

Sobre el dominio territorial como requisito del elemento político en la definición de los crímenes de lesa humanidad. Un análisis enfocado en la calificación jurídica de los actos de la izquierda armada en Argentina

On the territorial dominion as a requirement of the political element in the definition of crimes against humanity. An analysis focused on the legal classification of the acts of the armed left in Argentina

Juan Iosa*

Resumen

En este artículo ofreceré primero una breve caracterización y articulación de la teoría de los dos demonios. Esta teoría, tras gozar del rol de discurso de Estado luego de la recuperación democrática, ha sido explícitamente rechazada tanto por el poder ejecutivo como por los jueces en la segunda generación de juicios contra la violencia armada de los setenta: en esta etapa sólo se juzgó a los militares, se consideró que sólo ellos cometieron crímenes contra la humanidad. Mi interés está centrado en evaluar la fuerza de las razones que sustentan esa negación. Con vistas a ese fin, en segundo lugar, presentaré la figura de los crímenes contra la humanidad tal como está fijada en el Estatuto de Roma y distinguiré cuatro concepciones relativas a cómo debe delimitarse el elemento político en estos crímenes. Tercero, reconstruiré la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales argentinos en general hacen de los requisitos necesarios para que un delito califique como crimen de lesa humanidad. La atención estará centrada en el elemento político y específicamente en las condiciones que una organización debe satisfacer para ser capaz de cometer dichos crímenes. En virtud de la interpretación en cuestión -sólo cuentan como tales aquellas organizaciones que gocen de dominio sobre el territorio-, la jurisprudencia argentina ha concluido que grupos como “Montoneros”, “ERP”, etc., no tenían, capacidad de cometerlos. En cuarto lugar compararé las decisiones argentinas con las tomadas por los organismos internacionales encargados de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos. Particularmente me interesa mostrar que el requisito de poder territorial no es considerado por la Corte Penal Internacional como excluyente a los fines de contar como una organización según el Estatuto de Roma. En la medida en que las decisiones de estos últimos organismos deban ser consideradas vinculantes tal comparación servirá también como evaluación y como guía: en futuras decisiones los tribunales argentinos no deberán fundamentar en la ausencia de poder territorial la exclusión de las organizaciones de izquierda (de ninguna organización) de la capacidad de comisión de los delitos en cuestión. Quinto, ofreceré una reconstrucción de los requisitos que a mi entender deben ser tenidos en cuenta (según la concepción normativa que considero correcta) en la definición legal de los crímenes de lesa humanidad. Nuevamente el foco estará aquí puesto en la relevancia de la territorialidad en la definición de los alcances del requisito político. Con esta herramienta conceptual en mano evaluaré las decisiones jurisprudenciales mencionadas más arriba. Por último me detendré en fundar lo que considero la calificación jurídica adecuada de los delitos cometidos por la izquierda armada en los setenta.

Abstract

In this paper I offer, first, a brief articulation of the theory of the two demons. This theory, after enjoying the role of discourse of state with the restoration of democracy in Argentina, has been explicitly rejected by both the executive and the judges in the second generation of trials against the violence of the seventies: at this stage only the military were tried, it was felt that only they committed crimes against humanity. Consequently, second, I will present the figure of crimes against humanity as fixed in the Rome Statute and I will distinguish four conceptions regarding how should be outlined the political element in these crimes.

* CONICET – UNC

Third, I will reconstruct the interpretation that the Supreme Court of Justice of Argentina and the Argentinean courts in general make of the requirements that a crime needs to fulfill for qualifying as a crime against humanity. The focus will be on the political element and specifically on the conditions that an organization must meet to be able to commit such crimes. Pursuant to that interpretation -only count as such those organizations which enjoy dominance over the territory-, Argentinean jurisprudence has concluded that groups like “Montoneros”, “ERP”, etc., had no capacity to commit such offenses. Fourth, I will compare Argentinean decisions with those taken by the international bodies responsible for implementing the international law of human rights. I particularly want to show that the requirement of territorial power is not considered by the International Criminal Court as an exclusionary requirement for being an organization according to the Rome Statute. To the extent that decisions of the latter organisms are to be considered binding, such comparison will also serve as an assessment and as a guide for future decisions: Argentinean courts should not justify in the lack of territorial power the exclusion of leftist organizations (of any organization) of the ability to commit this kind of offenses. Fifth, I will offer a reconstruction of the requirements that I believe should be taken into account (based on the normative conception that I consider right) in the legal definition of crimes against humanity. Again, the focus will be placed on the importance of territoriality in defining the scope of the policy requirement. With this conceptual tool in hand I will evaluate the precedents mentioned above. Finally I will focus on establishing what I consider the appropriate legal qualification of the crimes committed by the armed leftist groups in the seventies.

Palabras clave: delitos de lesa humanidad - elemento político - requisito de territorialidad - violencia política de izquierda

Key words: crimes against humanity - policy element - territorial power requirement - leftist political violence.

Sobre el dominio territorial como requisito del elemento político en la definición de los crímenes de lesa humanidad. Un análisis enfocado en la calificación jurídica de los actos de la izquierda armada en Argentina

A. Introducción: La teoría de los dos demonios

Desde ambos lados del espectro político se escuchan actualmente voces relativas a la necesidad de revisar la responsabilidad de la izquierda armada tanto por el advenimiento del terror en Argentina durante la década del setenta como por los crímenes cometidos desde sus filas. Desde la izquierda el reclamo de auto revisión es predominantemente moral.¹ Desde la derecha se reclama que los miembros de la guerrilla paguen por sus delitos tal como están pagando los miembros de las fuerzas armadas: en moneda de prisión. El reclamo, en otras palabras, es de responsabilidad jurídica. Más aún, la queja consiste en que si no se lleva a juicio a la izquierda armada entonces sólo se estaría contando la mitad de la verdad y se estaría castigando sólo a la mitad de los responsables, lo que sería inaceptable desde cualquier parámetro igualitario.

Sin duda, si hemos de juzgar únicamente a los miembros de las tres armas y a organizaciones para estatales como la triple A pero no los crímenes cometidos por la izquierda revolucionaria, las razones para así proceder deben ser no meramente buenas razones sino además claras y explícitas: mostrar porqué unos casos deben ser juzgados incluso hoy mientras que otros, si bien tal vez debieron ser juzgados ayer, hoy ya no son susceptibles de revisión judicial. No debe permitirse que un sector de la sociedad argentina albergue dudas sobre la justicia e imparcialidad del actuar de las instituciones republicanas.

A revisar la corrección de tal criterio diferenciador está en parte destinado este trabajo. Ahora bien, como es bien sabido, “todo intento de repensar la responsabilidad de las fuerzas insurrectas es en Argentina inmediatamente condenado bajo la acusación de contribuir a sostener la “teoría de los dos demonios”.² Revisemos entonces qué afirma dicha teoría, analicemos sus tesis y las críticas que enfrentó para determinar si algo queda y por qué debe desecharse lo que deba desecharse.

A mi modo de ver la teoría en cuestión está compuesta por una tesis causal explicativa y una tesis de atribución de responsabilidad.

* Las inquietudes presentes en este trabajo han salido a la luz gracias a las discusiones generadas en el ámbito del grupo de trabajo sobre “El juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial”, que codirijo junto a Hernán Bouvier. Agradezco sus aportes a todos los miembros del equipo. Agradezco también a los participantes del seminario “Nuevas ideas en el Derecho Penal Argentino”, convocado por Daniel Pastor, Gabriel Perez Barberá y Pablo Navarro, que tuviera lugar en Dique Chico, Córdoba, en Noviembre de 2012, sus valiosas críticas y observaciones a una versión preliminar de este trabajo. Espero se vean reflejadas adecuadamente en esta versión final.

¹ Ver DEL BARCO, O., *Carta enviada a La interperie por Oscar del Barco (diciembre de 2004)*, en “No matar, Sobre la Responsabilidad, Ediciones el Cíclope, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2008, pp. 31 - 35”; También HILB, C., *La responsabilidad como legado*, en César Tcach (comp.), “La política en consignas. Memoria de los setenta”, Rosario, Homo Sapiens, 2003, pp., 101 - 121. Allí Hilb (p. 101) se pregunta: “¿En qué contribuimos nosotros, los militantes de aquella izquierda setentista, a que el Terror del que fuimos tal vez las principales pero por cierto no las únicas víctimas, pudiera advenir? ¿Podemos desligarnos de toda responsabilidad en el advenimiento del horror o es acaso tiempo de recorrer sin concesiones nuestra propia participación en el atizamiento del infierno?”

² HILB, C., “¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?” Este texto inédito aparecerá próximamente en la Revista *Discusiones*.

En el nivel causal lo que afirma es que el terror del proceso se explica -en partes iguales- por la violencia de ambos bandos. Así en el prólogo de *Sábato al Nunca Más*:

“Durante la década del 70, la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto desde la extrema derecha como de la extrema izquierda”.³

En el nivel de la responsabilidad afirma que tanto (las cúpulas de) la guerrilla como de los militares eran igualmente responsables moral y jurídicamente y debían ser castigados por igual.

