



LESA HUMANIDAD EL DELITO QUE NO ES

Victoria Villarruel

Julio 2007

En 1983 Alfonsín en su condición de Presidente dictó el Dto.157/83 mediante el cual, declaró la necesidad de perseguir penalmente a diversos terroristas, imputándoles delitos comunes.

Seguidamente y en su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, por decreto 158/83 ordenó el juzgamiento de los Comandantes en Jefe que integraron las Juntas a partir del 24 de marzo de 1976 y les imputó **delitos comunes**, derivados de haber llevado a cabo “*un plan de operaciones contra la actividad subversiva y terrorista, basado en métodos y procedimientos manifiestamente ilegales.*”

De esta manera evitó la aplicación del **derecho de guerra** en cuyo exclusivo ámbito correspondía evaluar la respuesta ordenada por el gobierno constitucional de M. E. Martínez de Perón a la guerra revolucionaria desatada por organizaciones armadas que pretendían tomar el poder por la violencia, como lo reconoció en sus considerandos el citado decreto 157/83.

Años después, los delitos comunes prescribieron, justamente por su condición de delitos comunes. Sin embargo y movilizadas primero por la falsa teorización de querellantes otrora terroristas ó simpatizantes de los mismos, y luego por la anulación de las leyes de punto final y obediencia debida (L.25.779 de 2003) los tribunales decidieron entonces encuadrar los **delitos comunes** que mandó a averiguar la ley 23.049 en la **categoría de lesa humanidad**, no existente en el Código Penal Argentino ni en la Constitución Nacional.

EL DERECHO DE GUERRA Y EL DERECHO DE PAZ

El primer problema se presenta cuando analizamos los hechos:

- según una perspectiva de guerra, o
- según una de paz,

el resultado es absolutamente diferente.

El Derecho de la Guerra es el Derecho Internacional Humanitario, es decir son las Convenciones de Ginebra. En un contexto de guerra es legal matar al enemigo, el derecho de los Derechos Humanos, (el derecho de la paz), en cambio no contempla específicamente el conflicto armado, por lo tanto en este derecho, matar es absolutamente ilegal.

Los escenarios de guerra y los de paz son diferentes, ya hemos visto que en un caso es legal matar, mientras en el otro no, es razonable entonces que exista un derecho para cada situación, por cuanto en un escenario de guerra los derechos de la paz de la población civil se restringen, por ejemplo se implanta el estado de sitio, el toque de queda, etc. y lo opuesto ocurre en un escenario de paz.

El supuesto avance en el enfoque jurídico argentino, consiste en juzgar con el derecho de la paz, una situación de guerra y por eso se producen los continuos desajustes jurídicos, que dan lugar a las apelaciones de los defensores. Pero además, hay un correlato internacional para tratar de imponer efectivamente este criterio en el que Argentina sería una punta de lanza.

Los Estados Unidos mantienen la doctrina por la cual dentro de sus fronteras aplican los tratados de derechos humanos, pero fuera de ellas, en las guerras, aplican las Convenciones de Ginebra, por lo tanto a los prisioneros de guerra no los pueden llevar a territorio americano, ya que ni bien pisen ese territorio pasarían a ser tratados como delincuentes comunes, a quienes se les deben imputar delitos comunes, y ese es el motivo por el que se encuentran en Guantánamo sujetos al trato previsto en dichas Convenciones.

Sin embargo es de interés de ciertos juristas y grupos de derechos humanos, particularmente opuestos a la política de Bush, que sostienen que se les deben aplicar los tratados de Derechos Humanos y no el derecho de la guerra, basándose en que en Guantánamo rigen las leyes americanas por ser jurisdicción americana.

