

Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos

Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

Rey, Sebastián Alejandro
Cuestiones actuales en la investigación de graves violaciones de
derechos humanos. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :
Infojus, 2014.
184 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-3720-06-2

1. Derechos Humanos . I. Título.
CDD 323

Fecha de catalogación: 14/07/2014

ISBN: 978-987-3720-06-2

Cuestiones Actuales en la Investigación
de Graves Violaciones de Derechos Humanos

1^{ra}. edición - Agosto 2014

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gov.ar

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

COORDINADOR



SEBASTIÁN ALEJANDRO REY

PRÓLOGO

JUAN MARTÍN MENA⁽¹⁾



El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos organizó, el pasado año, el “Seminario Internacional sobre el Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia y los delitos de lesa humanidad”, en el que expusieron los Doctores Fausto Pocar, juez del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y Pedro David, juez de la Cámara Federal de Casación Penal y juez *ad litem* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, acerca de las investigaciones y el juzgamiento que ha realizado ese Tribunal por crímenes contra la humanidad.

En el marco del encuentro, los disertantes abordaron los distintos criterios que el Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia (TPIY) ha sostenido en sus sentencias al momento de determinar la responsabilidad penal de los autores y partícipes en este tipo de delitos, y criticaron los fundamentos que motivaron en la revocatoria del caso *Perišić*, luego revertida, a desandar el camino trazado en la evolución jurisprudencial del derecho internacional.

En ese sentido, resulta necesario destacar en el plano local la importancia que reviste la sentencia dictada el 23 de abril del corriente año por los integrantes de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en el marco de la causa “Acosta Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación”, en donde el máximo tribunal penal del país se apartó de los argumentos esgrimidos por la mayoría del TPIY en la apelación del caso referido, y refutó magistralmente cada uno de sus fundamentos.

A través de este fallo, se puso fin a la impunidad de la que gozaban los responsables por los crímenes ocurridos en la ex Escuela Mecánica de la

(1) Subsecretario de Política Criminal. Secretaría de Justicia.

Armada (ESMA) durante la última dictadura cívico militar y se consolidó el compromiso asumido por nuestro país frente al deber inexcusable de toda Nación de investigar y juzgar las más graves violaciones a los derechos humanos.

La investigación de graves violaciones a los derechos humanos es una obligación irrenunciable para los Estados que conforman la comunidad internacional, pero esta previsión normativa sólo cobra vida dependiendo de la voluntad política, que en nuestro caso se hizo claramente operativa a partir del año 2003, cuando se decidió desarticular la complicidad que impedía a la justicia avanzar en la investigación y el juzgamiento de estos crímenes.

En este sentido, una de las primeras acciones emprendidas por el ex Presidente de la Nación, Néstor Kirchner, estuvo dirigida a impulsar dos leyes fundamentales y consecutivas.

Mediante la primera de estas leyes,⁽²⁾ se otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, en tanto que mediante la segunda⁽³⁾ se declaró la nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida, las que, junto a los indultos, dieron lugar a ese largo y triste período en que se buscó afianzar el silencio, la impunidad y el olvido.

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció en la causa "Simón", en el año 2005, la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad y dispuso la imprescriptibilidad de estos delitos, atento a la manifiesta vulneración que representaban a la normativa internacional que exige a los Estados investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. Asimismo, inmediatamente después declaró la nulidad de los indultos.

De esta manera, se dio paso a la apertura de las causas orientadas al juzgamiento y castigo de los culpables por los crímenes más atroces que ha sufrido nuestro país, constituyéndose la Secretaria de Derechos Humanos de la Nación en parte querellante en cientos de casos e impulsando las investigaciones.

(2) Ley 25.778. Otorga jerarquía constitucional a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad". BO 03/09/2003.

(3) Ley 25.779. Declaración de nulidad de las leyes 23.492 —"obediencia debida"— y 23.521 —"punto final"—. BO 03/09/2003.

La multiplicidad de procesos iniciados no alteró en ningún caso la plena vigencia de las máximas garantías constitucionales. La experiencia nacional se destaca de otras ya que los juicios se sustancian en tribunales locales en sintonía con la garantía del juez natural, y con apego a la legislación penal y procesal penal vigente para todos los delitos, a diferencia de lo ocurrido en otras partes del mundo en donde se han constituido tribunales *ad-hoc* y comisiones y legislaciones especiales.

Sin embargo, la decisión del Gobierno argentino de avanzar en estas políticas no se agotó con la apertura de los juicios sino que se complementó con otras medidas, entre las que se pueden mencionar la recuperación de lugares paradigmáticos de la represión en los que funcionaron los centros clandestinos de detención y el apoyo a los organismos de derechos humanos que nunca abandonaron la lucha por la verdad y la justicia.

Los logros obtenidos a través de la implementación de estas medidas no sólo se reflejan en las 531 condenas alcanzadas a la fecha, si no también a través de las 115 personas que han recuperado su identidad hasta el momento luego del siniestro plan sistemático de apropiación de niños y niñas.

En síntesis, a partir del año 2003, la plena vigencia de los derechos humanos se constituyó en una verdadera política de Estado, que además de involucrar el juzgamiento de los crímenes cometidos por la dictadura cívico militar, trasvasó todas las áreas y políticas desplegadas desde el Poder Ejecutivo Nacional.

El camino iniciado por este Gobierno con la finalidad de lograr la persistencia de la Memoria, el conocimiento de la Verdad y el triunfo de la Justicia, junto al acompañamiento de los restantes poderes del estado, marca la senda para que en el futuro no se repita idéntico período de oscuridad.



ÍNDICE



Aspectos de la Teoría de la Empresa Criminal Común en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

Por FAUSTO POCAR.....p. 1

El Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia y el caso *Perišić*.

Por PEDRO R. DAVID.....p. 9

1. Palabras preliminaresp. 9

2. Introducciónp. 10

3. Escenario en Bosnia y Croacia antes de la guerrap. 14

4. Objeto de la acusaciónp. 17

5. Hechos probados por la sala de juiciop. 18

6. Fallo de la Sala de Apelacionesp. 29

7. Conclusión.....p. 59

ANEXOS

La sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa "ESMA": su vínculo con el caso *Perišić*.....p. 65

La justicia que no abarque la totalidad del crimen deja el sabor amargo de la injusticia. Comentario al fallo de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa "ESMA". Por JORGE AUAT.....p. 67

Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Sentencias que condenaron en nuestro país al delito de violación como crimen de lesa humanidad. Por M. ALICIA NOLIp. 71

1. Introducciónp. 71

- 2. Violencia sexual. Reglas y pronunciamientos del TPIY.....p. 73
- 3. TPIY: el nexo entre la violación sexual y el conflicto armado como crimen de lesa humanidadp. 79
- 4. Violación como delito de lesa humanidad en tribunales argentinos: los obstáculos en su juzgamiento y su enfrentamiento.....p. 79