Comencemos por la tesis causal. La determinación de su verdad es relévale porque es una condición de atribución de responsabilidad. Veamos entonces ¿es cierta? Para evaluar esto cabría dividirla en dos tesis:

- a) Las acciones de los dos grupos causaron el terror.
- b) Ambos grupos contribuyeron *por igual* a su producción.

Contra la tesis causal es usual escuchar el argumento de que al momento del golpe la guerrilla ya estaba prácticamente derrotada, que el golpe no se explica como una reacción frente a la guerrilla sino, por ejemplo, por la necesidad de establecer un modelo neoliberal.

Este argumento me parece dudoso. Para evaluar su fortaleza bien cabe hacer el experimento mental de suprimir la violencia armada de izquierda en el período 69 – 76 y pensar si aún sin esa violencia se hubiese dado el golpe. A mi modo de ver ello es altamente improbable.

Hay otro elemento que complejiza el tema. Cuando hablamos de “causar el terror” surge una ambigüedad. Por “terror” nos podemos estar refiriendo a las causas del golpe de estado del 24 de marzo del 76 o a todo el daño provocado durante el período de la dictadura.

Detengámonos en el primer significado (atribuir causalidad a la izquierda por el modo en que actuaron las Fuerzas Armadas durante el proceso es del todo implausible). ¿Es cierta la teoría de los dos demonios en el sentido de que las acciones de ambos bandos causaron el golpe?

A mi modo de ver la tesis a) es verdadera: ambos contribuyeron de modos diversos a que acaezca el golpe. Pero la tesis b) es falsa. La igualdad de potencia causal no se sostiene porque el golpe fue un acto libre de determinadas personas: los militares podrían haberse abstenido de realizarlo de modo que su decisión es la principal causa de los hechos.

Analicemos ahora la teoría de los dos demonios como teoría de atribución de responsabilidad. Esta teoría se vio plasmada en los decretos 157 y 158 de Alfonsín que ordenaba promover acción penal tanto contra las cúpulas de las fuerzas insurrectas como contra las Juntas.

La teoría sostiene que

- a) ambos grupos son moral y jurídicamente responsables.
- b) que lo son en igual grado.⁴

3 CONADEP, “Nunca Más” Eudeba, Bs. As. 2006, p. 11.

Las tesis pueden ser ambas negadas, ambas afirmadas o afirmada la primera y negada la segunda.

Si los decretos de Alfonsín parecen sugerir que su gobierno asumía la verdad de ambas, su negación ha corrido a cargo de amplios sectores de la izquierda. Así Hebe de Bonafini con ocasión de la última edición del *Nunca Más* durante la gestión de Néstor Kirchner se refería en estos términos al antiguo prólogo donde a su entender se sostenía la teoría de los dos demonios:

“Sábado junto a Tróccoli hicieron esa mierda para hablar de dos demonios”, nuestros hijos no eran demonios. Eran revolucionarios, guerrilleros, maravillosos y los únicos que defendieron a la Patria”.⁵

La determinación del valor de verdad de la tesis en cuestión es central: nos permitirá a nosotros revisar tanto nuestros juicios morales sobre los hechos como juzgar la corrección del proceso de juzgamiento que tuvo lugar con el advenimiento de la democracia y que luego de las leyes de impunidad y los indultos vive hoy un nuevo período de auge que, a diferencia del primero, tiene en los militares a sus únicos imputados.

A mi modo de ver la tercera opción (ambos grupos son moral y jurídicamente responsables pero no lo son en igual grado) es la correcta. Esto equivale a afirmar que la teoría de los dos demonios es falsa (pues la teoría es una conjunción de dos tesis y quien niega una niega la verdad de la teoría). Ahora bien, la falsedad de la teoría se puede sostener sobre razones equivocadas. De modo que lo que haré a continuación es explicitar las razones por las que considero que debe ser rechazada y diferenciarlas de otras razones para el rechazo, particularmente las que ha hecho suyas la jurisprudencia argentina, que a mi juicio no son razones en absoluto.

Comenzaré distinguiendo someramente los argumentos que desafiaron la equiparación de responsabilidades.

a) La desproporción entre las víctimas del terrorismo de estado por un lado y de la guerrilla por el otro está fehacientemente documentada. Este hecho, que apunta a una responsabilidad diferenciada, creo que se puede dar por cierto. Las fuerzas insurrectas asesinaron a algunos cientos (la mayoría pertenecientes a las fuerzas de seguridad del Estado) mientras que, según la CONADEP, las víctimas de los militares fueron cerca de 9000 (de los cuales una buena parte, si bien militantes de izquierda, eran civiles no combatientes). Como todos sabemos, la cifra canónica es de 30000 desaparecidos.

b) Existe una diferenciación clara entre ambos bandos en virtud de los métodos empleados: la tortura, la desaparición, el secuestro sistemático, los campos de concentración y el robo de niños, sólo fueron utilizados sistemáticamente por las fuerzas militares usurpadoras del poder. Esto es un hecho fehacientemente documentado que no requiere mayor discusión.

c) El poder fáctico de los militares a cargo del Estado era incomparable con el de la insurrección, esto implicaría que los militares tienen mayor responsabilidad. No me resulta del todo claro el peso de este

⁴ Creo sin embargo que hay una tercera tesis presupuesta en la teoría de los dos demonios: la responsabilidad es algo que se predica del colectivo y no de cada individuo, de modo que todos los miembros del colectivo, en algún sentido, son responsables o inocentes, o deben o no ser juzgados.

⁵ Declaraciones de Hebe de Bonafini, tomadas de “Controversia por el prólogo agregado al informe “Nunca más”, en La Nación, edición del viernes 19 de mayo de 2006. Disponible on line en: <http://www.lanacion.com.ar/807208-controversia-por-el-prologo-agregado-al-informe-nunca-mas>

argumento (podría haber aquí algo similar a la falacia naturalista). Pero sin duda hay un punto moral en el mayor juicio de reproche que hacemos al abuso de poder por parte del más fuerte.

d) Las responsabilidades no pueden ser equiparadas porque los militares estaban a cargo del Estado, es decir, del poder político que es el garante de la paz social y de las normas que aseguran la vida en común. Los grupos armados, por el contrario, son simples particulares. Al estar a cargo del Estado, la responsabilidad de los militares es mayor: sólo sus crímenes (y no los de aquellos que no estaban en esa situación) son delitos de lesa humanidad.⁶

Una versión de esta última tesis (la que califica como delitos de lesa humanidad no sólo a los cometidos desde el Estado sino también a los cometidos por organizaciones cuasi-estatales con poder territorial -y simultáneamente niega que las organizaciones de izquierda hayan cumplido con dicho requisito-) está detrás de la postura adoptada por el Estado argentino en la segunda generación de juicios. Ello equivale al abandono de la teoría de los dos demonios como discurso de estado.⁷ En lo que sigue me detendré en el análisis de esta posición y de las razones que a su favor aducen sus defensores. Cabe apuntar que la diferente responsabilidad está aquí vinculada a la mera pertenencia al aparato del Estado: es independiente del tipo de crimen cometido, del método empleado, etc. Lo que se afirma es que dos acciones injustas tales que fuera de contexto pueden merecer la misma calificación normativa, eg., homicidio, en realidad cambian de calificación dependiendo del contexto en que se cometieron y que particularmente, esas acciones son calificables como delitos de lesa humanidad sólo en tanto fueron cometidas desde el Estado o por organizaciones similares a los Estados. La pertenencia al Estado o a una organización cuasi-estatal es para esta posición un requisito esencial para contar con la capacidad de cometer crímenes de lesa humanidad. Del hecho de que un crimen sea de lesa humanidad se sigue su carácter imprescriptible, y por lo tanto la posibilidad de seguir sometiendo a juicio a sus autores. Por esta razón estarían hoy siendo juzgados los militares y no los civiles miembros de las fuerzas insurrectas (organizaciones ni estatales ni cuasi-estatales) cuyos crímenes habrían prescripto.

El punto está entonces en la determinación de los requisitos para que un delito califique como de lesa humanidad. Debemos determinar si es adecuada la reconstrucción que de dichos requisitos ofrece la jurisprudencia argentina hoy dominante.

B. Los delitos de lesa humanidad según el Estatuto de Roma.

⁶ Así Hilb: La eliminación de todo tipo de normas de contención, jurídicas cívicas y éticas en la persecución del enemigo por parte del poder político, cuya función es precisamente custodiar la existencia de normas comunes que contengan los conflictos en un marco de regulación, es incomparable con la negación activa de estas normas por parte de una fuerza insurreccional, cuyo accionar puede ser juzgado en el marco de la ley que viola. Al hacer, desde el lugar del poder y la ley, de la ilegalidad su Norma, el terrorismo de estado daña de una manera incomparable a cualquier acción insurreccional –insisto, siempre juzgable- la posibilidad misma de la vida política.” HILB, C., “¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?”, cit. Nota 2.