Cuando hay un contexto de guerra, un pelotón que se destaca para realizar una misión, ordenada por su comandante, tiene una baja de combate, hace una apropiación de la logística del enemigo para disminuir su capacidad operativa, y detiene a un prisionero; bajo la lupa de los tratados de Derechos Humanos en tiempos de paz, este hecho pasa a ser descrito como una banda armada, que configurando una asociación ilícita, asesinó a un ciudadano, produjo el robo de sus bienes y cometió una privación ilegítima de la libertad. En este último contexto interviene además lo que se conoce como la teoría de los roles, es decir que, cualquier miembro de la asociación ilícita está en capacidad de adoptar alguno de los roles de la banda, con lo cual si un miembro comete un asesinato esa situación también involucra a todos los miembros de la banda, aunque no lo hayan cometido.

DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS (DDHH) Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

La diferencia conceptual entre el **Derecho de la Guerra** y el **Derecho de la Paz**, estriba en que el primero contempla tres tipos de actores:

- los ejércitos irregulares conformados por los grupos terroristas,
- las Fuerzas Armadas legales y
- la población civil ajena al conflicto.

Este último es primordialmente el grupo al que protegen los **Tratados de Ginebra**. En los **Tratados de Derechos Humanos**, en cambio, hay solo dos actores: el Estado y los ciudadanos, por lo que éstos últimos son los que deben ser protegidos ante los abusos en que pueden incurrir los agentes del Estado, que son quienes detentan el poder punitivo en forma exclusiva.

Pero además tuvieron orígenes diferentes y persiguen fines diferentes:

- Los **Tratados de derechos humanos** buscan regular el trato entre el Estado y los ciudadanos, protegiendo los derechos de estos últimos.
- Las **Convenciones de Ginebra**, en cambio, además de regular las relaciones entre la población civil y los bandos armados en conflicto, regula las relaciones que cada bando tiene con los prisioneros del bando opuesto y, fundamentalmente le da un cierre al conflicto. Armisticio para el caso en que se estén enfrentando dos potencias y amnistía, para el caso de los conflictos armados dentro del territorio de un país.

Estas posibilidades que brindan los **Convenios de Ginebra**, buscan el cierre de los conflictos, es decir garantizar la pacificación necesaria luego de una guerra, para gobernar y reconstruir. Pero esta opción no se encuentra en los tratados de derechos humanos, porque en éstos no se considera la posibilidad del conflicto armado, aquí el problema es otro: **se busca castigar a los agentes del Estado, que hayan cometido un abuso contra los ciudadanos, para que exista un efecto ejemplar que proteja al resto de la ciudadanía.**

Los delitos de lesa humanidad, fueron definidos recién en el 2001 por el **Estatuto de Roma** y se cometen contra población civil, tanto por los agentes del Estado (militares, policías o funcionarios) como por las organizaciones terroristas. Lesa humanidad es un delito que no se comete contra el oponente, allí en todo caso sobre los prisioneros de guerra y en un contexto de guerra, pueden llegar a cometerse crímenes de guerra.

Si se aplica el criterio de las **Convenciones de Ginebra** los tres actores están claramente definidos y se puede identificar a la población civil, ajena al conflicto.

Pero si se aplica el derecho de los **Derechos Humanos**, al no existir el concepto de conflicto armado; dentro de la expresión población civil están necesariamente incluidos los terroristas y por lo tanto se pasa al esquema por el cual solo los agentes del Estado violaron los derechos de las víctimas inocentes, que es lo que ocurre en nuestro país.

Las consecuencias de este razonamiento, que aplican jueces y fiscales, son las siguientes:

- 1) No se reconoce la existencia de un estado de guerra.
- 2) Los terroristas no iniciaron la agresión armada.
- 3) Los terroristas son víctimas civiles, del mismo modo que la pequeña hija del Cap. Viola asesinados por el ERP durante el gobierno democrático de Perón.
- 4) Los delitos de los terroristas son delitos comunes, porque son considerados delitos de ciudadanos civiles y por lo tanto prescribieron.
- 5) Las verdaderas víctimas inocentes, ajenas al conflicto quedan absolutamente negadas y desamparadas, las víctimas del terrorismo sencillamente no existieron.
- 6) Solo a los agentes del Estado se les debe imputar crímenes imprescriptibles, éstos (los agentes del Estado) **en definitiva fueron los terroristas, porque ejercieron el terrorismo de Estado**. Con lo cual terminan realizando una verdadera revolución Copernicana, los terroristas pasan a ser víctimas y los responsables de dar seguridad pasan a terroristas y victimarios (de Estado).

