



Martín Lozada

Crímenes de lesa humanidad y genocidio
Cómo calificar la violencia estatal en la Argentina (1976-1983)

Editorial UNRN

Capítulo 6. Cuestiones en torno a la punibilidad del genocidio

DOI: 10.4000/books.eunrn.3222
Editor: Editorial UNRN
Lugar de edición: Viedma
Año de edición: 2019
Publicación en OpenEdition Books: 5 septiembre 2019
Colección: Aperturas
ISBN electrónico: 9789874960184



<http://books.openedition.org>

Edición impresa

Fecha de publicación: 1 enero 2019

Referencia electrónica

LOZADA, Martín. *Capítulo 6. Cuestiones en torno a la punibilidad del genocidio* In: *Crímenes de lesa humanidad y genocidio: Cómo calificar la violencia estatal en la Argentina (1976-1983)* [en línea]. Viedma: Editorial UNRN, 2019 (generado el 26 mars 2020). Disponible en Internet: <<http://books.openedition.org/eunrn/3222>>. ISBN: 9789874960184. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.eunrn.3222>.

Cuestiones en torno a la punibilidad del genocidio

6.1. Introducción

El artículo 1 de la Convención Internacional para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio consagra su carácter sancionador al indicar que: «Las Partes contratantes confirman que el genocidio, haya sido cometido en tiempos de paz o de guerra, es un delito de derecho internacional que se comprometen a prevenir y castigar».

Luego, el artículo 5 prevé que:

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio.

Esta cláusula impone a los Estados partes la obligación general de legislar a fin de garantizar su aplicación, así como de establecer un régimen de sanciones, aunque deja a su criterio la capacidad de determinar cuáles habrán de ser esas medidas y penas.

El artículo 6 indica que:

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el art. III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Más adelante, mediante el artículo 8 se establece la posibilidad de que los Estados partes recurran ante los órganos competentes de las Naciones Unidas

a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzgen apropiadas para la prevención y represión de los actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. III.

Conforme ha expresado Blanc Altemir (1990, p. 205), este último artículo constituye la única disposición en toda la Convención que prevé medidas

preventivas, al posibilitar la denuncia ante el Consejo de Seguridad u otro órgano de la ONU cuando se avizore la posible comisión del crimen.

Surge así que la Convención establece tres procedimientos para tornar posible su aplicación, tanto de su faz preventiva como sancionatoria. Los dos primeros se refieren al juzgamiento de los individuos ante los tribunales nacionales y un tribunal penal internacional respectivamente; y por último, la posibilidad de que los Estados partes requieran la intervención de ciertos órganos de las Naciones Unidas.

6. 2. Tribunales nacionales

El artículo del Proyecto de Convención preparado por la Secretaría General previó, no obstante el definitivo texto del artículo 6, la aplicación del principio de represión universal. A través de este, los Estados partes deberían comprometerse a castigar a los autores, cómplices e instigadores, siempre que se encontrasen en el territorio sometido a su jurisdicción, cualquiera que fuese su nacionalidad y el lugar en que hubieran cometido los actos.

La Comisión Especial, sin embargo, optó en su Proyecto de Convención por la represión nacional. Entendió así que la primera era contraria a los principios tradicionales del derecho internacional al permitir a los tribunales de un Estado castigar los delitos cometidos en el extranjero por personas también de nacionalidad extranjera. Agregó, además, que dado que la comisión del crimen de genocidio supone generalmente la responsabilidad del Estado en cuyo territorio se comete, el principio de represión universal convertiría a los tribunales nacionales en jueces de la conducta de los Gobiernos extranjeros, provocando peligrosas tensiones internacionales.

El texto del artículo 6 refleja, finalmente, la posición asumida por la Comisión Especial. De este modo, el principio de la represión de los actos genocidas por parte de los tribunales nacionales fue admitido y preferido, apenas con alguna resistencia, en virtud del principio de territorialidad aceptado por entonces en casi todas las legislaciones.

6. 3. Tribunal penal internacional

El Proyecto de Convención elaborado por el Secretario General previó algunas variantes en lo que se refiere a la creación de una instancia internacional de carácter penal. Una de ellas consistió en el establecimiento de un tribunal internacional competente para entender en todos los delitos internacionales y, para ello, creó una sala en lo penal en la Corte Internacional de Justicia.