⁷ En este sentido FILIPPINI, L., “La definición de los crímenes contra la humanidad en el fallo ‘René Jesús Derecho’ de la Corte Suprema”, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 4*, Hamurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 320 y ss.

Toda indagación sobre el límite entre delitos comunes y crímenes de lesa humanidad o, lo que es lo mismo, todo intento de precisar este último concepto, debe comenzar hoy por la definición que de tales delitos hace el Estatuto de Roma.⁸ Dicho Estatuto afirma

Artículo 7

Crímenes de lesa humanidad

1. 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 o cualquier otra forma de violencia sexual 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.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea 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 ese ataque o para promover esa política; (la cursiva es mía)

La dogmática ha distinguido dos condiciones centrales (aquí podemos dejar de lado mayores precisiones sobre el punto) que deben darse para que un delito sea de lesa humanidad. Por un lado el elemento contextual, es decir, un delito de los enumerados será calificable como de lesa humanidad cuando se cometa *como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil*. Por otro lado el elemento político, es decir, un delito será crimen de lesa humanidad sólo si se comete de conformidad con la política de un Estado o una organización.

Las preguntas aquí relevantes son relativas al elemento político. La primera tiene que ver con qué justifica que los delitos cometidos desde el Estado y desde ciertas organizaciones merezcan un tratamiento más gravoso para el imputado (jurisdicción universal, imprescriptibilidad, inamistiabilidad, etc.) que otros delitos tanto o más aberrantes cometidos por individuos u organizaciones que no califican como aquellas

⁸ Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Aprobado en Argentina por ley 25.390 del 30/11/ 2000, el Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Puede cuestionarse sin embargo la aplicabilidad de la definición de delitos de lesa humanidad contenida en el Estatuto a hechos cometidos en la década del 70. Como bien señala el procurador en la causa “Derecho” (Expte. D. 1682. XL. RHE, Derecho, René Jesús s/ Incidente de Prescripción de la Acción Penal -causa n° 24079- fecha 01/09/2006, ver punto III.A del dictamen) el Estatuto amplía antes que restringe el espectro de lo aceptado como crímenes de lesa humanidad. Sólo con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios vinculados a los crímenes de Yugoslavia y Ruanda se comenzó a flexibilizar el requisito político. En otras palabras, hasta la década del 90 había acuerdo en que los únicos capaces de cometer delitos de lesa humanidad eran los Estados. Si éste es el caso entonces, por aplicación del principio de ley penal más benigna, deberíamos excluir de la posibilidad de cometer estos crímenes a las organizaciones no estatales que actuaron antes de los 90.

capaces de cometer delitos de lesa humanidad. La pregunta es, en otras palabras, sobre la fundamentación del elemento político como requisito necesario de la comisión de crímenes de lesa humanidad.⁹

La segunda tiene que ver con cuál es el concepto de “organización” en juego, con cuál es su alcance y, en consecuencia, con qué organizaciones no estatales son capaces de cometer delitos de lesa humanidad. Aquí me centraré sólo en este problema ya que es más específico y útil a los propósitos aquí perseguidos.¹⁰

Respecto de quién tiene capacidad de cometer delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, respecto de qué organizaciones pueden cometer estos delitos, en la doctrina existen cuatro posturas.

- 1) La primera postura (estricta) limita la capacidad sólo a los Estados de iure o de facto. Consecuentemente excluye a las organizaciones no estatales. Pese a que quienes afirman que el artículo 7 del Estatuto de Roma debería leerse en este sentido,¹¹ a mí entender una interpretación semejante resulta un tanto forzada en virtud de su texto expreso. Quizás la mejor lectura de esta postura sea considerarla como afirmando que la justificación del agravamiento sólo alcanza a los Estados y que esto justificaría un cambio de la legislación internacional (excluyendo a las organizaciones de la capacidad de cometer tales delitos).¹²
- 2) La segunda postura (intermedia) afirma que son calificables como delitos de lesa humanidad los cometidos tanto por Estados como por organizaciones similares a los Estados. Aquí el tema es qué características se consideran relevantes para establecer la similitud. Al respecto hay al menos dos posiciones:
 - a) Considerar como relevante a los fines de la similitud sólo el dominio sobre el territorio. Esta es una postura restrictiva ya que entonces sólo contarán como capaces de cometer delitos de lesa

⁹ La justificación del requisito político está actualmente en debate. A favor de la eliminación de dicho requisito del artículo 7 del Estatuto de Roma y, en general, de la misma definición de crímenes de lesa humanidad, ver por ejemplo, HALLING, M., “Push the Envelope – Watch it Bend: Removing the Policy Requirement an Extending Crimes against Humanity”, *Leiden Journal of International Law*, 23 (2010), pp. 827 -845.

¹⁰ Volveré sobre el problema general de la justificación sólo cuando sea útil a los fines de delinear el concepto de organización normativamente relevante. Cabe sin embargo destacar la esencial vinculación entre el ámbito normativo y el conceptual en este tipo de cuestiones. Así, sólo contarían como crímenes contra la humanidad aquellos actos respecto de los cuales tengamos buenas razones para imputarles las consecuencias propias de esos delitos. Igualmente si el carácter estatal del actor es relevante como elemento justificatorio de la agravante, entonces puede que sólo las organizaciones alcanzadas por la misma justificación que la que habilita una mayor incriminación para los Estados sean susceptibles de cometer delitos de lesa humanidad. Otra posibilidad es que contemos con una justificación independiente para agravar los actos de estas organizaciones. Es claro que si no hay ninguna justificación que las alcance entonces deberíamos excluirlas de la capacidad de cometer tales crímenes.

¹¹ CHERIF BASSIOUNI, M., “The Legislative History of the International Criminal Court,” Ardsley, N.Y. : Transnational Publishers, 2005 pp.151–52.: “ En contra de lo que opinan algunos de sus defensores, el artículo 7 no implica un nuevo desarrollo de los crímenes contra la humanidad, a saber, su aplicabilidad a actores no estatales. Si ese fuera el caso, la mafia, por ejemplo, podría ser imputada por tales crímenes ante la CPI, y eso claramente no es conforme ni a la letra ni al espíritu del artículo 7. La cuestión surgió luego del 11/09, sobre si grupos tales como Al-Qaeda, que opera mundialmente y es capaz de producir daños significativos en más de un Estado, caen dentro de la categoría. En la opinión de este autor, grupos como ese no califican para su inclusión dentro del significado de crímenes contra la humanidad según la definición del art. 7. . . El texto claramente se refiere a una política estatal y las palabras ‘política de una organización (organizational policy)’ no se refieren a la política de una organización sino a la política de un Estado. No se refiere a actores no estatales.” Cabe también notar que quienes la sostienen como interpretación del Estatuto lo hacen sobre la base de que su texto en inglés habla de que dichos delitos son ataques a la población civil “pursuant to or in furtherance of a State or *organizational* policy”. Así “organizational policy” como adjetivo y no como sustantivo, referiría a la política de un órgano del Estado.

¹² En el ámbito teórico, quienes justifican la noción de crímenes de lesa humanidad en virtud de la especial gravedad de la criminalidad estatal, se comprometen (o deberían comprometerse si pretenden ser consecuentes) con la exclusión de las organizaciones no estatales de la capacidad de cometer estos delitos. Al respecto ver LUBAN, D., “A theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, 29 2004, pp., 85-167, disponible on line en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146>; VERNON, R., “What is a Crime Against Humanity” *The Journal of Political Philosophy*, Volume 10, n° 3, 2002, pp. 231 249.

humanidad organizaciones que hayan desplazado al Estado del territorio en cuestión, ie., organizaciones tales que lo único que les falte para ser Estados completos sea reconocimiento internacional.

- b) Considerar como relevantes a los fines de establecer la similitud otras características indicativas distintas del poder territorial tales como (y aquí meramente a título de ejemplo): a) ser un grupo de personas, b) que actúe con un propósito común, c) por un período de tiempo prolongado, d) con estructura jerárquica, e) con capacidad de imponer una política sobre sus miembros y sancionarlos, f) con capacidad de atacar a la población civil.
- 3) También hay quienes entienden que cualquier tipo de organización puede cometer delitos de lesa humanidad. Ello en tanto tenga la capacidad de atacar valores humanos fundamentales. Esta postura abandona la exigencia de similitud con el Estado.
- 4) Una última postura afirma que se debe quitar la referencia a grupos (Estados u organizaciones no estatales) en virtud de que se debe poder incriminar por estos delitos también a individuos en tanto cometan las atrocidades que el Estatuto está llamado a conjurar.¹³

Estas son posturas teóricas, relativas a cómo debe concebirse la capacidad de comisión de estos delitos. Ahora bien, en virtud de que el texto de la convención establece taxativamente que sólo pueden ser sujetos activos los Estados y las organizaciones, la interpretación dogmática debe limitarse a la segunda y a la tercera alternativa.