Notas sobre el juzgamiento de la criminalidad económica de la última dictadura militar en Argentina. Por HERNÁN I. SCHAPIRO, PABLO CASTELLI y ANA LAURA ZAVALA GUILLÉNp. 87

- 1. Introducciónp. 87
- 2. El juzgamiento de la criminalidad económica del régimen nazi por los Tribunales Militares de Nürembergp. 89
- 3. Delitos de orden económico y patrimonial cometidos por la dictadura militar argentina (1976-1983)p. 92
- 4. Corolario.....p. 103

Comentario al caso *Perišić* del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Por JULIA A. CERDEIRO, ANDREA M. SEMBER y JUSTINA URIBURU..... p. 105

- 1. Introducciónp. 105
- 2. Los hechos del casop. 106
- 3. El requisito de dirección específica en el derecho internacional consuetudinario, la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* y la doctrina p. 109
- 4. El elemento dirección específica.....p. 114
- 5. Conclusiones.....p. 115

La participación criminal de comandantes en genocidios, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad. El caso *Perišić* (TPIY) y una inadecuada conclusión dogmática. Por RICARDO NARVÁEZp. 117

- 1. Introducciónp. 117
- 2. La jurisprudencia del TPIY y su aplicación en el ámbito internop. 139
- 3. La práctica en Argentinap. 152
- 4. ¿Aplicación del Derecho Penal Internacional?.....p. 157
- 5. Algunas reflexiones criminológicas.....p. 158

Las inmunidades de los magistrados y la obligación estatal de investigar y juzgar los crímenes contra la humanidad. Por LUCIANO A. HAZAN y ELIZABETH GÓMEZ ALCORTAp. 161

 1. Introducciónp. 161

 2. Deber del Estado de investigar delitos de lesa humanidad.....p. 166

 3. Conclusiones.....p. 171

Bibliografía.....p. 173



Aspectos de la Teoría de la Empresa Criminal Común en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

FAUSTO POCAR⁽¹⁾



Si queremos tratar algunos aspectos de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY), debemos recordar que su tarea —tal y como fue la de los tribunales de Núremberg y de Tokio para el Lejano Oriente después de la Segunda Guerra Mundial— consiste en juzgar crímenes de guerra de lesa humanidad y de genocidio que implican, normalmente, la victimización masiva. No se ocupa, en cambio, de procesos penales vinculados a delitos comunes que implican a individuos. Además, al igual que en Núremberg y en Tokio, el Tribunal debe poder establecer una responsabilidad penal individual por crímenes de esta naturaleza; a pesar de que, normalmente, los crímenes masivos se realicen a partir de distintas formas de cooperación de un grupo de personas con el mismo fin criminal.

.....

(1) Juez de Apelación y ex-presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

En este sentido, el evento criminal no presenta necesariamente una conexión directa con la conducta criminal de todos los participantes. Pues en la práctica, por lo común, los miembros del grupo de mayor nivel e influencia no cometen el crimen de manera directa; aunque su papel en la realización sea muy importante.

Esta participación indirecta genera dos problemas principales. El primero consiste en la dificultad para definir las condiciones bajo las cuales una participación indirecta implica la responsabilidad penal individual. El segundo, tiene que ver con la prueba, que se presenta frecuentemente como indirecta y puramente circunstancial. De manera que, a veces, se acepta con dificultad, con el riesgo de favorecer la impunidad de los miembros del grupo de más alto nivel y de pronunciar condenas sólo a las personas de bajo nivel. Es por esto que se crearon los tribunales penales internacionales, para combatir la impunidad de los criminales de mayor responsabilidad contra el derecho internacional, y no solo para combatir a los que cumplen materialmente con el acto criminal.

Por lo tanto, el problema de individualizar la responsabilidad de cada miembro del grupo que comete un crimen internacional de manera colectiva estuvo desde el comienzo de la actividad del TPIY. Quiero destacar que, a este respecto, el Estatuto del Tribunal Internacional adoptado en 1993 por el Consejo de Seguridad de la ONU no ofrece expresamente una solución. El artículo 7 sólo se limita a estipular la responsabilidad de los individuos que cometen el crimen y los que lo ayudan. A falta de indicaciones estatutarias, el Tribunal tuvo que referirse a la costumbre internacional *come resulta* de la práctica de los Estados. Para llevar a cabo su análisis, el Tribunal examinó las leyes y la jurisprudencia de varios Estados, y elaboró la teoría de la llamada **empresa criminal común** (*joint criminal enterprise* es el nombre original en inglés).

El concepto de empresa criminal común se definió y se aplicó por primera vez en el fallo Tadić,⁽²⁾ en la sentencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, el 15 de julio de 1999. En este juicio, la Sala de Apelaciones del Tribunal destacó que, preliminarmente, según el principio general de derecho penal, una persona solo tiene responsabilidad criminal en la comisión de los delitos de los que, de alguna forma, haya participado. Luego, la Sala concluyó que la comisión de un delito sí puede verificarse por medio de la

.....

(2) TPIY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, 15 de julio de 1999.

participación “en la realización de una finalidad o un objetivo común”.⁽³⁾ El test de la participación en la finalidad común se justifica a la luz del Estatuto del Tribunal y persigue el objetivo de punir a “todos los que son responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario” y, entre ellos, a los “más responsables”.⁽⁴⁾

Como se expresa en el Informe del Secretario General de la ONU —en consonancia con el Estatuto del Tribunal— que acompaña el proyecto de resolución del Consejo de Seguridad, “todas las personas que participan en la planificación, preparación o la ejecución de violaciones graves del derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia tienen responsabilidad individual por las violaciones”.⁽⁵⁾ Por consiguiente, no cabe duda de que, para la Sala de Apelaciones, existe responsabilidad individual “por actos cometidos por un grupo de individuos con una finalidad criminal común”.⁽⁶⁾

Ahora bien, en el marco de la mencionada observación preliminar, ¿cuáles son los elementos concretos que permiten considerar que una persona es responsable de una actividad criminal colectiva? Para encontrar una respuesta, la Sala reseñó la Carta de Londres (Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional), el *Control Council Law* n° 10 adoptado por los Aliados en Alemania en 1945, varias sentencias pronunciadas en los años sucesivos a la Segunda Guerra Mundial, unos tratados internacionales, y fallos decididos por tribunales nacionales. Concluyó que “el concepto de empresa criminal común contiene tres categorías distintas de criminalidad colectiva”:⁽⁷⁾ la básica, la sistémica y la extendida.

Según la primera, la básica, “todos los acusados, que actúan con una finalidad común, poseen la misma intención criminal”⁽⁸⁾ y, por lo tanto, son responsables individualmente.

En la segunda forma de empresa criminal común, denominada sistémica o de campos de concentración, el acusado que trabaja en el campo tiene

.....

(3) TPIY, cit. En este y en todos los casos la traducción está hecha por el autor.

(4) *Ibid.*

(5) S/25704 y Add.1.

(6) TPIY, cit.