Pero además, como hemos visto, la ausencia del conflicto en los tratados de **Derechos Humanos de paz**, hace a la inexistencia de los combatientes, con lo cual jueces y fiscales no ponderan a los testigos de las causas en su condición de ex terroristas, muchos de ellos con un frondoso pasado y su testimonio es considerado como el equivalente al de un testigo circunstancial e imparcial, como si no hubiese tenido intervención, es decir, como el de un tercero ajeno.

Por otra parte existen argumentos, propios de la teoría del derecho que requieren una explicación técnica más compleja y demuestran que en cualquier análisis serio y objetivo los delitos que se pretenden imputar, no son de aplicación; cuyos fundamentos van a ser próximamente publicados en un libro.

En la Argentina de los 70 existió un conflicto armado, perfectamente encuadrable en los **Tratados de Ginebra (PII)**, reconocido tanto por los bandos que intervinieron, como por los jueces de la Cámara Federal y de la CSJN en el fallo a las Juntas Militares.

Sin embargo en 1983 cuando Alfonsín decidió juzgar a los militares, les aplicó el **Derecho de la Paz** imputándoles delitos comunes.

Treinta años después, los mismos están prescriptos, entonces los jueces, para evitarlo, les dieron tratamiento de **lesa humanidad**, tornándolos imprescriptibles. Pero dicha categoría (lesa humanidad), no existe en el **Código Penal Argentino**, ni en la **Constitución Nacional** y su tipificación recién se realizó en 1998 con el **Estatuto de Roma**, ex post facto y no son de aplicación retroactiva. Ello obliga a la realización de complejas dialécticas jurídicas, con la única finalidad de perseguir políticamente a los militares.

Al haber juzgado a las Juntas en el siglo XX y a sus inferiores en el siglo XXI, la consecuencia es que a los tenientes de aquella época, hoy se les aplica un derecho con más de 20 años de evolución jurídica y a los generales que dieron las órdenes se los juzgó y condenó con un derecho mas benigno que a sus inferiores, pero por los mismos hechos contemporáneos, tanto para unos como para otros. Es decir,

- a las tres primeras juntas se las juzgó por delitos comunes,
- a la cuarta junta no se la juzgó y
- a sus inferiores se los juzga por delitos de lesa humanidad.

Por otra parte, el decreto 157/83 del Presidente Alfonsín, **recomendó el enjuiciamiento de los terroristas**, lo que nunca ocurrió y el transcurso del tiempo terminó operando para ellos como una amnistía de hecho, encubierta, rompiendo el principio de igualdad ante la ley que consagra tanto el **Pacto de San José de Costa Rica** como nuestro ordenamiento jurídico.

LA ACCION DE LA POLITICA ACTUAL

Al asumir Kirchner, decidió construir su base de poder en la izquierda, complaciendo a estos sectores con la persecución de la política de los 90 y los militares de los 70. Todo el aparato del Estado se volcó en esa dirección y el éxito no se hizo esperar, concentró así el espectro de la izquierda, de tal manera que en las últimas elecciones ésta perdió toda representación parlamentaria.

Transcurrido algún tiempo y ante la imposibilidad de satisfacer plenamente a la izquierda más extrema en las demandas de cambio de modelo de país, se contentó con cooptar a los organismos de **Derechos Humanos**, a quienes dio beneficios económicos y prisiones de militares, aún a costa de imputar pruebas absolutamente inconsistentes.

El resultado final es que el gobierno terminó violando los derechos humanos de los prisioneros políticos¹. Generando de esta forma, una verdadera construcción jurídico-política que pese a los argumentos de peso que puedan existir en sentido opuesto, está orientada a lograr que en algunos casos existan juicios y condenas y en otros casos prisiones preventivas permanentes.