C. El criterio seguido por los tribunales argentinos

En los años posteriores a la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la Corte suprema de Justicia de la Nación, si bien no ha se ha visto en la necesidad de sentar postura expresa frente a la calificación normativa de los actos de la izquierda armada en los setenta, sí se ha pronunciado sobre la definición de los delitos de lesa humanidad y, específicamente, sobre las características requeridas para ser capaz de calificar como sujeto activo de tales delitos. Particularmente en “Simón”¹⁴, y “Derecho”¹⁵ se pronunció a favor de una interpretación estricta de la segunda postura: pueden cometer delitos de lesa humanidad el Estado y las organizaciones no estatales con base territorial. Revisemos sus Argumentos.

a) Fallo “Simón”.

El fallo “Simón” es complejo por diferentes razones, entre ellas que la cuestión central no era relativa a la capacidad de las organizaciones de izquierda de cometer estos delitos y que los jueces votaron de una forma notablemente atomizada. Sin embargo no debe dejar de destacarse que, en su voto, con cita a M. Cherif Bassiouni,¹⁶ la Dra. Carmen Argibay sostuvo que

“...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

¹³ Ver nota 9.

¹⁴ Simon, Julio Hector y otros (14/06/2005 - Fallos: 328:2056).

¹⁵ Derecho, René Jesús, (11/07/2007 - Fallos: 330:3074).

¹⁶ BASSIOUNI, CHERIF M., “Crimes Against Humanity in International Criminal Law”, Kluwer Law International, La Haya, 1999, Capítulo 6, especialmente pp. 243/246 y 275.”

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”¹⁷

b) Fallo “Derecho”

En el caso en cuestión¹⁸ se investigaba el supuesto hecho de torturas cometidas en abril de 1988 contra Juan Francisco Bueno Alves. El perpetrador de tales actos habría sido el oficial René Jesús Derecho. El fallo es importante pues, pese a no estar directamente abocado a tratar los delitos cometidos por las organizaciones de izquierda, define lo que a criterio de la Corte ha de entenderse como crimen contra la humanidad y, específicamente, establece los límites y alcances del requisito político. La Corte, remitiendo al dictamen del procurador,¹⁹ sostuvo que el delito no constituía un crimen contra la humanidad sino un delito común y que por lo tanto había prescrito. En el dictamen aludido el procurador sostuvo que tanto en virtud de la definición de crímenes de lesa humanidad contenida en el Estatuto de Roma como en virtud de los “criterios de guía más generales” desarrollados por la doctrina para trazar el límite entre delitos comunes y de lesa humanidad, los hechos investigados no caían dentro de esta última clase.

Comencemos por la reconstrucción de estos últimos parámetros en el entendimiento del procurador. Comienza señalando que a diferencia de los delitos comunes que lesionan sólo los derechos fundamentales de las víctimas, los delitos de lesa humanidad “implican una lesión a toda la humanidad como conjunto.” Sin embargo, como él mismo bien reconoce, nos hace falta aún un criterio para determinar bajo qué circunstancias un delito concreto ofende a la humanidad en su conjunto. De no contar con un argumento al respecto la afirmación quedaría sólo como un ejemplo de retórica exitosa.

Para establecer el criterio en cuestión, ie., para el análisis de las razones generales que favorecen una definición y no otra de “delitos de lesa humanidad” el procurador hace suyos los argumentos sostenidos por David Luban en *A theory of crimes against humanity*.²⁰ Siguiendo a Luban el procurador afirma que el propósito de los crímenes contra la humanidad es proteger la característica propiamente humana de ser un “animal político”, es decir, de agruparse y formar organizaciones políticas necesarias para la vida social. La característica humana de vivir en grupo, la necesidad natural de vivir socialmente, tiene por consecuencia la exigencia de crear una organización política artificial que regule esa vida en común. La mera existencia de esa organización, sin embargo, implica una amenaza, al menos abstracta, al bienestar individual. Los crímenes de lesa humanidad representan la amenaza más grave: se trata de casos en los que la política se ha vuelto cancerosa o perversa. El ser humano no puede vivir sin una organización política, pero la constitución de un orden institucional crea el riesgo y la amenaza permanente de que éste se vuelva en contra del hombre (op. cit., p. 90 y ss. y p. 117 y ss.). Los casos de crímenes de lesa humanidad son justamente la realización de la peor de esas amenazas, la de la organización política atacando masivamente a quienes debía cobijar. “Humanidad”, por lo tanto, en este contexto, se refiere a la característica universal de ser un “animal político” y la caracterización de estos ataques como crímenes de lesa humanidad cumple la función de señalar el interés común, compartido por el género humano, en que las organizaciones políticas no se conviertan en ese tipo de maquinaria perversa. El criterio de distinción entonces radicaría no en la naturaleza de cada acto individual (es decir, por ejemplo, cada homicidio) sino en su pertenencia a un contexto

¹⁷ Considerando n° 10 del voto de la Dra. Argibay en “Simón”. Fallos: 328:2056.

¹⁸ Ver nota 15.

¹⁹ Ver nota 8.

²⁰ LUBAN, D., “A theory of Crimes Against Humanity”, ver nota 12.

específico: “El alto grado de depravación, por sí mismo, no distingue a los crímenes de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control (op. cit., p. 120).”²¹

La justificación aquí reconstruida limita el concepto de delitos de lesa humanidad básicamente a los gobiernos. Pero tanto el procurador como David Luban incluyen (sin que esto requiera a su entender mayor aclaración), en el alcance de la justificación a las organizaciones cuasi-gubernamentales.

Seguidamente el procurador pasa a analizar la categoría desde un punto de vista histórico y destaca que tuvo su origen al finalizar la segunda guerra mundial. Efectivamente el Estatuto de Nüremberg da una primera definición estatutaria de estos delitos teniendo en mente las atrocidades cometidas por el régimen nacionalsocialista, es decir crímenes aberrantes y de gran magnitud “cometidos por la organización política en contra de sus propios ciudadanos... o contra civiles de Estados enemigos... La categoría... nace como respuesta a las manifestaciones más terribles del poder estatal pervertido en infractor de los derechos humanos”.²² Estas consideraciones también apuntan en la dirección de que sólo están alcanzados por esta calificación los crímenes cometidos desde el Estado (y organizaciones cuasi-estatales).

Tras revisar estos “criterios de guía más generales” el procurador se avoca al análisis de la definición legal de estos delitos: la contenida en el Estatuto de Roma. Aquí sí se detiene a dar cuenta del concepto de organización que considera relevante y por lo tanto este punto merece especial atención. Al respecto afirma que según el Estatuto de Roma los crímenes en cuestión son a) los actos atroces enumerados en el artículo 7 de dicho Estatuto, ie., un núcleo de actos de extrema crueldad. b) Estos actos deben haber sido llevados a cabo *como parte de* un “ataque generalizado o sistemático”, c) dicho ataque debe estar dirigido contra una población civil, d) de conformidad con la política de un Estado o de una organización, o para promover esa política.²³

Pasa seguidamente el procurador a analizar la jurisprudencia y la doctrina relativa al entendimiento del artículo 7 del Estatuto. Con cita al fallo “Prosecutor vs Tadic”, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997, refiere que los requisitos de generalidad y sistematicidad tienen como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes de lesa humanidad. “Generalidad” significa, según el fallo, la existencia de un número de víctimas, mientras que “sistematicidad” hace referencia a la existencia de un patrón o de un plan metódico.

Luego se refiere a lo que en doctrina se conoce como requisito político: el ataque debe haber sido llevado a cabo de conformidad con la política de un Estado o una organización. Afirma que “política” refiere aquí a las orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado. Este requisito sirve también para la exclusión de la categoría de delitos de lesa humanidad de actos aislados o aleatorios.

Importante para nuestro propósito aquí. Nuevamente citando el fallo “Prosecutor vs Tadic” el procurador afirma que “la política de persecución no necesariamente tiene que ser la del Estado. Pero aun cuando la fuerza que impulsa la política de terror y /persecución no sea la de un gobierno, debe verificarse el

²¹ Ver considerando IV, cuarto párrafo, del dictamen del procurador.

²² Idem, considerando IV, séptimo párrafo.

²³ Idem, considerando V, primer párrafo.

requisito de que al menos debe provenir de un grupo que tenga control sobre un territorio o pueda moverse libremente en él (fallo citado, apartado 654).”²⁴ El procurador continúa afirmando que cuando el texto de la letra “a”, inciso 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma se refiere a una “organización” como el tipo de ente que junto al Estado, puede promover 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.”²⁵ 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 de un territorio por su parte, o por parte de grupos insurrectos en lucha pareja por el control del Estado.”²⁶ Aparte de la equivocada referencia a la autoridad del fallo “Tadic” el procurador no parece necesario ofrecer mayores razones a favor de la postura que adopta.