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid.*

conocimiento de la práctica de malos tratos y quiere consolidarla. Por lo que es individualmente responsable. Es evidente que se trata solo de una variante de la primera forma de empresa criminal común, en cuanto a que la influencia de la Segunda Guerra Mundial—en lo que respecta a campos de concentración— parece determinante en su identificación

Respecto de la tercera forma, la extendida, se puede decir que es la más delicada y controvertida. Pues implica la responsabilidad individual de cada uno de los miembros del grupo “en caso de que uno entre ellos comete un acto criminal que no cabe en la finalidad común, pero constituye una consecuencia natural y previsible de la ejecución del objetivo común”.⁽⁹⁾

Estas formas de responsabilidad requieren los siguientes elementos subjetivos y objetivos:

- a. una pluralidad de personas o un grupo definido;
- b. la existencia de un plan común, de un proyecto común o de una finalidad común que constituya o implique la comisión de un crimen; y
- c. la participación del acusado en este plan común.

Sin embargo, no hay identidad de elementos subjetivos de la llamada *mens rea*. La primera forma requiere “la intención de cometer un crimen definido, común a todos los participantes en el grupo”.⁽¹⁰⁾ Como todos los miembros de la empresa criminal común tienen la misma intención, el fiscal debe probar que cuando se cometió el crimen, el acusado tenía la intención de hacerlo.

La segunda forma supone que el acusado tiene “conocimiento personal del sistema de malos tratos en el campo y la intención de consolidar[la]”.⁽¹¹⁾ De nuevo, hay aquí una intención común. La diferencia con respecto a la primera forma consiste en que la intención común no necesariamente se refiere al crimen específico descrito por el fiscal en el acta de acusación—tortura, tratos inhumanos, violación, etc.—, sino al sistema que permite o favorece estos crímenes específicos.

Por último, la tercera forma de empresa criminal común supone que el acusado tiene la “intención de participar y favorecer la actividad criminal o

.....

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*

el proyecto criminal del grupo y de contribuir a la empresa criminal común o a la comisión de un crimen por parte del grupo".⁽¹²⁾ Además, representa un concepto extendido de responsabilidad que abarca al que tiene el acusado cuando comete crímenes que no forman parte del proyecto común. Por lo que necesita, también: "a) que un miembro del grupo cometa un crimen que no forma parte del proyecto común, pero sea previsible por parte del acusado; y b) que el acusado mismo tenga la voluntad de correr el riesgo que el crimen se cometa".⁽¹³⁾ Se trata de algo muy similar al principio de la intención eventual o *dolus eventualis*; principio de la *advertent recklessness*, en derecho anglosajón.

La jurisprudencia inaugurada con el fallo Tadić fue confirmada por el Tribunal en sucesivas ocasiones aunque con el esclarecimiento de algunos detalles, en particular respecto de un crimen que requiere una intención específica —como el genocidio o la persecución—, pero que no forma parte de un proyecto común y es cometido por un miembro del grupo.

La doctrina de la responsabilidad individual por crímenes cometidos colectivamente no cambió de manera significativa a lo largo de los años de actividad del Tribunal. Los problemas que se presentaron con más frecuencia fueron los de comprobar la presencia de los elementos de la empresa criminal común en casos concretos para establecer la participación efectiva en el proyecto, la posibilidad de prever la comisión de un crimen no incluido en el proyecto por un miembro del grupo y la voluntad de correr el riesgo de que el crimen fuese cometido. Los problemas de apreciación de las pruebas han determinado, a veces, conclusiones diferentes entre las salas de primera instancia del Tribunal o entre una sala de primera instancia y la Sala de Apelaciones. Lo demuestran varias decisiones del Tribunal. Entre ellas, para tomar un ejemplo reciente, el dictamen de la Sala de Apelaciones en el fallo de *Gotovina y Markac* del 16 de noviembre de 2012.⁽¹⁴⁾ Este fallo, además, presenta aspectos interesantes respecto de la teoría de la Empresa Criminal Común.

Se trata de un fallo bien conocido, conectado con la Operación Tormenta (*Operation Storm*). Esta permitió que Croacia volviera a tomar el control

.....

(12) *Ibid.*

(13) *Ibid.*

(14) TPIY, *The Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Cermak & Mladen Markac*, 16 de noviembre de 2012.

de la región —croata— de Krajina, donde reside una numerosa población serbia. Según el Acta de Acusación, los líderes políticos croatas y miembros de las fuerzas armadas cometieron varios crímenes durante la operación con la intención, en particular, de conseguir la deportación y el traslado forzado de una parte importante de la población serbia. La Sala de Primera Instancia del Tribunal juzgó que existía una empresa criminal común que tenía el fin de remover de manera permanente la población serbia de la región por medio de ataques contra civiles y de crímenes de otra naturaleza. Consideró, además, que el coronel general Gotovina compartía este fin y que tuvo una contribución importante en la empresa común. La Sala juzgó al acusado culpable de persecución y de deportación como crímenes de lesa humanidad bajo la primera forma de empresa criminal común. Además lo juzgó culpable de otros crímenes —cometidos, también, durante la ejecución del plan criminal común— bajo la tercera forma extendida. Lo mismo sucedió con el otro acusado.

Para llegar a estas conclusiones, la Sala de Primera Instancia se fundó principalmente en cuatro elementos de hecho que se sostuvieron recíprocamente. Primero, las actas de una reunión durante la cual los participantes —y, entre ellos, los dos acusados— discutieron la importancia de remover la población civil serbia de la región como parte de los ataques inminentes y preparación de la Operación Tormenta. Segundo, el desplazamiento hacia Bosnia y Serbia de al menos 20.000 personas, producto de los ataques contra civiles con artillería en cuatro ciudades ordenados por los acusados. Tercero, los crímenes cometidos por la fuerza militar contra la población serbia sin intervención preventiva de los acusados. Cuarto, la política de discriminación ordenada por los líderes políticos contra la minoría serbia, que favoreció el retorno de refugiados croatas, incluso en las residencias de los serbios que habían dejado el país.

La Sala de Apelaciones tomó una posición diferente. Revisó las conclusiones del Juzgado de Primera Instancia y declaró que no había pruebas suficientes para comprobar la existencia de una empresa criminal común. En particular, destacó que los ataques a las cuatro ciudades no tuvieron un carácter indiscriminado y que no violaron el principio de distinción previsto por el derecho internacional humanitario. Por consiguiente, la empresa criminal común no existió, pues tuvo como fin una actividad legítima. Por los mismos motivos, la Sala consideró que la legalidad de los ataques no permitía establecer la existencia del crimen de deportación. En consecuencia, los dos acusados fueron absueltos.

El dictamen de la Sala de Apelaciones fue adoptado por mayoría. Hubo dos disidencias, una de ellas correspondiente al autor de estas notas.

Sin entrar en los detalles del debate, importa considerar en qué medida este dictamen afecta a la doctrina de la responsabilidad por crímenes cometidos por medio de una empresa criminal común. Dos observaciones parecen oportunas a este respecto.