También consideró la creación de un tribunal penal internacional cuya competencia se refiriera solo a los actos de genocidio. Además, tal como apunta Ruhashyankiko (1978, p.56), dicho Proyecto contenía un artículo dedicado a la obligación de las partes de hacer comparecer a todas las personas culpables de genocidio ante una corte internacional cuando no desearan juzgar a los infractores, ni conceder su extradición; o bien, en aquellos supuestos en que los actos de genocidio hubieran sido cometidos por individuos actuando en calidad de agentes del Estado, o contando con la ayuda o complicidad de aquel.

Durante el debate en la Comisión Especial, hubo quienes subrayaron la importancia de tal instancia internacional sobre la base de la frecuente presencia estatal en la comisión, instigación y tentativa de los actos genocidas. Si el Estado se encuentra involucrado, se afirmó, la intervención de sus propios órganos judiciales no constituiría más que una ficción que ningún efecto concreto de Justicia traería aparejado.

Asimismo, destacaron que la ausencia de una jurisdicción como la mencionada no consagraría sino la impunidad de las personas involucradas en su comisión. Esta postura, sin embargo, no encontró apoyo entre quienes temían que su institución atentase contra el principio de soberanía estatal, alegando que su implementación sería prácticamente imposible por cuanto que no se contaba con los medios adecuados para, por ejemplo, ejecutar las sentencias que se dictasen.

En su 98 sesión, la Sexta Comisión sometió a votación la supresión de las palabras «o ante un tribunal internacional competente», que figuraban en el texto preparado por la Comisión Especial. La supresión fue lograda gracias a 23 votos sobre 19, con 3 abstenciones. Sin embargo, la Sexta Comisión en su 130 sesión presentó el siguiente texto para completar el artículo 6: «o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción». Este resultó, finalmente, el texto que quedó firme en la Convención. Nada dice aquella, no obstante, respecto de su composición, procedimientos o demás condiciones de funcionamiento (Gregorini Clusellas, 1961, p.104).

Tal como sostiene Hortensia D. T. Gutiérrez Posse, los Estados gozan de la capacidad de juzgar a quienes se acusase de incurrir en conductas contrarias a lo dispuesto por la regla de derecho. A punto de ser las instancias primeras en el conocimiento de crímenes internacionales. Sin embargo, pueden no estar en condiciones de llevar adelante tales procesos, motivo por el cual pueden resultar las instancias internacionales aquellas llamadas a administrar justicia.¹

1 Al respecto, la autora sostiene que «es deseable que esta contribución sea temporaria y que tenga por objeto último coadyuvar en el establecimiento del ejercicio de su

Dichas instancias internacionales se han instituido por decisión del Consejo de Seguridad en ejercicio de su función de mantener la paz y la seguridad internacional, conforme resulta del capítulo 7 de la Carta de las Naciones Unidas, en tanto medidas que no implican el uso de la fuerza armada.

Es el caso de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y para Ruanda. Pueden crearse, también, por acuerdo entre Estados, tal como sucedió luego de la Segunda Guerra Mundial con los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio, así como más recientemente con la Corte Penal Internacional.²

6. 4. El crimen de genocidio en el Proyecto de Código Penal Internacional

El derecho penal internacional es el producto de tratados, convenciones y, en general, de normas internacionales o regionales destinadas a proteger la paz y la seguridad de la comunidad internacional. Pero también del propio derecho penal en su proyección universal y del derecho aplicable en situaciones de guerra. Se sirve de las prácticas elaboradas por el derecho consuetudinario internacional y constituye, en suma, un ordenamiento que procura perseguir y sancionar conductas que infringen una normativa supranacional que contraría los bienes jurídicos de la comunidad internacional toda.

En dicho ámbito se gestó el Proyecto de Código Penal Internacional que fuera presentado al VI Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1980. Su artículo 4 se encuentra dedicado al crimen de genocidio, considerando que comprende aquellos actos cometidos tanto en tiempos de guerra como de paz, que se realizan con el propósito de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Se refiere, concretamente, a los siguientes actos: a) causación de la muerte de miembros del grupo, b) producción de graves daños corporales o mentales a los miembros del grupo, c) sumisión deliberada del grupo a condiciones de vida dirigidas a producir su destrucción física total o parcial, d) imposición de medidas dirigidas a impedir los nacimientos en el

capacidad por parte del Estado lo que de algún modo comienza a realizarse desde que en los Estatutos de estos Tribunales se prevé la concurrencia con las jurisdicciones nacionales aun cuando en la relación entre unos y otros la prevalencia no sea siempre la misma» (2014, p. 282).