Aplicado el *holding* de “Derecho” a los delitos de la izquierda argentina cometidos antes y durante el golpe de estado del 76 (delitos que, repito, no fueron expresamente considerados en el caso) resulta que estos no son delitos de lesa humanidad porque las organizaciones de izquierda no tenían control territorial y por lo tanto no cuentan entre las organizaciones previstas por el art. 7 del Estatuto de Roma.

c) Fallo “Rucci”

²⁴ Idem, considerando V, noveno párrafo. Cabe resaltar que el procurador tergiversa el fallo “Tadic” al utilizarlo como fundamento de su posición limitadora de la capacidad de cometer delitos de lesa humanidad sólo a Estados y organizaciones con poder territorial. (En el mismo sentido “MANFRONI, C., “Lesía humanidad: la doctrina mal citada”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 67, n° 2, dic. 2007, pp. 30 y ss.,

disponible on line en <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id6/lesa-humanidad.pdf> . En contra FILIPPINI, L., “La definición de los crímenes contra la humanidad en el fallo “René Jesús Derecho” de la Corte Suprema”, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 4*, Hamurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 336 y ss.). En realidad el fallo afirma que ni siquiera la territorialidad es un requisito necesario y que cualquier organización puede cometer delitos de lesa humanidad. Al respecto nada mejor que citar el fallo. Así, si bien es cierto que, como cita el procurador, en el considerando 654 el fallo afirma que “la ley en relación con los crímenes contra la humanidad se ha desarrollado hasta tener en cuenta fuerzas que, aunque no aquellas del estado legítimo, tienen poder de hecho sobre, o son capaces de moverse libremente dentro de, un territorio definido”; también es cierto que el fallo continúa sosteniendo que “... bajo el derecho internacional los crímenes contra la humanidad pueden cometerse en representación de entidades que ejercen control de facto sobre un particular territorio pero sin reconocimiento internacional de estatus formal como estado de iure **o por un grupo u organización terrorista**. En el considerando 655, continúa en el mismo tono. Hace suyos los argumentos de la Comisión para el Derecho Internacional en el sentido de que estos actos “**ni siquiera requieren estar dirigidos o instigados por un grupo en control permanente del territorio**.” Continúa destacando que dicha Comisión no descarta “la posibilidad de que individuos privados con poder de facto u organizados en bandas criminales o grupos puedan también cometer este tipo de violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos...” Por todas estas consideraciones el tribunal concluye afirmando que “aunque una política de cometer estos actos debe existir, no necesita ser la política de un estado”. En virtud de las consideraciones apuntadas, ie., que una organización terrorista puede cometer estos crímenes y que dichas organizaciones no requieren dominar un territorio para contar como tales, está claro que tampoco necesita ser la política de una organización con dominio territorial.

Además de “Tadic”, el procurador cita en apoyo de su posición (la limitación de la capacidad para cometer delitos de lesa humanidad a las organizaciones con poder territorial) dos artículos de doctrina. Respecto de uno de ellos (ARSANJANI, M, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, en *American Journal of International Law*, January 1999, p. 31), el procurador afirma que se conforma parcialmente con su interpretación del término “organización” aunque ampliándola considerablemente. Es digno de notar que dicha ampliación es tal que en absoluto limita la capacidad de cometer estos delitos a las organizaciones con poder territorial. En efecto, Arsanjani afirma que según el art. 7 de la convención “los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos no sólo por o bajo la dirección de miembros del Estado sino también por ‘organizaciones’. La última palabra está dirigida a incluir grupos tales como organizaciones terroristas u organizaciones de movimientos separatistas o insurreccionales.” Como un grupo terrorista no requiere base territorial, entonces, de acuerdo con nuestra autora, no es cierto que el dominio territorial sea un requisito.

²⁵ Tal como la Policía Federal Argentina, uno de cuyos miembros habría torturado a Bueno Alves.

²⁶ Ver el dictamen del procurador, considerando V, doceavo párrafo.

En la causa “Derecho” la Corte Suprema, si bien caracteriza los delitos de lesa humanidad, no tiene ante sí un hecho cometido por una organización armada. Este sí es el caso en la recientemente resuelta en primera instancia causa “Rucci”, fallada por el Juez Federal Ariel Lijo el 10 de agosto de 2012.²⁷ En dicha causa se investiga el asesinato, el 25 de setiembre de 1973, de José Ignacio Rucci, supuestamente a manos de la agrupación Montoneros. Adecuadamente el juez interviniente considera que la acción penal sólo se encontraría vigente si el delito en cuestión fuera imprescriptible. Como la imprescriptibilidad de un delito depende de su carácter de crimen contra la humanidad, el juez se aboca a determinar si éste es el caso.

El juez rechaza esta calificación y en consecuencia declara prescripto el delito sobre la base de dos tipos de consideraciones diferentes, una relativa al elemento político y otra al elemento de contexto.

En primer lugar, afirma el juez que la organización Montoneros no tenía dominio sobre el territorio y que, por lo tanto, no cuenta como una organización a los fines del Estatuto de Roma, ie., no es capaz de cometer delitos de lesa humanidad. Al respecto sostiene que “el término organización, si no se vincula con el Estado, debe referirse a un ente -autoridad- que ejerza una dominación política análoga”²⁸ Para que éste sea el caso el juez entiende que la organización en cuestión debe haber “neutralizado el poder del Estado y ejercido de facto un dominio absoluto sobre la población en un cierto territorio”.²⁹ En apoyo de esta postura cita el voto de la Dra. Argibay en el fallo “Simón”, tal cual ha sido referido más arriba. En el mismo sentido cita un texto de Alicia Gil Gil donde esta autora afirma que “Sólo cuando la organización o grupo ha alcanzado tal poder que neutraliza el poder del Estado o controla de facto un parte del territorio puede hablarse de la necesidad de la intervención subsidiaria del Derecho Penal Internacional”³⁰ Asimismo el juez tiene por acreditado que “la agrupación “Montoneros” nunca ejerció un dominio político similar sobre un territorio determinado”³¹

Pero el particular interés del fallo es que agrega algunas consideraciones (ausentes del dictamen del procurador en “Derecho”) respecto de por qué la territorialidad sería tan importante a los fines de determinar si una organización cuenta o no como tal a los fines del Estatuto.³² Al respecto remite por un lado al voto del Dr. Lorenzetti en “Simón”. Allí el Dr. Lorenzetti afirma que “es característico de estos 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.”³³ En un sentido similar remite al voto del Dr. Maqueda en la misma causa. Allí Maqueda sostiene que “una de las características peculiares en la persecución de estos crímenes consiste en qué, en diversas ocasiones, no es posible su represión efectiva ante la ausencia de un marco nacional de punición que ha quedado insertado en un proceso político en el cual las mismas personas que cometieron tales hechos impiden, de un modo u otro, la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables. La protección de tales derechos humanos -y el

²⁷ Causa n° 13683/08 caratulada “N.N. s/asociación ilícita” disponible on line en <http://contenidos2.tn.com.ar/2012/08/10/Fallo-Rucci.pdf>

²⁸ Idem, considerando V.3.D, octavo párrafo.

²⁹ Idem, considerando V.3.D, noveno párrafo. Aquí el juez está haciendo referencia al voto del Dr. Freiler en la causa 40.188, Rovira, Miguel s/prisión preventiva, resuelta por la CCCFed., Sala I, el 14/03/08. Allí se estableció que la organización paraestatal “Tiple A” satisfacía el elemento político de los crímenes contra la humanidad justamente en virtud de las consideraciones arriba apuntadas.

³⁰ GIL GIL, A., “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 Supranacional”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 122.

³¹ Dictamen del procurador, Considerando V.3.D, doceavo párrafo

³² Ver considerando V.3.C, tercer párrafo y considerando V3.D., cuarto párrafo.

³³ Fallo Simón, (328:2056), voto del Dr. Lorenzetti, considerando 13.

establecimiento de la Carta misma- supone la inexistencia de mecanismos suficientes para proteger los derechos de los habitantes de la comunidad universal.”³⁴

Parece entonces que la razón para agravar estos hechos, ie., para adosarles la imprescriptibilidad como una entre otras consecuencias normativas, es que al ser cometidos desde una situación de poder, es altamente probable que queden impunes. Esta situación de mayor poder e impunidad se ve cristalizada cuando hay dominio político (normativo o fáctico) sobre el territorio. En otras palabras: poder territorial es equivalente a garantía de impunidad.

Por otro lado el juez considera que la organización “Montoneros” no puede ser juzgada por crímenes contra la humanidad debido al simple hecho de que no cometió un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, es decir, no se da el elemento de contexto. A los fines del análisis es provechoso desdoblarse la afirmación.