En primer lugar, el hecho de que se acepte que los ataques no violaron el derecho internacional humanitario, no implica necesariamente que no pueda aplicarse la doctrina de la **empresa criminal común**. Pues no hay que olvidar que el *actus reus* de dicha empresa consiste en la participación de un sujeto en un grupo que comparte un plan común, cuyo objetivo es un acto ilegal; en este caso, la deportación de la mayoría de la población serbia de la región —tal y como de hecho sucedió—. No importa que las medidas tomadas para alcanzar dicho resultado puedan considerarse legítimas, si se toman de forma aisladas. Afirmar, como lo hace la Sala de Apelación en su mayoría, que todas las medidas empleadas para conseguir el fin ilegal tienen que ser ellas mismas contrarias a la ley, añade un elemento objetivo que no se encuentra en el concepto de empresa criminal común elaborado anteriormente por la jurisprudencia del Tribunal.

En segundo lugar, si se afirma que la ilegalidad de los medios empleados para conseguir el fin ilegal constituye un criterio esencial para determinar la existencia de una empresa criminal común, resulta frecuente que los más altos responsables de los crímenes no podrán ser considerados partícipes en la empresa criminal. Se punirían sólo los que cometen crímenes específicos; es decir, los miembros del grupo de nivel menor. Sin embargo, como se ha destacado al principio de estas notas, la teoría de la **empresa criminal común** persigue precisamente el objetivo de punir a los más altos responsables de crímenes internacionales.

Como se ve, este dictamen representa una interpretación diferente de la teoría de la **empresa criminal común** que afecta el combate de la impunidad de los más altos responsables de crímenes contra el derecho internacional que tiene la justicia penal internacional.

Hasta ahora se trata de un caso aislado, pero demuestra cómo el marco de la responsabilidad penal individual siempre ofrece nuevos problemas y motivos de debate.



El Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia y el caso *Perišić*

PEDRO R. DAVID⁽¹⁾



1. Palabras preliminares⁽²⁾

Antes de comenzar mi disertación debo mencionar que he sido integrante de la Sala de Juicio del caso *Perišić* junto con el juez Moloto de Sudáfrica, quien presidió la sala, y con la jueza Michèle Picard, de Francia. Nuestro voto por mayoría, con la jueza Picard, tuvo la disidencia del juez Moloto. Mis comentarios de hoy frente a la revocatoria de nuestra sentencia por la Sala de Apelaciones presidida por el juez Meron e integrada por los jueces Agius, Daqun, Vaz and Ramaroson, quiere estar orientada a una análisis objetivo y estrictamente doctrinario de la misma. Esa decisión, como veremos luego, fue desestimada en su argumento central por la Corte Especial para Sierra Leona (caso Taylor), y por el propio TPIY en el caso *Šainović*, de enero de 2014.

Creo que como ex juez del Tribunal mi misión, aún hoy, debe estar orientada siempre a enriquecer el legado de justicia y paz del mismo, otorgando reparación a las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos

.....

(1) Ex-juez *ad litem* del TPIY. Juez de la Cámara Federal de Casación Penal.

(2) Agradezco aquí la colaboración de mi relator, el Dr. Tomás K. Manguel.

cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia. Debo mencionar que el fallo de la Sala de Apelaciones ha tenido una reacción negativa de alcance casi universal en revistas especializadas, en asociaciones de víctimas de las naciones de la ex-Yugoslavia, círculos académicos y científicos, y la prensa internacional.⁽³⁾

2. Introducción

Cada Tribunal Penal Internacional, desde Nüremberg a nuestros días, fue una conquista de la civilización —esto es, de la razón— sobre la barbarie de la venganza de los ejércitos victoriosos en contra de los culpables de los más graves delitos en contra de la paz, en contra de la humanidad o de las costumbres y usos de la guerra.

De hecho, en las conferencias que los aliados en la Segunda Guerra Mundial tuvieron en Teherán a fines de noviembre de 1943, Stalin propuso un brindis en una de las cenas del encuentro: “Brindo, dijo, por una justicia más expeditiva para todos los criminales de guerra alemanes. Brindo por la justicia del pelotón de fusilamiento”. Y repitió: “brindo por nuestra determinación de arreglar con ellos tan pronto como sean capturados, todos ellos”. Hay por lo menos cincuenta mil. Elliot Roosevelt, el hijo del Presidente Roosevelt que se encontraba allí, narra cómo Winston Churchill, Premier Británico, saltó de su asiento y expresó: “este procedimiento es en completa oposición a la concepción del pueblo británico acerca de la justicia. El pueblo británico no aprobará nunca un asesinato en masa”. Volvió a repetir Stalin: “Cincuenta mil deben ser fusilados”, según cuenta Churchill en sus memorias. El Presidente Roosevelt, en una frase llena de jocosidad, dijo que habría que encontrar una solución entre las dos propuestas, tal vez que se fusilaran solamente 49.500. Los norteamericanos y los rusos festejaron. Luego Churchill, en sus memorias, cuenta cómo Stalin y Molotov, su Canciller, pusieron un brazo en su hombro, y riéndose abiertamente, le dijeron que había sido solamente una broma.

La cuestión reapareció nuevamente en la Conferencia de Yalta en Crimea al noveno día de la misma. Los soviéticos en las áreas ocupadas habían

(3) Sobre la repercusión pública internacional de este caso, ver “*Stanišić and Simatović Judgment in ‘Dark Area’ of International Law*”, en *Sense Tribunal*, La Haya, 03/06/2013; GORDY, ERIC, “*What Happened to the Hague Tribunal?*”, en *International Herald Tribune*, 02/06/2013; SIMONS, MARLISE, “*U.N. Court Acquits 2 Serbs of War Crimes*”, en *The New York Times*, 30/05/2013; “*Prosecution seeks life sentence for Stanišić and Simatović*”, en *Sense Tribunal*, La Haya, 29/01/2013.

organizado ya su primer juicio a los criminales de guerra. Tres oficiales alemanes luego de ser interrogados sumariamente fueron inmediatamente fusilados en Kharkov el 13 de diciembre de 1943. Finalmente, fue Robert H. Jackson, juez de la Corte Suprema de los EEUU, quien en conferencias secretas en París y Londres con representantes de los Estados Unidos, Francia, Inglaterra y Rusia, consiguió que los cuatro países se reunieran en Londres en junio de 1945 para lograr una decisión común. La idea de un tribunal de justicia militar prevaleció, y Jackson, en consulta con el General Lucius Clay, jefe de las fuerzas norteamericanas en Europa consiguió que le recomendara Núremberg, y el casi indemne Palacio de Justicia para realizar el juicio.⁽⁴⁾ Jackson fue luego el Fiscal General del Tribunal Militar.