2 Para un completo estudio de lo actuado por cada uno de esos tribunales, ver Ambos, 2013, pp. 1-51.

seno del grupo, e) traslado forzoso de niños del grupo a otros de diferente conformación.

El texto de este artículo resulta armónico con la definición de genocidio contemplada en el artículo 2 de la Convención y tanto el elemento subjetivo del tipo –la intención de destrucción total o parcial de los grupos indicados–, como así también los distintos supuestos que prevé, permanecen fieles a lo allí estipulado (Bassiouni, 1996, p. 127).

Resulta particularmente novedoso en su tratamiento, en cambio, el hecho de que las provisiones de este Proyecto puedan ser objeto de aplicación por parte de un tribunal penal internacional. Así también que, en materia de responsabilidad, además de la individual –prevista en el artículo 5, sección II–, haga expresa mención de la responsabilidad estatal.

Establece dicha sección que los Estados son responsables por

cualquier crimen cometido en su nombre, en cumplimiento de sus órdenes o en su beneficio, por una persona investida de autoridad, incluso si tales actos no se consideran ilícitos según su derecho interno [...]. Una conducta es atribuida a un Estado si se realiza por personas o grupos que actúen en el marco de sus funciones oficiales y que según el derecho interno de tal Estado tengan autoridad para tomar decisiones en su nombre.

6.5. Su ubicación sistémica en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

La posibilidad de perseguir penalmente a los autores, cómplices e instigadores de este crimen quedó plasmada en el artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. La definición allí efectuada proviene del artículo 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, de modo tal que fueron los trabajos preparatorios de dicha Convención los que impusieron las pautas por medio de las cuales definir el crimen a perseguir.³

3 Kai Ambos (2013, p. 13), en un sentido más general, reconoce que el «preámbulo del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (CPI), el documento fundacional de la Corte, establece que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas [...] para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia [...]. Sin embargo, desde el efectivo establecimiento de la Corte en 2003 ha resultado evidente cuán difícil es cumplir esa misión».

Con anterioridad se había planteado igual posibilidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en cuyo artículo 4 se adoptó una idéntica definición del crimen.

El artículo 9 del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé la aprobación por parte de la Asamblea General de un instrumento denominado Elementos de los Crímenes.⁴ Dicho instrumento tiene por objeto ayudar a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de forma compatible con el mismo. De su introducción se desprende que serán aplicables a los Elementos de los Crímenes las disposiciones del Estatuto, incluido el artículo 21 y los principios generales enunciados en la Parte III.

Surge del mismo, además, la exigencia del dolo como elemento común de todos los crímenes comprendidos en el Estatuto a punto tal de señalar que

salvo disposición en contrario una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actuó con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Cuando no se hace referencia en los Elementos de los Crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento, o ambos.

De acuerdo con el artículo 2 de la Convención y el artículo 6 del Estatuto, la intención no tiene que consistir necesariamente en la destrucción total del grupo, sino que constituyen también actos de genocidio aquellos cometidos con la intención de destruirlo parcialmente (Gil, 2004). Y esta ha sido, por lo demás, la interpretación acogida en los Elementos de los Crímenes, en donde se especifica que las distintas conductas han de realizarse en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar a la dirigida contra ese grupo o han de poder por sí mismas causar esa destrucción.

La parte III, bajo la rúbrica Principios Generales del Derecho Penal, reconoce principios y reglas del orden penal moderno, con algunas particularidades inherentes al sistema penal internacional. Entre tales principios se encuentran el de legalidad, irretroactividad de la ley penal y responsabilidad penal individual.

El extenso artículo 25.3 establece las distintas modalidades de responsabilidad penal individual y prevé que podrán ser penados por la comisión de un crimen de competencia de la Corte los autores inmediatos –quienes cometen el crimen por sí solos–, los coautores –quienes lo hacen con otro– y

4 Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, *Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes*.

los autores mediatos –por conducto de otro, sea este responsable o no–. De modo que la autoría mediata se constituye como una de las formas de responsabilidad más importantes, toda vez que en muchos de los crímenes previstos en el Estatuto suelen verse implicados autores mediatos, es decir, hombres de atrás, que se valen de otros para realizar estos crímenes.⁵

A las víctimas y a sus familias se les garantiza un importante papel en cada una de las etapas de las actuaciones, desde el comienzo de las investigaciones hasta los procedimientos posteriores a la imposición de la condena, y se les reconoce el derecho a una reparación que incluya indemnización, restitución y rehabilitación.⁶ Se considera como tales a las personas que hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros.