En primer lugar el juez afirma que no hubo un ataque generalizado y sistemático atribuible a Montoneros. Hace suyos los argumentos esgrimidos en el fallo “Salgado, José María s/recurso de casación”, (causa en que se juzgó el carácter de delito de lesa humanidad de un ataque con bomba a la Superintendencia de Seguridad de la Policía Federal Argentina atribuido a “Montoneros”). Allí se sostuvo que: “la sistematicidad o generalidad del ataque en el marco de la denominada ‘pauta de contexto’ no se desprende de la descripción del hecho denunciado en las presentes actuaciones, pues éste se plantea como aislado y, frente a los demás sucesos alegados por los recurrentes cuya autoría también correspondería a Montoneros, carente de la ilación requerida por el tipo...”³⁵

En segundo lugar el juez sostiene que no hubo ataque contra la población civil. Al respecto se refirió nuevamente al criterio establecido en el fallo “Salgado” recién citado. Allí la Cámara sostuvo que estos requisitos “no sólo no se advierten en las presentes actuaciones (caso de la bomba que explotó en dependencias de la Policía Federal) pues la mayoría de los damnificados en el suceso denunciado era personal policial (en actividad y que, a su vez, se encontraba cumpliendo funciones dentro de una dependencia perteneciente a la institución), sino que, además, del resto de los hechos que traen a colación los recurrentes como de autoría de “Montoneros” (a los fines de contextualizar el hecho traído a estudio), también habrían arrojado como resultado la muerte o lesiones de personal integrante de alguna de las fuerzas constitutivas de la Junta Militar de gobierno, quienes no ingresan en la noción de “población civil”, impidiendo por tanto, la subsunción legal pretendida.”³⁶

En conclusión, en la causa “Rucci” *Montoneros* no fue considerada una organización capaz de cometer delitos de lesa humanidad sobre la base de tres argumentos: a) no tenía dominio territorial y por lo

³⁴ Fallo Simón, (328:2056), voto del Dr. Maqueda, considerando 55.

³⁵ C.N.C.P. Sala I, causa n° 9.880, “Salgado, José María s/recurso de casación”, Reg. N° 17.457 del 22/03/11.

³⁶ (C.N.C.P. Sala I, causa n° 9.880, “Salgado, José María s/ recurso de casación”, Reg. N° 17.457 del 22/03/11). Curiosamente el juez Lijo, luego de citar favorablemente las consideraciones de la CNCP arriba transcritas continúa del siguiente modo. “Las consideraciones señaladas han sido adecuadamente aglutinadas y analizadas por Ambos y Wirth y sobre esa bases concluyen que en la pauta de contexto que caracteriza a los delitos de lesa humanidad siempre se ha logrado advertir ... un vínculo con algún tipo de autoridad (AMBOS, K. Y WIRTH, S., *El derecho actual sobre los crímenes contra la humanidad*, en AMBOS, K., “Temas de Derecho Penal Internacional y europeo” Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 173), ya sea con el Estado o alguna organización ligada a él.” Continúa el juez con una serie de argumentos de autoridad (citas a David Luban y al fiscal general al cargo de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos) que indican que entiende que la categoría de delitos de lesa humanidad está vinculada exclusivamente a actos de las autoridades del Estado en contra de la población civil. Esto último de ningún modo se sigue de lo afirmado sobre las acciones de Montoneros y, en mi opinión (y, como veremos, en la de los jueces de la CPI) es falso.

tanto no podía contar como organización a los fines del Estatuto. b) no cometió un ataque generalizado y sistemático, c) no cometió un ataque contra la población civil. A continuación analizaré la suerte que el primer argumento, el más fuerte a nivel institucional ya que es el que ha utilizado la CSJN en el fallo “Derecho”, ha corrido en los tribunales internacionales. Me referiré a los otros dos argumentos del fallo “Rucci” en el último apartado de este trabajo.

D. Jurisprudencia Internacional

1) La jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc

Para los tribunales ad hoc las organizaciones no estatales son capaces de cometer crímenes de lesa humanidad. Cabe recordar que, de modo consecuente con las realidades que habían sido llamados a juzgar, ni el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ni el Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda, de 1993 y 1994 respectivamente, establecían, un elemento político como requisito para la capacidad de cometer crímenes de lesa humanidad. Mucho menos excluían a ninguna organización de la capacidad de cometer tales delitos. El artículo 5 del primero establecía

Crímenes de lesa humanidad.

“El Tribunal Internacional tendrá la potestad de juzgar a las personas responsables de los siguientes crímenes cuando fueran cometidos en un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o interno y dirigido en contra de cualquier población civil.” Y sigue la lista.

El Estatuto del Tribunal internacional para Ruanda por su parte, en su artículo 3, establecía que

“El Tribunal Internacional para Ruanda 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: lista de crímenes.” Y a continuación la enumeración de los crímenes

Los fallos de estos tribunales reflejan este criterio amplio.

a) “Prosecutor vs. Tadic” (Tribunal para la ex Yugoslavia), mayo de 1997.

Este fallo (el citado por el procurador en “Derecho”) amplía por primera vez desde la segunda guerra mundial (desde el Tribunal de Nuremberg los sujetos activos de estos delitos eran sólo los Estados) la capacidad de comisión de crímenes contra la humanidad a las organizaciones no estatales. Así sostiene: “La concepción tradicional era que, de hecho, no solo que debía haber una política sino que debía ser una política de estado, como en el caso de la Alemania Nazi. Si bien este puede haber sido el caso durante la segunda guerra mundial, y por lo tanto la jurisprudencia seguida por las cortes llamadas a resolver cargos de delitos de lesa humanidad acontecidos durante ese período, ya no es más el caso. La ley en relación a los crímenes de lesa humanidad se ha desarrollado hasta incluir fuerzas que, aunque no las de un Estado legítimo, tienen control de facto sobre, o son capaces de moverse libremente, en un determinado territorio... Por lo tanto

aunque debe haber una política para que se cometan estos actos, no es necesario que sea la política de un Estado.”³⁷

b) “Prosecutor vs. Kunarak” (Tribunal para la ex Yugoslavia), Junio del 2002.

Aquí directamente se puso en cuestión la existencia del requisito político. Recordemos que el Estatuto para el juzgamiento de los crímenes de la ex Yugoslavia no hacía referencia a este elemento y que aún no estaba en vigencia el Estatuto de Roma. En este sentido el Tribunal sostuvo lo siguiente: “Ha habido algún debate en la jurisprudencia de este tribunal sobre si una política o plan constituye un elemento de la definición de los crímenes contra la humanidad. La práctica revisada por la Cámara de Apelaciones abrumadoramente sostiene la tesis de que no existe tal requerimiento bajo la costumbre internacional.”³⁸

2) La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

Ahora bien, con la entrada en vigor en julio del 2002 del Estatuto de Roma parece que la exigencia del requisito político está fuera de discusión. Quedan entonces dos tareas: O bien interpretar qué exige ese requisito, ie., delinear con precisión sus límites o bien, criticar esa exigencia y abogar por su derogación si hay buenas razones para ello.

Veamos en todo caso cómo la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha tratado dicho requisito. Al respecto hay dos grupos de decisiones importantes.

a) “Prosecutor vs Katanga”, y “Prosecutor vs Bemba Gombo”

En estas decisiones del alto tribunal internacional el requisito Político ha sido interpretado como que requiere una política “llevada a cabo por grupos de personas que gobiernan un territorio específico o por una organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.” La Cámara sostiene que lo que hace a una organización capaz de ser sujeto activo de estos delitos es no sólo el dominio territorial sino principalmente la capacidad de llevar adelante “un ataque planificado, dirigido y organizado –como opuesto a actos de violencia espontáneos y aislados-.”³⁹ Vemos que aquí el requisito de poder territorial es sólo una de dos alternativas posibles.

b) Decisión de la *Pre-trial Chamber II*, del 31 de marzo de 2010: Situación en la república de Kenia, Autorización de investigación al fiscal (en adelante CPI-Kenia).⁴⁰

En este fallo, donde se juzga de la violencia política que tuvo lugar en Kenia, durante las elecciones de 2008, la Corte determina el contenido del requisito político. En particular la mayoría de la cámara (Ekatrina Trendafilova y Cuno Tarfusser) interpreta el término “organización” tal como aparece en el art. 7

³⁷ “Prosecutor vs. Tadic” Considerando 654. Cabe recordar que aquí el criterio para “organización” es amplio, no limitado al poder territorial. Al respecto ver nota 22.

³⁸ “Prosecutor v. Kunarak”, Judgement, Case No. IT-96-23, A.Ch., 12 June 2002, para. 98, n.114.

³⁹ Ver “Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the Confirmation of Charges, considerando 396 (Sept. 30, 2008); “Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo”, Case No. ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, considerando 81 (June 15, 2009).

⁴⁰ Para la reconstrucción de la decisión de la Corte me he servido fundamentalmente del trabajo de Thomas Obel Hansen,. Ver HANSEN, T. “The policy requirement in crimes against humanity: Lessons form and for the case of Kenya, *Georg Whashington Int. Law Review*, vol 43, año 2011.

