11 de septiembre de 2001 en territorio de los Estados Unidos. Todas las opiniones reseñadas, aun aquellas que evidencian las posiciones que afirman la posibilidad de encuadrar legalmente al terrorismo -al menos en su forma transnacional- en la categoría de los crímenes de lesa humanidad, dan cuenta de un análisis todavía incipiente, pronosticando un futuro desarrollo progresivo del derecho penal internacional en esta materia. No podemos menos que concluir que en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte -periodo histórico de desarrollo de las organizaciones guerrilleras analizadas-, no podía afirmarse la vigencia de una regla que habilitara perseguir penalmente a la violencia terrorista a través de la categoría de los crímenes de lesa humanidad, cuando ni siquiera se ha logrado el consenso para definir al terrorismo como una categoría autónoma constitutiva de un crimen de derecho internacional. No podría atribuirse penalmente aquello que como figura típica no existe (ni en el ámbito nacional ni internacional) y mucho menos considerarse que tal subsunción importe consecuencias derivadas esa índole. Ello implicaría violentar el principio de legalidad penal.

Como hemos constatado en el Capítulo IV, si bien a partir de la década de los noventa del siglo veinte, vienen desarrollándose argumentos favorables a la criminalización de actos de terrorismo cometidos durante conflictos armados, no es posible afirmar la existencia de una norma que haya establecido la existencia de responsabilidad penal individual directamente desde el derecho internacional por actos de terror cometidos durante el desarrollo de conflictos armados sin carácter internacional, constitutivos de crímenes de guerra, dado que a dicha época la configuración de este tipo de ilícitos sólo tenía lugar

frente a determinadas violaciones del derecho internacional humanitario aplicable a conflictos armados de índole internacional, exclusivamente.

A modo de cierre, es necesario subrayar que el presente trabajo de investigación se ha limitado a analizar la posibilidad de subsumir el accionar de los integrantes de las organizaciones no estatales que se desarrollaron en las décadas del setenta y del ochenta del siglo veinte en nuestro país, en las categorías de los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, así como en la figura atípica del terrorismo -como una supuesta categoría autónoma de crimen del derecho internacional- o subsumida en alguna de las dos figuras penales internacionales antes mencionadas, considerando el límite que imponía el derecho internacional vigente durante dicho período histórico.

De la evolución descrita, surge claramente que durante el período que constituye el recorte temporal de la Tesis no existía una práctica que avalara el empleo de la categoría de los crímenes de lesa humanidad para hechos cometidos por organizaciones que, al menos, no ejercieran un rol análogo al del Estado. En tal sentido, no existen elementos para afirmar que el PRT-ERP o Montoneros, o alguna otra organización armada de la década de 1970, hayan ejercido control territorial o un poder tal que pueda dar lugar al uso de la categoría de los crímenes contra la humanidad. Aún considerando los nuevos desarrollos que han ampliado el ámbito de aplicación de los crímenes de lesa humanidad a organizaciones privadas de todo tipo, es evidente que la aplicación de una noción más amplia de los crímenes contra la humanidad surgida con posterioridad al recorte temporal escogido, violaría la prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine lege praevia*), dado que implicaría la adjudicación a estos delitos de una categoría que importa consecuencias penales más severas que las que acarreaban al momento de su comisión.

Tampoco la categoría de crímenes de guerra es aplicable al caso de las organizaciones argentinas que operaron durante las décadas del setenta y del ochenta en nuestro país. Ello, no sólo porque en la década de 1970 no haya existido en la República Argentina un conflicto armado interno -dado que no median elementos que acrediten que alguna agrupación política haya ejercido control sobre alguna parte del territorio argentino o que hayan desarrollado operaciones armadas de la envergadura y prolongación en el tiempo

que exige este concepto-, sino, fundamentalmente, por el hecho de que no estaban internacionalmente criminalizadas las violaciones al derecho internacional humanitario aplicable a conflictos armados internos.

Consideramos que la estricta aplicación del principio de legalidad que debe regir en materia de persecución penal por la comisión de crímenes internacionales constituye la clave para soslayar los condicionantes político – ideológicos que se encuentran ineludiblemente presentes en el análisis del problema de investigación que nos hemos propuesto para la Tesis.