6. 6. El crimen de genocidio ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ)

En 1991 comenzó la desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. Eslovenia, Croacia y Macedonia declararon su independencia. En Bosnia-Herzegovina, cuya población antes del conflicto estaba conformada por un 44 % de musulmanes, un 33 % de serbios y un 17 % de croatas, el parlamento emitió una resolución soberana en la que también declaró su independencia.

Los miembros serbios del parlamento de Bosnia rechazaron esta resolución y formaron una asamblea de la nación serbia, que luego se llamó República Srpska. Dicha república nunca fue reconocida como Estado. El día 6 de marzo de 1992, Bosnia-Herzegovina declaró formalmente su independencia y, el 27 de abril de 1992, la República Federativa de Yugoslavia, integrada en aquel momento por Serbia y Montenegro, también declaró su independencia.

Casi un año después, el día 20 de marzo de 1993, la República de Bosnia-Herzegovina demandó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) a la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro a partir del

5 Entre otros, Fierro, 2005, p. 80 y Barbero y Rubio, 2005, p. 264.

6 En ese sentido, Zaffaroni expresa que «La única coerción jurídica no es la penal y, en muchos casos, ni siquiera es la más importante a efectos de prevención de hechos similares. Si bien la punición a los genocidas es necesaria, en modo alguno es suficiente para prevenir futuros genocidios [...]. El efecto preventivo no es del poder punitivo solamente, sino de todo el derecho, de la totalidad del poder jurídico» (2006, pp. 326-327).

día 4 de febrero de 2003 y República Serbia desde el 3 de junio de 2006) por la violación de varios artículos de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio (Zyberi, 2008, p.142). Actos, según la demandante, ejecutados a partir de abril de 1992 por antiguos miembros del Ejército Popular Yugoslavo y por fuerzas militares y paramilitares serbias, bajo la dirección, instigación y asistencia de la demandada.⁷

Planteó también la violación de otros instrumentos internacionales y normas consuetudinarias, tales como los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I de 1977 y otros principios del Derecho Internacional Humanitario, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta de las Naciones Unidas. Asimismo, afirmó que la parte demandada era responsable por el uso de la fuerza y amenazas contra Bosnia-Herzegovina y por haber intervenido en sus asuntos internos, habiendo violado así principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas.

Ante la disputa existente entre las partes respecto del sentido y alcance de las obligaciones impuestas por la Convención sobre genocidio a los Estados, la CIJ debió analizar la responsabilidad internacional del Estado de Serbia en relación con dicho crimen. Y más concretamente, si la Convención prohíbe su comisión por parte de un Estado o se limita tan solo a prohibir su perpetración por parte de individuos.

La CIJ advirtió que la obligación de no cometer genocidio por parte de los Estados no está expresamente establecida en el texto de la Convención. No obstante ello, recurrió al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 a fin de interpretar cuáles son las obligaciones de los Estados partes en la Convención sobre genocidio.

Tuvo en cuenta que el artículo 1 de la Convención establece que: «Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar». De acuerdo a ello, concluyó que dicho artículo crea obligaciones distintas de aquellas que se regulan en los artículos siguientes (Vernet y Mollart, 2005, 216).

Sostuvo, entonces, que el efecto del artículo 1 es prohibir a los Estados mismos cometer genocidio. Dedujo tal cosa, en primer término, a partir de la categorización que realiza dicho artículo 1 del genocidio como un crimen de derecho internacional, por lo que lógicamente los Estados partes se obligan a no cometerlo.

La obligación de prevenir el genocidio trae aparejada la prohibición de cometer dicho acto. En tal sentido, la CIJ consideró paradójico que los Estados estuviesen obligados a prevenir un crimen pero no lo estuviesen

7 ICJ, Application of the Genocide Convention (Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Application of Bosnia Herzegovina, párrafo 1.

a prohibir la comisión de tales actos por parte de los órganos o personas sobre las que ejerce control, a punto tal que sus conductas sean atribuibles al propio Estado de acuerdo con el derecho internacional.