Disponibile on line en <http://ssrn.com/abstract=1894246> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1894246>

(2) (a), del Estatuto, estableciendo un “nuevo umbral”: cuenta como tal todo grupo que tenga la capacidad de llevar a cabo actos que infrinjan valores humanos básicos”,⁴¹ independientemente de si tiene forma cuasiestatal o no. El voto minoritario del juez Hans Peter Kaul, por su parte, rechaza este criterio y en cambio sostiene que sólo las organizaciones con una naturaleza similar a la estatal pueden satisfacer el requisito del artículo 7. Ahora bien, cuando el juez se refiere a las características que hacen que una organización sea similar al Estado no se refiere en absoluto al dominio territorial.⁴²

Resulta entonces que tanto el voto mayoritario como el minoritario establecen un criterio más amplio que el sostenido por la CSJN. Quizás el argumento de autoridad bastaría para que nuestra Corte deba revisar su criterio para futuros casos. Corresponde sin embargo examinar tanto el fundamento de cada uno de los votos como determinar si las razones por las que la CPI tomó su decisión son buenas razones, buenas independientemente de que las haya tomado dicho organismo internacional. Comencemos por lo primero.

Los tres jueces acuerdan⁴³ que los actores no estatales pueden ser organizaciones en los términos del art. 7 (2) (a) del Estatuto (considerando 92 de la mayoría, 45 de la disidencia). Lo que afirman es que si los redactores del Estatuto hubiesen querido excluir a los actores no estatales, no hubiesen incluido el término “organización” en el texto del art. 7 (2) (a) sino que simplemente se hubiesen limitado a nombrar a los Estados. Ahora bien, los dos votos no acuerdan en las condiciones bajo las cuales los actores son “organizaciones” en los términos del Estatuto.

La mayoría afirma lo siguiente:

“Con relación al término “organización” la Cámara advierte que el Estatuto no es claro sobre los criterios conforme a los cuales un grupo puede calificar como organización con vistas a los propósitos del artículo 7 (2) (a) del Estatuto. Mientras que algunos han alegado que solo organizaciones similares a las estatales (state-like organizations) pueden calificar, la Cámara opina que la naturaleza formal de un grupo y el nivel de su organización no deben ser el criterio de definición. En cambio, tal como otros han sostenido convincentemente, la distinción debe realizarse sobre la base de *si un grupo tiene la capacidad de realizar actos que ataquen valores humanos básicos.*”

Inmediatamente citan un artículo de Di Filippo que afirma lo siguiente

“el elemento asociativo, y su efecto inherentemente agravante, puede eventualmente verse satisfecho por organizaciones criminales completamente privadas, no se encuentran razones suficientes para distinguir la gravedad de los patrones de conducta dirigidos por entidades ‘territoriales’ o por grupos privados, supuesto que los últimos hayan adquirido la capacidad de infringir valores humanos básicos.”⁴⁴

Tal como afirma Hansen, no queda claro cómo este criterio se distingue de los que venían aplicando las cámaras, ie., que el art 7 (2) (a) incluye “grupos de personas que gobiernan un territorio específico” y “cualquier organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una

⁴¹ CPI-Kenia, considerando 90, voto de la mayoría.

⁴² CPI-Kenia considerando 66, voto del juez Kaul.

⁴³ En contra de alguna doctrina como la de CHERIF BASSIOUNI, M. en *The legislative history of the international Criminal Court*, 2005, p. 151 -152, ver nota 11.

⁴⁴ DI FILIPPO, M., "Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes", *European Journal of International Law*, n ° 19, 2008, p. 567.

población civil”.⁴⁵ Sin embargo aquí la mayoría especifica los factores a tener en cuenta al determinar si un actor no estatal tiene la capacidad de infringir valores humanos básicos. Al respecto afirma:

“Para esta Cámara, la determinación de si un determinado grupo califica como una organización bajo el Estatuto debe realizarse en un análisis caso por caso. Al tomar esta determinación la Cámara puede tomar en cuenta ciertas consideraciones, inter alia,

- 1) Si el grupo tiene un comando responsable o una jerarquía establecida.
- 2) Si el grupo posee, de hecho, los medios para ejecutar un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil.
- 3) Si el grupo ejerce control sobre parte del territorio del Estado.
- 4) Si el grupo tiene la realización de actividades criminales contra la población civil como principal propósito.
- 5) Si el grupo manifiesta, explícita o implícitamente una intención de atacar a la población civil.
- 6) Si el grupo es parte de un grupo mayor, el cual satisfaga algunos o todos de los criterios arriba mencionados.”⁴⁶

Como puede verse, para la mayoría de la Cámara la territorialidad no es sino uno entre muchos criterios.

El Juez Kaul, por su parte, en su voto disidente sostiene que no cualquier grupo con capacidad de infringir valores humanos básicos puede contar como una organización en los términos del artículo 7 (2) (a) del Estatuto sino sólo aquellos que tienen una naturaleza similar a la estatal.⁴⁷ El fundamento central para su postura es de naturaleza teleológica. Así el juez se pregunta “¿Cuál es el objeto y propósito de los delitos de lesa humanidad? ¿Cuáles son, de hecho, los principios subyacentes o la razón de ser de los delitos de lesa humanidad? ¿Que los diferencia de los delitos comunes que caen sólo bajo la jurisdicción estatal?”⁴⁸

Al respecto sostiene que como consecuencia principalmente de las atrocidades cometidas por el régimen nazi durante la segunda guerra mundial la comunidad internacional reconoció que los crímenes en masa cometidos por los Estados soberanos contra la población civil, a veces ciudadanos de esos mismos Estados, implicando partes considerables del aparato estatal, representan una amenaza intolerable contra la paz, la seguridad y el bienestar del mundo, de hecho una amenaza para la humanidad en su conjunto y para sus valores fundamentales.⁴⁹ Afirma que “crímenes de esta naturaleza y magnitud fueron posibles sólo gracias a la existencia de políticas estatales ejecutadas de modo planificado y concertado por diversos sectores del poder público teniendo como blanco partes de la población civil quienes fueron completamente privados de sus derechos fundamentales. No fue sólo el hecho de que fueron cometidos a gran escala sino el que fueran cometidos en ejecución de una particular (e inhumana) política. Consecuentemente se sintió que la amenaza emanada de tales políticas estatales es tan fundamentalmente diferente en naturaleza y escala que concierne a toda la comunidad internacional. En otras palabras, la presencia del elemento político elevó esos crímenes al nivel internacional.”⁵⁰ En el mismo sentido indica que “la experiencia histórica demuestra que

⁴⁵ “Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, considerando 396 y “Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo”, considerando 81.

⁴⁶ CPI-Kenia, considerando 93 del voto mayoritario.

⁴⁷ CPI-Kenia, considerando 66 del voto minoritario.

⁴⁸ CPI-Kenia, considerando 56 de su voto.

⁴⁹ CPI-Kenia, considerando 59.

⁵⁰ CPI-Kenia, considerando 60.

es, precisamente y sobre todo, el fenómeno del Estado adoptando formalmente o en la práctica una política de atacar a la población civil lo que lleva a este gravísimo si no enorme riesgo y amenaza de crímenes en masa o victimización masiva.”⁵¹

Con respecto a las organizaciones no estatales indica que el Estatuto de Roma hace lugar a las consideraciones arriba mencionadas pero también apunta “a nuevos escenarios de amenazas que pueden igualmente conmover los fundamentos mismos de la comunidad internacional y golpear fuertemente la conciencia de la humanidad. Tales políticas pueden ser implementadas por entidades privadas. Sin embargo, se sigue de lo arriba expuesto que las entidades privadas deben contar con los medios y recursos suficientes para poner a parte de la población civil en una situación de gravedad tal que podamos calificarla de injusticia sistemática... Por lo tanto, la interpretación teleológica me lleva a adoptar una lectura más restringida del término ‘organización’, requiriendo que sea similar a la estatal.”⁵² En el entendimiento del Juez entonces, sólo los Estados y las organizaciones cuasi-estatales pueden cometer este tipo de delitos.

Importante para nuestro propósito, el juez explicita las características que a su entender debe reunir una organización para ser considerada similar al Estado y por lo tanto atrapada por lo previsto en el art. 7 (2) (a) del Estatuto. De un modo no excluyente, pueden estar implicadas las siguientes:

a) Un grupo de personas; b) establecido y actuando con vistas a un propósito común; b) por un período prolongado de tiempo; (d) que está bajo una autoridad responsable o ha adoptado cierto grado de estructura jerárquica, incluyendo, como mínimo, un nivel político (ie., un espacio de toma de decisiones en esa jerarquía); (e) con capacidad de imponer la política sobre sus miembros y de sancionarlos; y (f) que tiene la capacidad y los medios disponibles para atacar a la población civil a gran escala.⁵³

Como podemos ver, entre las características relevantes a los fines de establecer la similitud el juez no hace siquiera referencia al dominio territorial.

E. Evaluación de los estándares utilizados por la CSJN y por la CPI

A mi modo de ver (y supuesto que hay buenas razones para tener una categoría de crímenes de lesa humanidad, ie., imprescriptibles, sujetos a jurisdicción universal, inamniables, a los que no se les puede oponer la cosa juzgada, etc. –tema que aquí no he analizado-) no hay ninguna buena razón para limitar la categoría de crímenes de lesa humanidad a los actos cometidos desde el Estado dejando fuera a las organizaciones cuasi-estatales.