Pero además, dentro del esquema de poder actual, hay grupos que pretenden Fuerzas Armadas con un marcado sesgo nacionalista de izquierda, otros buscan la transformación de las FFAA tal como las conocemos, llevándolas a su mínima expresión o incluso su reemplazo y otros buscan la “*limpieza*” de las FFAA, en una suerte de partición horizontal entre buenos y malos.

De la mano de las modificaciones institucionales también va el cambio de modelo de país.

LA ESTRATEGIA JURIDICA

La situación jurídica actual es el resultado de un trabajo de muchos años, librado coordinadamente en dos frentes, uno nacional y otro internacional, en los que coadyuvaron intereses nacionales e internacionales, acompañado de importantes campañas publicitarias.

Para los terroristas lo primero fue adquirir, en el exterior, la condición de víctimas de la dictadura, trocado luego por víctimas del Terrorismo de Estado, logrando de esta manera el favor de la opinión pública internacional. Una vez obtenido el consenso necesario, reclamaron al estado argentino la reparación de las víctimas, a partir del fallo Velásquez Rodríguez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹Ver DOC de AFyAPPA, sobre los derechos humanos que el estado esta violando a militares e integrantes de las FFSS.

Mientras tanto, en los foros internacionales un proceso caro a los movimientos de izquierda desarrolló la aplicación de las normas de ius cogens² al tiempo que lograban tratados internacionales donde tipificaban delitos inexistentes para los 70, a los que Argentina adhirió ritualmente.

En el plano nacional, el gobierno de Menem representó una derrota aparente para la izquierda, sin embargo significó una victoria estratégica con el cambio de la Constitución del 94, allí quedó plasmado que los tratados de Derechos Humanos tenían rango Constitucional, con preeminencia sobre la propia Constitución, aspecto que es cuestionado por muchos juristas, pero que la Corte resuelve en favor del primer criterio. Solo quedaba anular las leyes de Obediencia Debida y cambiar la Corte, para lograr una maniquea interpretación del derecho, acciones a las que Kirchner no se limitó, también modificó el Consejo de la Magistratura, obteniendo la capacidad de digitar a los jueces e incrementó el presupuesto de las fiscalías, manteniendo las defensorías, con lo cual quedó desbalanceada la acusación sobre la defensa.

El resultado final es que los jueces, fuertemente presionados por los organismos de derechos humanos y las campañas de prensa, comenzaron a procesar a los militares y a miembros de las fuerzas de seguridad sin importar el respeto por los derechos humanos que les asisten, como a cualquier mortal del planeta. (Prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, en casos de modificación del derecho de aplicación del derecho más benigno, prescriptibilidad de los delitos comunes, aplicación del principio de cosa juzgada etc.). El criterio de acusación se basa en imputarle a los delitos comunes, el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad, pero como hemos visto estos delitos fueron tipificados recién en el año 2001 y el propio Estatuto de Roma, que es ley nacional, establece que los mismos no pueden ser aplicados de manera retroactiva.

Cabe preguntarse entonces, ¿cómo pueden imputarse delitos de lesa humanidad? Jueces y fiscales echan mano a otra ley del año 95, (ex post facto) que aprueba la **Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad** celebrada por la ONU en 1951. Pero esta convención es claramente de aplicación para los criminales nazis y no para los militares argentinos de los años 70. Al respecto hay un profundo estudio, que ofrece todo los fundamentos de derecho, que próximamente será publicado, cuyo desarrollo no abordamos por una cuestión de economía de espacio, que es expresa y convenientemente ignorado, por los tribunales.

Ahora bien, la forma de pasar de una ley aprobada en el año 95 a hechos ocurridos en los 70, es a partir de apelación al ius cogens, por el cual el pensamiento de la progresía establece que en el ius cogens, es decir en el derecho internacional consuetudinario, eran conocidas la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad (tratado de la ONU del 51), y por aquello de que los tratados internacionales, particularmente los que tienen jerarquía constitucional como éste, tienen preeminencia sobre la Constitución, los delitos de lesa humanidad resultan de aplicación.