Afirmó que la Convención pueda dar lugar a una doble responsabilidad: penal individual y del Estado. En este aspecto, por un lado, subrayó las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional que establecen que la responsabilidad penal individual no afecta la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional. Por el otro, el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Ilícitos, que prevé que sus disposiciones no prejuzgan sobre la responsabilidad individual respecto de aquellas personas que actúen en nombre del Estado. En consecuencia, la CIJ consideró que puede surgir responsabilidad del Estado con arreglo a la Convención sobre genocidio, sin que una persona individual hubiera sido declarada culpable de ese delito o de uno conexo.

Indicó, asimismo, que la obligación de prevenir el genocidio es una obligación de medios, no de resultado. Es decir que se incumple cuando el Estado omite adoptar todas las medidas que están a su alcance para prevenirlo (Zyberi, 2008, p. 148). En este aspecto, destacó como parámetro a tener en cuenta la capacidad del Estado de influir en la conducta de las personas que pueden cometer o que están cometiendo el genocidio. La obligación de prevención nace cuando el Estado toma conocimiento de la existencia de un riesgo serio de genocidio y responde por incumplimiento de esta obligación si este se produce. Es decir, cuando se ejecutan los actos prohibidos.⁸

En este contexto, la Corte consideró que el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del capítulo 7 de la Carta, era un tribunal con el que la República Federativa de Yugoslavia estaba obligada a cooperar. Al menos desde que Croacia, Bosnia-Herzegovina y la República de Yugoslavia concluyeron el Acuerdo de Dayton, obligatorio para los Estados partes.

La CIJ también analizó los hechos invocados en la demanda, según la categoría de actos enumerados en el artículo 2, incisos a), b), c), d) y e) de la Convención sobre genocidio, para determinar si las atrocidades denunciadas

8 La Corte, en este punto, concluyó que el Estado demandado violó la obligación contenida en el artículo 1 de la Convención porque, a pesar de que las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia tenían una innegable influencia sobre las fuerzas serbio bosnias que operaron en Srebrenica, sumada a la información que poseían (que era, además, de conocimiento público internacional) acerca del riesgo de que se produjera un genocidio, omitieron adoptar medidas para prevenirlo, amparándose en su falsa falta de poder sobre quienes ejecutaron el genocidio. ICJ (26 de febrero de 2007). Párrafo 431.

ocurrieron. Así también si fueron ejecutadas con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo determinado.

Recordó que la esencia de la intención radica en destruir al grupo protegido, total o parcialmente, como tal. Se trata de un grupo que se caracteriza por tener especificidades positivas –nacionales, étnicas, raciales o religiosas– y no por la ausencia de ellas. Por lo tanto, consideró que el grupo tomado como objetivo debe definirse jurídicamente de manera positiva, y no de modo negativo, como la población no serbia. A partir de dichas pautas, la Corte examinó los hechos del caso sobre la base de que el genocidio pudo haber sido cometido con la intención de destruir, total o parcialmente, a la población de musulmanes bosnios.

Con relación al inciso a) –matanza de miembros del grupo–, la Corte concluyó que quedaron probados en la causa los asesinatos masivos perpetrados contra miembros del grupo protegido, pero sin que se aportara prueba concluyente sobre la intención específica (*dolus specialis*) de destruir en todo o en parte a ese grupo como tal. En tal sentido, señaló no estar convencida de ello sobre la base de las pruebas reunidas.⁹

Sin embargo, advirtió que en la región de Srebrenica, declarada zona segura por el Consejo de Seguridad de la ONU, fuerzas armadas serbio-bosnias (VRS) ingresaron en julio de 1995 y sitiaron la ciudad. En pocos días, aproximadamente 25 000 musulmanes bosnios, la mayoría de ellos mujeres, niños y ancianos, fueron obligados a abandonarla. Los hombres del grupo en edad militar fueron detenidos, tomados prisioneros, sometidos a condiciones brutales y luego ejecutados. Más de 7000 personas desaparecieron.

A juicio de la Corte, estos actos encuadran en el artículo 2, inciso a), así como también en el inciso b) –lesión grave a la integridad física y mental de los miembros del grupo–, toda vez que fueron cometidos con la intención especial de destruir en parte al grupo musulmanes de Bosnia-Herzegovina como tal. Por tal motivo, constituyen actos de genocidio cometidos por miembros de fuerzas serbio-bosnias (VRS) en y alrededor de Srebrenica desde el 13 de julio de 1995.