En agosto de 1945, los cuatro países aliados firmaron el acuerdo sobre el Tribunal Internacional Militar y su Estatuto. El Estatuto decía:

El proceso del juicio deberá tener las siguientes características:

a) la acusación debe ser leída ante la Corte. b) El Tribunal deberá preguntar a cada acusado si se declara culpable o no culpable. c) La Fiscalía deberá realizar una presentación introductoria. d) El Tribunal deberá preguntar a la fiscalía y a la Defensa que prueba, si alguna, desea someter al Tribunal, y el Tribunal deberá decidir sobre la admisibilidad de tal prueba. e) Los testigos de la Fiscalía serán examinados y luego los de la Defensa, después la prueba a refutar en el modo que fuese admisible por el Tribunal será interrogada por la Fiscalía o la Defensa. f) El Tribunal puede realizar cualquier pregunta a todos los testigos y a los acusados en cualquier momento. g) La Fiscalía y la Defensa podrán preguntar y repreguntar a los testigos y a cualquier acusado que de testimonio. h) La Defensa hará su presentación al Tribunal y la Fiscalía también lo hará. i) Cualquier acusado podrá hacer una presentación al tribunal. j) El Tribunal dictará su decisión y pronunciará la sentencia (art. 24).

El documento acusatorio —veinticinco mil palabras— se dividía en cuatro partes. Primera: Complot, Confabulación. Segunda: Delitos en contra de la Paz. Tercera: Delitos de Guerra. Cuarta: Delitos en contra de la Humanidad.

.....

(4) HEYDECKER, JOE J. y LEEB, JOHANNES, *The Nuremberg Trial*, The World Publishing Co., 1958, pp. 76/78.

Los procedimientos en Núremberg llenaron dieciséis mil páginas, la Corte tomó testimonios a 240 testigos y trescientas mil declaraciones juradas. Cuando comenzó el juicio, eran las diez horas tres minutos de la mañana del 20 de noviembre 1945; el veredicto fue dictado el 30 de setiembre de 1946, a las siete de la mañana.

En el veredicto, doce de los acusados fueron condenados a muerte por ahorcamiento: Goering, Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frick, Frank, Streicher, Sauckel, Jodl, Seyss-Inquart y Martin Bormann en ausencia. Hess, Funk y Raeder fueron condenados a prisión perpetua, Schirach y Speer a veinte años, Neurath a quince años y Doenitz a diez años de prisión.

En la noche del 15 al 16 de octubre de 1946, las ejecuciones tuvieron lugar.

Después de Núremberg, fue para el terrible conflicto de los Balcanes que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en virtud de lo dispuesto en el capítulo VII de su Carta constitutiva, creó el Tribunal *ad hoc* para la ex-Yugoslavia, así como más tarde, en el escenario del genocidio de Ruanda, el Consejo de Seguridad creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En el conflicto de los Balcanes, más de cien mil personas fueron asesinadas, y dos millones fueron forzosamente desplazadas del territorio de la ex-Yugoslavia. Desde su creación, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia condenó hasta el momento a 69 personas y estableció, por primera vez desde Núremberg y Tokio, una contribución sistemática y trascendental a la jurisprudencia respecto de los graves delitos contemplados en su Estatuto.

En principio, podríamos distinguir tres etapas en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal.

La primera, desde su creación hasta el año 2000, aproximadamente. Debo recordar aquí que por disposición del Secretario General de la ONU, formé parte del grupo de cinco expertos que realizó un estudio exhaustivo del funcionamiento de los Tribunales Penales Internacionales tanto para la ex-Yugoslavia como para Ruanda.

Nuestro informe examinó la situación procesal y sustantiva de los juicios por lesa humanidad en ambas instituciones y se incluyeron allí 46 recomendaciones de reforma, que en su gran mayoría fueron implementados por ambos Tribunales, que fuera publicado en todas las lenguas de Naciones Unidas (A/54/634 del 22 de noviembre de 1999). Ese período hasta el

año 2000, fue caracterizado por una incipiente cooperación internacional con el Tribunal y sin la presencia de los grandes culpables de los graves delitos cometidos en el territorio de la ex-Yugoslavia.

El segundo período —que creo constituye la época más fecunda del Tribunal—, tiene lugar entre los años 2000 al 2011, y es en el que se trazan los lineamientos de una jurisprudencia que consolida la paz y la justicia en los territorios de la ex-Yugoslavia. Fui designado juez *ad litem* del Tribunal en agosto del año 2005. Ejercí mis funciones desde el 15 de febrero del 2008 —bajo la Presidencia del gran amigo y colega Fausto Pocar, quien me convocó—, hasta el 6 de octubre del año 2011.

La tercera etapa, del 2012 al presente, bajo la Presidencia del juez Theodore Meron, muestra una tendencia a reducir los límites de la responsabilidad penal de los acusados ante el Tribunal. Se revierte así en gran parte los logros de la jurisprudencia tradicional del Tribunal que motivara comentarios muy positivos en la doctrina del derecho penal internacional y que fueran seguidos también por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en los conflictos de su competencia.

En el último año, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional de las Naciones Unidas para la ex-Yugoslavia decidió desconocer la jurisprudencia tradicional del Tribunal. Su consolidación había sido el resultado de un proceso largo y dificultoso, llevado a cabo por más de veinte años con un éxito singular, hasta el dictamen de la Sala de Apelaciones en los dos últimos fallos: *Prosecutor v. Ante Gotovina and Markač*⁽⁵⁾ y *Prosecutor v. Momčilo Perišić*.⁽⁶⁾ Ello no solo ha puesto en jaque la sólida jurisprudencia del Tribunal —recogida por todos los tribunales internacionales—, sino, aún más, su credibilidad. A esta serie de absoluciones de la Cámara de Apelaciones, se ha sumado la sentencia del 31 de mayo dictada por la Sala de Juicio en el caso *Stanišić y Simatović*.

Sin perjuicio de estas desventuradas decisiones de la Sala de Apelaciones del TPIY de *Perišić*, recientemente se ha logrado enderezar nuevamente el rumbo del derecho penal internacional hacia la interpretación auténtica del TPIY, primero mediante el fallo Taylor de la Corte Especial para Sierra

(5) TPIY, *Prosecutor v. Ante Gotovina and Mladen Markač*, 16 de noviembre de 2012, Case n° IT-06-90-A, *Judgement*, (en adelante, *Gotovina and Markač Appeal Judgement*).

(6) TPIY, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, *Appeal Chamber*, 28 de febrero de 2013, Case n° IT-04-81-A, (en adelante *Perišić Appeal Judgement*).

Leona, y luego, mediante un fallo inédito de la propia Sala de Apelaciones del TPIY, en el caso *Sainović*, restableciendo así el equilibrio alcanzado durante aquella segunda etapa.