GLOSARIO

CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDI Comisión de Derecho Internacional
CICR Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ Corte Internacional de Justicia
CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CN Constitución Nacional
CORTE IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI Corte Penal Internacional
CPJI Corte Permanente de Justicia Internacional
CSJN Corte Suprema de Justicia de la Nación
ECPI Estatuto de la Corte Penal Internacional
ETMI Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg
OEA Organización de los Estados Americanos
ONU Organización de las Naciones Unidas
PIDCP Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos
TMI Tribunal Militar Internacional de Núremberg
TPIR Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia
CNUCG Comisión de Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra

JURISPRUDENCIA CITADA

Aquí se lista la jurisprudencia nacional e internacional utilizada y citada en la Tesis:

- Causa 13/84, “*Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, sentencia del 9 de diciembre de 1985.
- Causa N° 40.188, “*Rovira, Miguel Ángel s/ Prisión preventiva*”, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sentencia del 14 de marzo de 2008.
- Causa N° 9.880, “*Salgado, José María s/ Recurso de casación*”, Cámara Nacional de Casación Penal, sentencia del 22 de marzo de 2011.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Causa 13/84, “*Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional*”, sentencia del 30 de diciembre de 1986.
- Causa 16.063/94, “*Priebke, Erich s/solicitud de extradición*”, sentencia del 2 de noviembre de 1995.
- Causa N° 259, “*Recurso de hecho deducido contra el Estado Nacional y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, E. L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*”, sentencia del 24 de agosto de 2004.
- Causa “*Lariz Iriondo, Jesús María s/ Solicitud de extradición*”, sentencia del 10 de mayo de 2005.
- Causa N° 17.768, “*Recurso de Hecho. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*”, sentencia del 14 de junio de 2005.
- Causa N° 24.079, “*Derecho, René Jesús s/ Incidente de prescripción de la acción*”, sentencia del 11 de julio de 2007.

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.
- Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154”.
- Caso “Barrios Altos vs. Perú”. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Caso “Bueno Alves vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

- Caso Tadic, “*Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a. Dule*” (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Caso N° IT-94-1-AR 72, Sala de Apelaciones del TPIY, 2 de octubre de 1996.
- Caso Tadic, “*Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a. Dule*”, Fundamentos (Opinion and judgment), sentencia del 7 de mayo de 1997.
- Caso Blaskic, “*Prosecutor v. Tihomir Blaskic*”, sentencia del 3 de marzo de 2000.
- Caso Mrksic, “*Hospital Vucovar*”, Caso No. IT-95-13-R61, (Decision on Review of Indictment Pursuant to Rule 61), decisión del 3 de abril de 1996
- Caso Limaj, “*The Prosecutor v. Fatmir Limaj*”, *Judgment*, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005.
- Caso Galic, (IT-98-29-T), Trial Chamber, 5 de diciembre de 2003.
- Caso Galic, (IT-98-29-T), Trial Chamber, 5 de diciembre de 2003.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- Caso Semanza, “*Fiscal c/ Semanza*”, (Judgement), sentencia del 20 de mayo de 2005.

Corte Penal Internacional

- Caso Katanga y Ngudjolo, “*Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo*”, Doc. No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges.
- Caso Bemba Gombo, “*Prosecutor v. Bemba Gombo*”, Doc. No. ICC-01/05-01/08-424.
- Situación de la República de Kenia, “*Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*”, Sala de Cuestiones Preliminares II, 31 de marzo de 2010.
- Caso Ruto, Kogsey y Sang, “*Fiscal c/ Ruto, Kogsey and Sang, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”*”, Sala de Cuestiones Preliminares II, 23 de enero de 2012.
- Caso Muthaura, “*Fiscal c/ Muthaura, Kenyatta and Ali, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”*”, Sala de Cuestiones Preliminares II, 23 de enero de 2012.

Sala Especial de Camboya

- “Judgement”, 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 de julio de 2010

Corte Internacional de Justicia

- “*Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)*”, fallo del 27 de junio de 1986, Fondo del Asunto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

A

- Ambos, Kai, *Diálogo Político*. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. Año XXI - N° 3 - Septiembre, 2004.
- Ambos, F. y Wirth, S. “El derecho actual sobre los crímenes contra la humanidad”, en *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Ambos, Kai / Malarino, Ezequiel (editores), “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”, Fundación Konrad – Adenauer –Stiftung, Montevideo, 2003.