En síntesis, la CIJ resolvió que Serbia no cometió genocidio a través de actos de sus órganos o de personas cuyas conductas comprometen su responsabilidad de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, en violación de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre Genocidio.

Serbia tampoco conspiró para cometer genocidio, ni incitó su comisión en violación de las obligaciones contraídas a partir de su ratificación de

9 En este punto, la CIJ sostuvo que las matanzas reseñadas pueden constituir crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, pero que carecía de competencia para determinar si ello fue así.

la Convención sobre genocidio, ni fue tampoco cómplice de genocidio en violación de aquellas.

Sin embargo, la CIJ consideró que Serbia violó sus obligaciones convencionales de prevenir el genocidio al no haber transferido a Ratko Mladic, acusado de genocidio y complicidad en el genocidio, al Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y al no cooperar plenamente con dicho Tribunal.

Por lo tanto, la demandada violó su obligación de cumplir con las medidas provisionales ordenadas por la Corte durante el año 1993. En particular, con su providencia del 8 de abril de ese año, cuando dispuso que la República Federativa de Yugoslavia debía asegurar «que las unidades militares o paramilitares o unidades armadas irregulares que estén dirigidas o apoyadas por ellas, así como las organizaciones y personas que estén sujetas a su control, dirección o influencia, no cometieran acto alguno de genocidio».¹⁰

6.7. La teoría del dominio del hecho por organización

El crimen de genocidio y, en general, los crímenes contra la humanidad, pueden encontrar en la teoría del dominio del hecho por organización nuevas posibilidades sancionatorias.

Fue Klaus Roxin quien anticipó que los delitos de guerra, estatales y de organizaciones no son, en modo alguno, interpretables bajo los parámetros del hecho delictivo único. De modo tal que las figuras jurídicas de la autoría, la instigación y la complicidad, que están construidas sobre hechos delictivos únicos, no bastan para explicar los acontecimientos colectivos de este tipo, si se los quiere considerar como un conjunto (Donna, 2002, p. 63).

Según Kai Ambos, es necesario cuestionar las reglas tradicionales del derecho penal individual en los supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad. La circunstancia de que el hombre *de atrás* –a diferencia de otros casos de autoría mediata– no domina de modo directo, sino solo indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional. Tal es el caso, por ejemplo, del llamado *autor de escritorio*, o del emisor de las órdenes (Ambos, 1999, p. 382).

Esta posición se vio claramente expuesta en ocasión del juicio llevado a cabo en Jerusalén contra Adolf Eichmann, puesto que a partir de entonces el derecho penal comenzó a ocuparse más en detalle de la participación

10 Debe recordarse que fue Roberto Ago quien, en el proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícito, introdujo la distinción entre *obligación de comportamiento-de medio* y *obligación de resultado*. En tal sentido, Zlata Drnas de Clément, 2001-2002, p. 51.

delictiva en la Alemania nazi. Actualmente, la doctrina está de acuerdo en que, para explicar e interpretar estos asesinatos llevados a cabo por la maquinaria nacionalsocialista de exterminio no bastan, en principio, los conceptos corrientes de la dogmática penal, sino que el genocidio es un crimen desde todo punto inimaginable como hecho individual.¹¹

Ciertas organizaciones tienden a desarrollar una vida que es independiente de la cambiante composición de sus miembros y de las personas de los conductores. En general, quien integra un aparato organizativo, en algún puesto en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde. Es indiferente, en estos casos, si actuó por propia iniciativa o en interés de instancias más altas que lo han comisionado. A los efectos de su autoría, solo es decisiva la circunstancia de que pueda conducir la parte de la organización que le está subordinada, sin tener que dejar librado al criterio de otros la consumación del delito (Roxin, 1985, p.406).

El hombre *de atrás*, es decir, quien dirige y se encuentra en la cúspide de la organización, predomina en virtud del dominio de la voluntad del aparato organizado y de sus integrantes. Y es él quien realiza el hecho a través de algún ejecutor perteneciente a la organización que dirige. La responsabilidad de quien dirige y ordena resulta de la influencia que ejerce sobre la organización en la cual está incluido el ejecutor. Quien ordena tiene la organización en su mano, a través de la cual, en definitiva, el ejecutor material es dominado de manera mediata.