Por último cabe señalar, para comenzar nuestro análisis, que en el caso *Gotovina-Markač* los jueces Agius y Pocar de la Sala de Apelaciones han votado en disidencia; en *Perišić*, ha hecho lo propio el juez Liu; y finalmente en *Stanišić* y *Simatović*, la jueza Picard también ha optado por no seguir a la mayoría, en la disidencia del Tribunal de Juicio. En este trabajo, abordare el análisis de *Perišić*, mientras que el estudio del caso *Gotovina-Markač* quedará en manos de mi distinguido colega, Fausto Pocar.⁽⁷⁾

3. Escenario en Bosnia y Croacia antes de la guerra

El 6 de abril de 1941 el Reino de Yugoslavia había sido invadido por las fuerzas alemanas. Con el fin de repeler la ocupación nazi, se creó el movimiento de resistencia anti-fascista y anti-nazi más eficiente de toda Europa: el de los Yugoslavos Partisanos, liderado por Josip Broz Tito, cuyo objetivo principal era crear un Estado comunista multi-étnico en Yugoslavia.

Los partisanos encontraron rápidamente una fuerte oposición del grupo monárquico *chetnik*, quienes pretendían retener la monarquía Yugoslava y asegurar en el territorio a la población étnica serbia. A ese fin, querían establecer una Gran Serbia por medio de la limpieza étnica de los territorios que consideraban históricamente como no-serbios.

.....

(7) Sobre los casos *Gotovina-Markač* y *Perišić*, IRWIN, RACHEL, "Report New. International Justice – ICTY. Do Overturned Convictions Undermine Hague Tribunal?", en *Institute for War and Peace Reporting*, 20/03/2013; "Perišić and Gotovina Judgments used in defense of the 'Kosovo Four'" en *Sense Tribunal*, La Haya, 06/03/2013; "In the Wake of Momčilo Perišić's Judgment (3). Specific Direction of Appeals Chamber's la Test Judgments", La Haya, 06/03/2013.

Sobre *Perišić* específicamente: "In the wake of Momčilo Perišić Judgment (2). Judges Couldn't see the wood for the trees", en *Sense Tribunal*, La Haya, 05/03/2013; "In the wake of Momčilo Perišić's Judgment, No consistency or rigour", en *Sense Tribunal*, La Haya, 04/03/2013; DE LAUNEY, GUY, "Momčilo Perišić Hague acquittal leaves little sense of justice", en *BBC News Europe*, 28/02/2013.

Específicamente sobre *Gotovina-Markač*, CLARK, JANINE NATALYA, "Courting controversy. The ICTY's Acquittal of Croatian Generals Gotovina and Markač", en *Journal of International Criminal Justice*, 2013, pp. 1/25, donde en uno de los párrafos de su exhaustivo artículo sobre el tema se afirma: "This section has sought to demonstrate that the Gotovina and Markač Appeal Judgement is internally problematic. When we consider the fundamentally divergent ways in which people in Serbia and Croatia reacted to the verdict, however, it can be further argued that the judgement is externally problematic. In short, it has proven to be a deeply polarizing judgement both inside and out-side of the Appeals Chamber" (p. 19).

Gracias al apoyo de las fuerzas aliadas, Tito logró prevalecer y, al finalizar la guerra, se fundó la República Federal Socialista Yugoslava (en adelante, RFSY). Su ejército era la Armada del Pueblo Yugoslavo (en adelante, JNA), uno de los más poderosos de toda Europa. Previo a su disolución, la RFSY, hoy conocida como ex-Yugoslavia, estaba compuesta de seis repúblicas: Bosnia y Herzegovina (en adelante, BiH), Croacia, Macedonia, Montenegro, Serbia y Eslovenia. Además, contaba con dos regiones autónomas: Kosovo y Vojvodina.

Tras la muerte de Tito, el 4 de mayo de 1980, y ante la ausencia de un líder que hubiese podido continuar su legado, cada vez se hizo más difícil el objetivo de mantener a las repúblicas de Yugoslavia unidas. A ello debía sumarse la caída del comunismo y el resurgimiento del nacionalismo en los países del este de Europa. Varios partidos políticos comenzaron a instaurar la idea de la independencia de sus respectivas repúblicas y cada vez eran más las voces que se alzaban en pos de recalcar las diferencias étnicas entre las mismas. Al mismo tiempo, se criticaba que Serbia estaba controlando el gobierno, como así también las finanzas, en la región de los Balcanes.

Eslovenia y Croacia fueron las primeras repúblicas en declarar su independencia, el 25 de junio de 1991. En Eslovenia el proceso se hizo en el marco de un proceso pacífico, pero no fue así en el caso de Croacia. Luego de un llamado a referéndum acerca de la autonomía de los serbios en Croacia, el 97,70% votó por su autonomía, estableciéndose así el 21 de diciembre de 1990 el Distrito Autónomo Serbio (en adelante, SAO) de Krajina. Posteriormente se hicieron dos referéndums simultáneos en Croacia y en el nuevo distrito de Krajina para decidir acerca de su respectiva pertenencia a la República Serbia y, en consecuencia, su permanencia en Yugoslavia. Mientras que Krajina votó por permanecer en la RFSY, Croacia votó el 25 de enero de 1991 por su independencia, lo cual generó el comienzo de varios conflictos armados entre ambas regiones.

Más tarde, otros SAO se sumaron al de Krajina, dando ello lugar al nacimiento de la República Serbia de Krajina (en adelante, RSK) el 19 de diciembre de 1991, estableciéndose casi un año después, el Ejército Serbio de Krajina (en adelante, SVK). En enero de 1994 hubo llamado a elecciones presidenciales donde fue electo como presidente de la RSK Milan Martić.

Bosnia y Herzegovina (BiH) fue protagonista del conflicto más sangriento de todos en la desintegración de la RFSY, probablemente por su ubicación es-

tratégica como así también por tener la composición étnica más variada de todas las repúblicas: 43% de bosnio musulmanes, 33% de bosnio serbios, 17% de bosnio croatas y algún porcentaje de otras nacionalidades.

Al igual que en Croacia, allí también hubo elecciones multi-partidarias, donde cada partido representaba una etnia. Aquí también, como en Croacia, el Partido Democrático Serbio, liderado en BiH por Radovan Karadžić, era uno de los más fuertes. Mientras que el Partido de Acción Democrática (en adelante, SDA) abogaba por la independencia de Bosnia del Estado Federal de Yugoslavia, el SDS proclamaba permanecer dentro del mismo. En un discurso pronunciado en la Asamblea de Bosnia Karadžić manifestó que haría desaparecer a los musulmanes de Bosnia si votaban por declarar la independencia.

Ante esta situación se hizo una votación a favor de un memorándum del cual no participó el SDS, cuyos integrantes optaron por fundar directamente la Asamblea del Pueblo Serbio en Bosnia, declarando el 9 de enero de 1992 la formación de la República Serbia de Bosnia y Herzegovina (República Srpska). Sin perjuicio de los reiterados boicots por parte del Pueblo Serbio en Bosnia, en marzo de 1992 más del 60% de los ciudadanos bosnios votaron a favor de la independencia. Apenas un mes después, la República Srpska declaró su independencia de Bosnia y Herzegovina, constituyendo luego su propio ejército, conocido como VRS.