CONCLUSION

Por lo que hemos visto existe una clara intencionalidad política para mantener abierto el conflicto que busca una condena, que justifique el cambio de modelo de país, aunque implique violaciones a normas del derecho.

Esto que aparentemente se presenta como exclusivo para los militares en rigor trae aparejado una consecuencia impensada, que es la inestabilidad jurídica, que afecta seriamente al orden público. Contribuye a heredar a las generaciones jóvenes un conflicto que no vivieron y mantiene a las verdaderas víctimas del terrorismo sin reparación ni reconocimiento alguno.

La solución es evidente que no transita por los carriles de la justicia, lamentablemente es política, e implica la lucha por la libertad de los prisioneros políticos en primera instancia, por una amnistía que permita la pacificación y por la reparación de las víctimas.

² Las normas de ius cogens (son de reciente generación) son imperativas, se imponen a todos los sujetos de manera obligatoria y se basan en el consenso universal sobre determinados valores de la comunidad internacional.

EN SINTESIS

- 1) El problema se presenta cuando analizamos los hechos, según una perspectiva de guerra o una de paz. El derecho de la guerra es el Derecho Internacional Humanitario, es decir son las Convenciones de Ginebra. El Derecho de la Paz, son los Tratados de Derechos Humanos, por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conocido como el Pacto de Nueva York o el Pacto de San José de Costa Rica.
- 2) Cuando Alfonsín decidió juzgar a los militares, les aplicó el Derecho de la Paz imputándoles delitos comunes. Actualmente los mismos están prescriptos, entonces los jueces para evitarlo, les dieron tratamiento de lesa humanidad tornándolos imprescriptibles. Pero dicha categoría LESA HUMANIDAD, no existe en nuestro ordenamiento jurídico.
- 3) La diferencia conceptual entre el **Derecho de la Guerra** y el **Derecho de la Paz**, estriba en que el primero contempla tres tipos de actores: los ejércitos irregulares conformados por los grupos terroristas, las Fuerzas Armadas legales y la población civil ajena al conflicto que se busca proteger. En los **Tratados de Derechos Humanos**, en cambio, hay solo dos actores: el Estado y los ciudadanos, por lo que éstos últimos son los que deben ser protegidos ante los abusos en que pueden incurrir los agentes del Estado.
- 4) Los delitos de Lesa Humanidad, fueron definidos recién el 2001 por el Estatuto de Roma, no son de aplicación retroactiva y protegen a la población civil ajena al conflicto armado. La otra imputación que se efectúa, es sobre un tratado de la ONU, claramente aplicable a los Nazis de la segunda guerra mundial y no para el conflicto de los años 70
- 5) Al aplicar el derecho de los Derechos Humanos, dentro de la expresión población civil se encuentran necesariamente incluidos los terroristas, debido a que el concepto de conflicto armado, no existe dentro de este tipo de derecho. Las consecuencias de este razonamiento son:
 - a) No se reconoce la existencia de un estado de guerra.
 - b) Los terroristas no iniciaron la agresión armada.
 - c) Los terroristas son víctimas civiles, del mismo modo que la pequeña hija del Cap. Viola asesinados por el ERP durante el gobierno democrático de Perón.
 - d) Los delitos de los terroristas son delitos comunes, porque son considerados delitos de ciudadanos civiles y por lo tanto prescribieron.
 - e) Las verdaderas víctimas inocentes, ajenas al conflicto quedan absolutamente negadas y desamparadas, las víctimas del terrorismo sencillamente no existieron.
 - f) Solo a los agentes del Estado se les debe imputar crímenes imprescriptibles, éstos (los agentes del Estado) en definitiva fueron los terroristas, porque ejercieron el terrorismo de Estado. Con lo cual terminaron realizando una verdadera revolución Copernicana, los terroristas pasaron a ser víctimas y los responsables de dar seguridad pasaron a terroristas y victimarios (de Estado).