Las condiciones marco organizativas hacen del autor directo un sujeto fungible –intercambiable–, carente de significado y cuya individualidad es casual. Se convierte así en una rueda del engranaje, en una herramienta del hombre *de atrás*, lo cual reduce el significado de su responsabilidad para, al mismo tiempo, agravar la del primero.

Es decir que, en este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de las acciones que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría. De lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien solo desempeña el rol de mero eslabón de una gigantesca maquinaria.¹²

Nadie va a negar que el mandante tiene aquí una posición clave en el marco del acontecimiento total, que no se puede comparar con el simple

11 Un análisis de las opiniones más calificadas puede verse en Enrique García Vitor, 2005-1, p. 171 y sgtes.

12 Así, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal en el juicio a las Juntas Militares, causa 13/84, fallos 309:1601/2.

incitador en los casos usuales de criminalidad. Ello se explica, según Roxin, de acuerdo al específico modo de actuar del aparato, el cual se halla a disposición del inspirador (1985, p. 402).

Para la aplicación de este modelo es necesario que, desde un punto de vista objetivo, exista una contribución al hecho bajo el empleo de determinadas condiciones marco-organizativas que susciten procedimientos reglados, que a su vez conduzcan a la realización del tipo. Las estructuras organizativas estatales y las jerarquías de mandos son claros ejemplos de tal hipótesis.

El conocimiento de las circunstancias de realización del hecho conforma el aspecto subjetivo, esto es, de las condiciones-marco mencionadas y los procedimientos reglados que le son característicos. Y es requerida la voluntad del hecho típico como resultado del comportamiento propio.

La teoría del dominio tuvo relevancia práctica en el proceso contra los antiguos comandantes de las juntas militares argentinas.¹³ Más tarde, dos estudiosos del Instituto Plax Plant para el Derecho Criminal Foráneo e Internacional profundizaron el análisis de los fundamentos dogmáticos de la responsabilidad penal de los autores *de atrás* por los hechos realizados en un contexto de organización colectiva, cual resultó la dictadura militar argentina (1976-1983). Fue a solicitud de la Coalición contra la impunidad y en el marco del proceso que se lleva a cabo ante la Fiscalía de Núremberg contra el ex dictador argentino, Jorge Rafael Videla (Ambos y Grammer, 9 de septiembre de 2002).

Refiriéndose al caso puntual analizado, el dictamen señala que dentro del aparato militar estatal fue posible la realización de procedimientos reglados que condujeron a la eliminación física de una persona; en especial, cuando aquella era sospechada de pertenecer a la subversión o tener vínculos con ella. La eliminación de tales elementos subversivos se correspondía con los objetivos generales fijados, así como con los procedimientos realizados en múltiples ocasiones por el aparato represivo argentino. En consecuencia, el poder de conducción se reparte sobre dos responsables. Por un lado, el correspondiente al autor directo, cuyo fundamento radica en

13 En ese sentido, ver Kai Ambos, 1999, p. 388. También Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante, 1999, p. 104 y sgtes. Luego, en fecha 15/12/2004, brindó fundamento a lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en el expte. 45.709, Vargas Aignasse Guillermo s/secuestro y desaparición, acumulado al expte. 101/84. Más tarde, nuevamente, a la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, en el expte. 36.873, Olivero Rovere s/procesamiento con p.p., resolución del 09/02/2006. Más recientemente argumentó de tal modo la C. Fed. Salta, 2006/05/03, Gentil, Miguel R. y otros.

su cercanía y en la ejecución del hecho criminal. Por el otro, en el hombre «de atrás», que es quien dirige y ordena.

La teoría del dominio del hecho por organización permite fundar la responsabilidad penal de quienes se escudan en el entramado complejo de una organización vertical y jerárquicamente estructurada. Su formulación en el ámbito de la dogmática penal, además, trae aparejado un perfeccionamiento de la teoría de la participación criminal a la vista de las formas de comisión colectivas. Justamente aquellas que con mayor frecuencia se encuentran presentes a la hora de iniciar la puesta en práctica del programa genocida.