Reeditando la vieja idea del establecimiento de una Gran Serbia, durante una Asamblea de la República Srpska, Karadžić introdujo seis objetivos estratégicos de los bosnios serbios en la región. Entre ellos: separar a los Bosnios-Serbios de los Bosnios-Musulmanes y Bosnio-Croatas, establecer dos corredores que permitieran desplazar libremente a los Bosnio-Serbios de Bosnia (uno entre Semberija y Krajina y otro en el Valle de Drina), y finalmente, dividir Sarajevo en un sector Serbios y otro, Musulman.⁽⁸⁾

.....

(8) "On 12 May 1992, the Assembly of the Serbian People in BiH adopted the six strategic goals of the Bosnian Serbs introduced by Radovan Karadžić. The first goal was separating Bosnian Serbs from the other two national communities - the Bosnian Muslims and the Bosnian Croats. The second was the establishment of a corridor between Semberija and Krajina. The third was the establishment of a. The fourth was the establishment of external borders to the Serb entity on the Una and Neretva Rivers. The fifth concerned the division of the city of Sarajevo into Serbian and Muslim parts, and the implementation of effective state governments in each of these constituent states. The sixth and final goal was to secure access to the sea for the Serb entity". TPIY, Perišić Trial Judgement, cit., párr. 184.

Ante la pérdida de una nueva república, el 27 de abril de 1992 se dicta una nueva constitución por medio de la cual se crea la República Federal Yugoslava, compuesta únicamente por Serbia y Montenegro.

Se estima que durante todo el conflicto más de 100 mil personas fueron asesinadas y 2 millones fueron forzosamente desplazados del territorio. El hecho más atroz tuvo lugar en el verano de 1995, cuando el VRS invadió el pueblo de Srebrenica, previamente declarado como un área protegida por Naciones Unidas. Invasión de Srebrenica, el VRS expulsó y masacró a miles de civiles musulmanes. En solo un par de días, el ejército había ejecutado a 8000 bosnio-musulmanes, hombres y niños, ocasionando así el mayor genocidio en Europa desde el Holocausto.

4. Objeto de la acusación

Entre septiembre de 1992 y noviembre de 1995, el Ejército de la República Srpska, conocido como VRS, cometió cientos de crímenes contra civiles durante la guerra de Bosnia. El VRS llevó adelante una campaña de bombardeos y tiroteos en Sarajevo que tuvo como resultado la muerte de cientos de civiles y miles de heridos.

Mientras tanto en Croacia, en mayo de 1995, el Ejército Serbio de Krajina (SVK) asesinó a varios civiles mediante el disparo de misiles en la ciudad de Zagreb, ocasionando además cientos de heridos.

Momčilo Perišić fue General del Ejército Yugoslavo (en adelante, VJ), y ejerció el cargo más alto de la sede del ejército en Belgrado, Serbia, entre agosto de 1993 y noviembre de 1998.

En su acusación, la Fiscalía sostuvo que Perišić, que ostentaba el cargo de más alto rango dentro VJ, tenía autoridad *de facto* y *de iure*, para tomar e implementar las decisiones del Staff General del VJ. Lo acusó de colaborar con el VRS y el SVK mediante el aprovisionamiento de asistencia logística y de personal, por intermedio de dos batallones denominados Centros de Personal (PC) n° 30 y n° 40.

De este modo, fue imputado en los términos del art. 7(1) del Estatuto del TPIY, en calidad de partícipe, por los delitos de crímenes de guerra y de lesa humanidad perpetrados por el VRS en Bosnia entre 1993 y 1995.

La Fiscalía entendió además que Perišić era responsable, en calidad de autor como jefe militar, conforme art. 7(3) del ETPIY, por no haber preveni-

do y/o reprimido los crímenes perpetrados por sus subordinados del VRS y el SVK, tanto en Bosnia como en Croacia.

5. Hechos probados por la sala de juicio

El Presidente del Tribunal de Juicio era el juez Bakone Justice Moloto, el primer vocal era el suscripto y el tercer vocal era la jueza Michèle Picard.

El juicio comenzó el 2 de octubre de 2008 y la sentencia —de 572 fojas— fue dictada el 6 de septiembre de 2011 luego de 198 días de juicio, 136 testigos y 3794 piezas probatorias, 2945 de la Fiscalía y 849 de la Defensa.

Para una correcta comprensión de la sentencia, analizaremos sucintamente el desarrollo histórico de los distintos órganos involucrados en la comisión de los hechos que son materia de investigación, como así también aquellos que la Sala de Juicio dio por probados respecto de los mismos.

5.1. Relación entre VJ, VRS y SVK

5.1.1. La nueva República Federal Yugoslava

Uno de los principales órganos de la República Federal Yugoslava (en adelante, FRY) era el Consejo Supremo de Defensa (en adelante, SDC), integrado por el Presidente de la FRY y los Presidentes de las Repúblicas de Serbia y Montenegro. Al constituirse la nueva República Federal Yugoslava también se hicieron cambios profundos en lo que era el JNA, antiguo ejército de ex República Federal Socialista Yugoslava. Así, el 20 de mayo de 1992 se reemplazó el JNA por la Armada de Yugoslavia (VJ), la cual entró en vigencia en octubre de 1993. La VJ estaba a su vez integrada por Cuerpos de Unidades Especiales, denominados KSJ, que estaban directamente subordinados al Jefe del Staff General del VJ. Las sesiones del SDC eran presididas por el presidente de la FRY, quien a su vez era el Comandante en Jefe del VJ. Las decisiones relacionadas con el VJ eran adoptadas en el marco de las sesiones de SDC.

La primera sesión del SDC tuvo lugar el 30 de junio de 1992. Fue presidida por el entonces presidente de la FRY, Dobrica Cosic. Entre otras cosas, en dichas sesiones se discutían los asuntos relacionados con la situación militar y política de la FRY, la asistencia logística y de personal brindada al ejército de BiH y Croacia, como así también cuestiones presupuestarias de las fuerzas armadas.

Otro de los órganos primordiales de la FRY, era el Jefe del Staff General del VJ, quien se encontraba directamente subordinado al Presidente de la FRY. Él era quien tenía el rango más alto dentro del VJ. Si bien solo podía llevar adelante operaciones de combate de acuerdo a una decisión previa del presidente, tenía la capacidad para preparar y desplegar a las fuerzas armadas a lo largo de todas las fronteras de la FRY. Este fue el cargo que ocupaba Perišić al momento de los hechos, motivo de la acusación.

5.1.2. VRS

La reestructuración del JNA también tuvo incidencia directa en otros ejércitos, como en el de la República Serbia de Bosnia (Republika Srpska) y la República Serbia de Krajina (RSK).

El 4 de mayo de 1992, por orden del presidente de la SFRY, se procedió a retirar a las tropas del JNA del territorio bosnio. Con el remanente de los soldados del JNA que quedaron en Bosnia, más otras unidades paramilitares en el territorio, el 12 de mayo de 1992 se creó el Ejército de la República Srpska (VRS).