B

- Bassiouni, M. Cherif, “International Crimes: Jus cogens and obligatio erga omnes”. *Duke Law. Journal Law and contemporary problems*, Volumen 59, N° 4, 1996.
- Bassiouni, M. Cherif, “The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework”, *International Criminal Law*. Volumen I, 2da. edición, Transnational Publisher, Inc., Nueva York, 1999.
- Bassiouni, M. Cherif, “Introduction to International Criminal Law”, Transnational Publishers, Nueva York, 2003.
- Bassiouni, M. Cherif, “Crimes against humanity. Historical Evolution and Contemporary application”. DePaul University, College of Law. Cambridge University Press, 2011.

C

- Cassese, Antonio. “Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, *EJIL*, 2001, Volumen 12 N° 5, 993-1001.
- Cassese, Antonio. “The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law”. *Journal of International Criminal Justice 4*. Oxford University Press, 2006, pp. 933 - 958.

- Cassese, Antonio, “International Criminal Law”, 2da edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2008.

D

- D’Alessio, Andrés, “Los Delitos de Lesa Humanidad”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1ra. edición, 2008.

F

- Fernández de Gurmendi, Silvia. “Iniciativas de las Naciones Unidas para combatir el terrorismo internacional”, *Revista Relaciones Internacionales*. Instituto de Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de La Plata. Año 9, N° 17, Junio – Noviembre, 1999.
- Ferdinandusse, Ward N., “Direct Application of International Criminal Law in National Courts”, TMC Asser Press, Países Bajos, 2006.

G

- Gil Gil, Alicia, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “Los Elementos de los Crímenes”, en la Nueva Justicia Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

K

- Kress, Clauss, “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision”, En: *Leiden Journal of International Law*, 23. 2010. pp. 855–873.
- Kress, Claus, “Transnational violence”. En: “Non state actors and international humanitarian law. Organized armed groups: a challenge for the 21st. century”. 32nd Round Table on Currents Issues of International Humanitarian Law. San Remo, 11-

13 september 2009. Editado por Marco Odello, Gian Luca Beruto. International Institute of Humanitarian Law, 2010.

M

- Malarino, Ezequiel, “Informe de síntesis de la jurisprudencia latinoamericana. Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional”, en Kai Ambos / Ezequiel Malarino (editores), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, Georg-August-Universität-Göttingen-Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2008. pp. 421 - 450.
- Mariño Menéndez, Fernando M., “Derecho Internacional Público, parte general”, Trotta, Madrid, 1995.

P

- Parenti, Pablo F., “Argentina”, en: Kai Ambos / Ezequiel Malarino (editores), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, Georg-August-Universität-Göttingen-Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2008. pp. 21 - 66.
- Pastor Ridruejo, José Antonio: "Las Naciones Unidas y la codificación del Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos y Políticos", en Fernández de Casadevante Romaní, Carlos y Quel López, Francisco Javier (Coord.): *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*. Ariel, Barcelona, 1997.
- Pastor Ridruejo, “Curso de Derecho Internacional Público”, Madrid, 1994.
- Pictet, Jean, “El Derecho Internacional Humanitario. Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario”. Madrid: Tecnos, 1990.

R

- Relva, Hugo, “The Implementation of the Rome Statute in Latin America States”, en *16 Leiden Journal of International Law* 331, 2003.

- Robinson, Darryl, "Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference", en *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1 (Enero, 1999), pp. 43 - 57.
- Roger, Martin. "Can acts of international terrorism be regarded as crimes against humanity?". *Estonian Ministry of Foreign Affairs Yearbook*. 2004, pp. 87 - 90.

S

- Schabas, William A, "An Introduction to the International Criminal Court", 3ra. Edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2007.
- Schabas, William A, "State Policy as an Element of International Crimes", en: *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University, School of Law, 2008.

V

- Villabella Armengol, Carlos M, "La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades". *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 23, 2009, pp. 5 - 37. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, México.
- Vinuesa, Raúl Emilio, "La Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por los Tribunales Nacionales: La Extradición de Criminales de Guerra, (a propósito del Caso Priebke, Erich S/Solicitud de Extradición, Causa 1663/94)", en: *Lecciones y Ensayos*, núm. 78, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pp. 311 - 347, 2003. Versión digital:
http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_numeros_78.php.

W

- Walter, Christian. "Defining Terrorism in National and International Law". Versión digital:
http://www.unodc.org/tldb/bibliography/Biblio_Terr_Def_Walter_2003.pdf.
- Werle, Gerhard, "Tratado de derecho penal internacional", Tirant lo Blanch, Valencia 2005.