6. 8. Prescripción

La cuestión relativa a la prescripción de los crímenes de guerra y contra la humanidad, incluido el genocidio, ha venido motivando distintos pronunciamientos. Conviene destacar, en primer término, que ya en 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa invitó a los Estados miembros a adoptar medidas tendientes a evitar que los crímenes cometidos antes y durante la Segunda Guerra Mundial, por razones políticas, raciales o religiosas, quedasen impunes por aplicación de la regla de la prescripción.

Inmediatamente después, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU le solicitó al Secretario General la realización de un estudio tendiente a determinar los procedimientos judiciales conducentes a impedir la aplicación de un plazo de prescripción respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. La Asamblea General se ocupó de la cuestión durante el año 1967 y, en noviembre de 1968, aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que finalmente entró en vigor el día 11 de noviembre de 1970.

Reconoce en su preámbulo que «Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo». Además,

Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes.

En el artículo 1 se establece la imprescriptibilidad de una serie de actos constitutivos de crímenes internacionales, entre los que se menciona

al «genocidio definido en la Convención de 1948 [...] aun si esos actos no constituyen una violación al derecho interno del país donde fueron cometidos». Esta disposición se funda en el carácter grave de los crímenes y en la negativa a considerar que el transcurso del tiempo conduzca a la extinción de la acción o de la pena.

En el artículo 4 los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes que en él se establecen.

Años más tarde, el 25 de enero de 1974, el Consejo de Europa aprobó un texto similar. En nuestro ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en el asunto Barrios Altos, de fecha 14 de marzo de 2001, que es inadmisibles la amnistía para los responsables de graves violaciones a los derechos humanos.¹⁴

En el caso de la República Argentina, en agosto de 2003 fueron firmados dos decretos de relevancia. El primero, dirigido a hacer efectiva la adhesión del país a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad. El restante, a través del cual se dispuso enviar al Congreso un proyecto de ley para otorgarle rango constitucional.

Tras ello, mediante la Ley 25.778, el Estado argentino confirió jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad. A este le sumó el deber de punición que corresponde a los tribunales, la presencia de una norma positiva de derecho internacional que consagra la imposibilidad de considerar extinguida la acción penal por prescripción de los delitos de lesa humanidad (Gutierrez Posse, 2006, p. 143).

En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que:

La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se vincula con la obligación de los Estados nacionales de adoptar las medidas tendientes a la persecución de este tipo de delitos con el consiguiente

14 El caso Barrios Altos tuvo su origen en una demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado del Perú. La Corte concluyó que las leyes de amnistía 24.479 y 26.492, que beneficiaron a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el Perú entre 1980 y 1995, afectaban los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

deber de no imponer restricciones, de fundamento legislativo, sobre la punición de los responsables.¹⁵

Más recientemente, y en franca pertinencia con el caso argentino y las defensas técnicas esgrimidas por parte de los imputados de crímenes contra la humanidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoció de las demandas de dos personas a las que un tribunal estonio había condenado por crímenes contra la humanidad.¹⁶

Según lo actuado ante el tribunal estonio, los apelantes habían participado en la deportación forzosa de población civil desde Estonia a zonas remotas de la Unión Soviética, a través de sus puestos en el Ministerio de Seguridad Nacional y el Ministerio del Interior de la República Socialista Soviética de Estonia. Los acusados alegaron que, dado que sus actos eran legales al amparo del derecho soviético vigente en la época, no eran responsables de la comisión del delito, puesto que «no tenían la posibilidad de prever que 60 años después sus actos iban a ser considerados crímenes contra la humanidad».

El Tribunal Europeo no estuvo de acuerdo. Sostuvo al respecto que la proscripción de los crímenes contra la humanidad fue reconocida en 1945 en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, que estableció también el principio de que tales crímenes no pueden verse afectados por restricciones de tiempo.¹⁷

15 CSJ, 2005/06/14, Simón, Julio H. y otros, ocasión en que el máximo tribunal declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y, asimismo, la constitucionalidad de la Ley 25.779 que declara la nulidad absoluta e insanable de las leyes mencionadas.

16 Demanda 23.052/04, interpuesta por August Kolk, y demanda 24.018/04, interpuesta por Petr Kislyiy contra Estonia. Sentencia del 17 de enero de 2006.

17 El Tribunal consideró, en tal sentido, «que incluso si los actos cometidos por los demandantes podrían haber sido considerados como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces, los tribunales estonios sí han concluido en cambio que ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del derecho internacional».