Primero: los argumentos que remiten al contexto en que se creó la categoría, ie, las atrocidades de la segunda guerra- confunden contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Sin duda la categoría surgió para contrarrestar delitos cometidos por el Estado, esto no quiere decir, que sólo haya buenas razones para considerar como tales crímenes a los cometidos desde el Estado. Si éste es el caso, lo será fruto de un argumento normativo, no histórico.

Segundo: los argumentos que justifican la categoría por la especial gravedad de la comisión de estas aberraciones por parte de los Estados, si bien justifican la agravación para los crímenes estatales, no excluyen la posibilidad de extender esa justificación a entidades similares a los Estados. Por cierto las organizaciones no estatales pueden contar con justificaciones independientes para ganarse el ingreso en la categoría. Lo que quiero decir es que estas justificaciones nos dicen que los delitos aberrantes cometidos

⁵¹ CPI-Kenia, considerando 61.

⁵² CPI-Kenia, considerando 66.

⁵³ CPI-Kenia, considerados 51 y 69.

desde el Estado son *tan graves como para* requerir imprescriptibilidad, jurisdicción universal, etc. No nos dicen, en cambio, que dichos delitos (en virtud de la calidad de su agente) son *más graves que* las mismas acciones cometidas por otros agentes y que estas acciones nunca pueden merecer las mismas consecuencias jurídicas que las de los Estados. Quizás (aunque esto no lo afirmo categóricamente) basten como justificación de la imputación de esas consecuencias la gravedad, la masividad y sistematicidad y el carácter aberrante de las violaciones en cuestión.

Aceptando que organizaciones cuasi-estatales pueden ingresar en la categoría en cuestión resta por ver cuáles han de ser los criterios para distinguirlas de otras organizaciones sólo capaces de cometer delitos comunes. Por mi parte no veo ninguna razón para que el criterio de delimitación sea el poder territorial, ie., haber desplazado al Estado del territorio en cuestión. Sin duda que el dominio territorial puede implicar impunidad o invulnerabilidad por parte de los actores. Pero entonces el criterio es este último y no la territorialidad.⁵⁴ Pues bien puede haber actores que pese a no contar con dominio territorial gocen de impunidad (este de hecho suele ser el caso respecto de organizaciones que cometen sus crímenes en Estados con baja o nula capacidad de coerción y aplicación de la ley). Por otro lado puede haber buenas razones diferentes de la impunidad para atribuir capacidad de comisión de crímenes de lesa humanidad a organizaciones no territoriales. Imaginemos un ataque masivo realizado por una organización sin dominio territorial. Digamos que la organización en cuestión ha chocado aviones contra edificios llenos de civiles y matado miles de personas (la organización en cuestión puede de hecho ser transnacional). O pensemos en las bandas armadas, por ejemplo las tribus que asesinaron a millones de personas en toda el África subsahariana en las últimas décadas (el caso de Kenia es de este estilo) ¿No nos indica acaso nuestra sensibilidad moral que esas organizaciones deben ser tratadas como delincuentes de lesa humanidad, ie, que sus delitos deben ser considerados imprescriptibles, inamnistiables, etc.?

Si se me acepta esto espero que se me ha de aceptar también que una mera organización -una sin forma estatal- en tanto cometa ataques generalizados y sistemáticos a la población civil (art 7 (2) (a) del Estatuto, ha de de considerarse incluida en la categoría (tal como sostiene la mayoría en el fallo Kenia).

Es más (supuesto -repito- la justificación de la categoría de delitos de lesa humanidad) comparto las inquietudes de un sector de la doctrina respecto de si no se debería directamente derogar el requisito de ser un Estado u organización.⁵⁵ Imaginemos si no nos parece que debería tratarse como delito de lesa humanidad el delito de un particular que explota una bomba en un estadio matando a miles en un solo acto. O el de un general de un país x que gracias a su rango tiene acceso y dominio de un arma nuclear. Dicho general amenaza con tirar la bomba sobre su propio país si no se van todos los Judíos. En virtud de la verosimilitud de la amenaza miles de personas se ven forzadas a abandonar sus hogares y emigrar para evitar el

⁵⁴ A favor de tomar a la invulnerabilidad de los actores como criterio ver PEREZ BARBERÁ, G. y AGÜERO, A., “Contrapunitivismo y Neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, AÑO II • Nº 2, Ed. La Ley-Thomson Reuters, Bs. As., marzo 2012. Allí los autores sostienen que “sólo es moralmente admisible una obligación de persecución penal suficiente cuando el autor, al momento del hecho, es, en términos absolutos, lo menos vulnerable que se puede pensar, y, en términos relativos, claramente menos vulnerable que la víctima.” (p. 259). Consonantemente afirman que “en la actualidad solamente sería admisible una obligación de persecución penal ... en los supuestos de violación de derechos fundamentales de la máxima jerarquía, pero siempre y cuando se trate de delitos de lesa humanidad (o también de genocidio) cometidos por aparatos de poder organizados, estatales o análogos a ellos, en contra de víctimas más vulnerables. Ello es así porque esta clase de autor es, hoy, la menos vulnerable *que se puede pensar*” (p. 260). Esto garantizaría la corrección moral de la imprescriptibilidad para los crímenes contra la humanidad. No cabe aquí analizar la “invulnerabilidad” como fundamento de la agravante. Pero es claro que la vaguedad del concepto no será uno de sus problemas menores.

⁵⁵ Aquí solo sostengo que la inquietud me parece atendible y se debe estudiar detenidamente. En absoluto abogo categóricamente por la eliminación del requisito político del artículo 7 del Estatuto de Roma.

bombardeo. En virtud del severo antisemitismo del país en cuestión el general no es llevado a juicio (ello podría iniciar una guerra civil).⁵⁶

Por todo esto concluyo que las decisiones judiciales como el fallo “Derecho” de la Corte, que excluyen a las organizaciones armadas de la capacidad de cometer estos crímenes en virtud del hecho de que carecer de poder territorial, no solo no están adecuadamente fundadas en el Estatuto de Roma sino que no tienen tampoco fundamento moral suficiente.

F. Aplicación de los criterios de la CPI al caso de la izquierda armada argentina.

Como puede inferirse de lo decidido por la CPI y de las razones normativas relativas al alcance del requisito político recién enunciadas, debe abandonarse el criterio territorial como estándar para decidir la capacidad de cometer delitos de lesa humanidad. Si debemos abandonar este criterio, esto quiere decir que parte de los considerandos por los que se han resuelto casos como Rucci están equivocados. Igualmente lo están las razones que adujo el procurador e hizo suyas la CSJN en la causa “Derecho” en tanto sean aplicables a la situación de las organizaciones en cuestión. De hecho de acuerdo a los estándares de la CPI, tanto los de la mayoría como los de la minoría, organizaciones como ERP o Montoneros son capaces de cometer delitos de lesa humanidad, ie., cuentan como organizaciones a los efectos del art. 7 (2) (a) del Estatuto de Roma.

Ahora bien, ¿cometieron los Montoneros delitos de lesa humanidad? ¿Es el asesinato de Rucci un delito de lesa humanidad? ¿Debe, por lo tanto, considerárselo como imprescriptible? A mi entender este no es el caso. Pero, tal como afirmé, esto no se debe a que sólo el Estado puede cometer tales crímenes (o a que los mismos crímenes son más graves si son cometidos desde el Estado). Tampoco a que los miembros de la guerrilla no pudieran cometer estos delitos porque su organización no tenía poder territorial. El dominio territorial no parece ni moral ni jurídicamente relevante como criterio.

Los miembros de la izquierda armada debieron (tal como lo establecía el decreto 157 de Alfonsín) haber sido juzgados por sus delitos -que por cierto, no fueron los mismos que los de los cometidos por las Fuerzas Armadas- al momento del retorno a la democracia. Pero hoy ya no corresponde que sean juzgados: no cometieron crímenes de lesa humanidad. Ello porque no cometieron ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil. Los ataques contra civiles como Rucci fueron aislados. La gran mayoría de los homicidios de las agrupaciones armadas de la izquierda argentina tuvieron como víctimas a miembros de la policía o de las Fuerzas Armadas. Es decir, no se da el elemento de contexto requerido por el art. 7 (1) del Estatuto.⁵⁷

⁵⁶ Al ejemplo lo extraigo de HALLING, M, “Push the envelope –whatch it bend: removing the policy requirement and extending crimes against humanity”, en *Leiden Journal of International Law*, 23 (2010) p. 833.

⁵⁷ En esto estoy de acuerdo las consideraciones vertidas tanto por la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP, Sala I, causa n° 9880, Salgado, José María s/ recurso de Casación) como por el Juez Lijo al fallar en la causa Rucci (resolución de del 10 de agosto de 2012 en la causa 13683/08, caratulada N.N s/asociación ilícita).