De este modo, el JNA era el esqueleto del VRS, cuyo objetivo era defender la soberanía, independencia y territorialidad constitucional de la Republika Srpska, cuyo presidente, Radovan Karadžić, era a la vez el Comandante en Jefe del VRS. El órgano más importante dentro del VRS, el Staff Principal, era dirigido por Ratko Mladić.

El VRS estaba constituido por 5 cuerpos de combate. Cada cuerpo contaba con aproximadamente 25 a 50 mil soldados. El modo de operar de estos cuerpos de combate, como así también su ubicación geográfica, era igual al de los cuerpos de la ex-JNA. Los cuerpos de combate eran los siguientes: 1° Cuerpo de Krajina (ex-5° Cuerpo del JNA), 2° Cuerpo de Krajina (ex-10° Cuerpo del JNA), Cuerpo del Este de Bosnia (ex-17° Cuerpo del JNA), Cuerpo de Sarajevo-Romanija (ex-4° Cuerpo del JNA), Cuerpo de Herzegovina (ex-9° Cuerpo del JNA), y finalmente, el Cuerpo de Drina, creado recién en 1992.

5.1.3. SVK

Simultáneamente, en la República Serbia de Krajina, se estableció el ejército conocido como SVK, cuya existencia se extendió hasta el 8 de agosto de 1993, cuando cayó la República. Al igual que sucedía con el VRS, el Presidente del RSK, Goran Hadžić, era a la vez el Comandante en Jefe del SVK, siendo también el objetivo del ejército velar por la soberanía e

independencia de la República de Krajina. Finalmente también tenía como órgano más importante el Staff Principal comandado, en este caso, por Milan Martić. Del mismo modo, el SVK estaba compuesto de los siguientes seis Cuerpos: el 7º, el 11, el 15, el 18, el 21, y el 39.

5.1.4. Centros de Personal n° 30 y n° 40

Como se explicó más arriba, cuando el JNA se retiró de Croacia y Bosnia, con los soldados que quedaron allí se formó, respectivamente, el SVK y el VRS. Pero ambos requerían personal adicional para alcanzar sus objetivos militares. Así, al constituirse el VJ, la República Federal de Yugoslavia provisionó al VRS y al SVK con parte de su personal. Dichos soldados, que eran enviados desde Serbia y Montenegro para cumplir servicios en el VRS o en el SVK, mantenían el estatus y los derechos que gozaban en el VJ.

Pero la reasignación o pase del VJ al VRS y al SVK jamás fue regulada. Y toda vez que, en principio, el pase solo podía ser temporario, hubo varios casos de soldados que, sin ningún tipo de autorización, abandonaban el VRS o SVK para retornar al VJ. Además existía un problema legal: no había fundamento legal alguno para re-destinar soldados —sin su consentimiento— fuera de la FRY. El VJ podía ser entonces un posible foco de denuncias frente a esta situación y, además, quedaría expuesto públicamente a nivel local e internacional.

De este modo, a fin de regularizar esta situación, el 11 de octubre de 1993 en una sesión del Consejo Supremo de Defensa, Perišić —en su calidad de Jefe del Staff General— propuso directamente que se ordenara a los soldados del VJ la transferencia al VRS y al SVK. Y, aquellos que se opusieran, serían dados de baja o sancionados con una jubilación anticipada sin el goce de los beneficios correspondientes.

Si bien se votó por la aplicación de una orden coercitiva para re-destinar a los soldados del VJ, el Consejo Supremo de Defensa acordó que la orden debería permanecer secreta y que no debían mencionarse las medidas coercitivas aplicables a los soldados del VJ que rehusaran ser transferidos. El carácter confidencial de la orden era de vital importancia. A tal punto que uno de los miembros del Consejo había referido que, si dicho documento se hiciera público, la República Federal Yugoslava podría enfrentar sanciones por parte de la comunidad internacional.⁽⁹⁾ Inclusive Milosević

.....

(9) TPIY, *Perišić Trial Judgement*, cit., párr. 787.

señaló allí que solo debería haber una copia, la cual debería permanecer en manos de Perišić.

De este modo, siendo Perišić quien tenía a su cargo la organización del VJ, propuso como solución para regular la situación de los soldados del VJ que eran transferidos a Bosnia o a Croacia, la creación de los denominados Centros de Personal n° 30 y n° 40 (PC). El PC n° 30 estaba a cargo de los ex-soldados del JNA o VJ destinados al VRS, mientras que el PC n° 40 se encargaba de aquellos enviados al SVK. Los PC estaban ubicados en las mismas oficinas del BJ en Belgrado.

El personal militar asignado a los PC permanecía como miembro del VJ y ejercía todos sus derechos dentro de la FRY por medio de los PC. Asimismo recibía sus salarios del VJ y gozaba de los mismos beneficios que cualquier otro oficial perteneciente al VJ, como por ejemplo, hospedaje, seguro médico, pensión, entre otros. Perišić mismo reconoció, en la sesión del 11 de octubre de 1993, que los soldados asignados a los PC mantenían su estatus como miembros del VJ.

El 8 de diciembre entró en vigencia el documento "Las Instrucciones del Staff General del VJ en relación a los PC, firmado por Perišić. Las Instrucciones establecían, entre otras cosas, que los PC debían llevar un registro de las personas que se rehusaran a ser transferidas al VRS o al SVK. Toda esta información respecto del personal de los PC, como así también sus cargos, beneficios y promociones, estaba regulada por la ley aplicable al VJ. Asimismo, en cumplimiento a lo dispuesto por el Consejo Supremo de Defensa, las Instrucciones expresamente señalaban que todas las órdenes y decisiones relacionadas con el servicio de personal de los PC debían emitirse únicamente de forma oral, especialmente aquellas relacionadas con la transferencia del personal al VRS o al SVK.

El número de oficiales del ex JNA o del VJ, prestando servicios en el VRS y el SVK, en diciembre de 1993, ascendió a 7000. Y no eran necesariamente oficiales de bajo rango. Entre los miembros del VJ prestando servicios en VRS a través del PC n° 30 se encontraban Ratko Mladić, Dorde Dukic, Zdravko Tolimir, Radislav Kistic, Vujadin Popovic, Drago Nikolic y Stanislav Galic.

La Sala de Juicio entendió que los PC eran solo una pantalla que Perišić había creado con la excusa de llevar un registro de los miembros bosnios o croatas del ex JNA o del VJ que se habían sumado a las fuerzas del VRS o al SVK. Cuando, en realidad, su propósito fue encontrar un marco de apariencia

legal para enviar oficiales y soldados del VJ a pelear en la guerra de Bosnia y Croacia. Y asimismo, tal como sostuvo la Fiscalía en su acusación, para ello era vital mantener en secreto el verdadero rol de los PC, ya que solo de esta manera el VJ podía involucrarse en dichas guerras sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad frente a la comunidad internacional.

El propósito principal de los PC era hacer de nexo para la transferencia y asignación de los miembros del VJ al VRS y al SVK. Y eventualmente, reasignarlos nuevamente al VJ. Cuando los oficiales del VJ eran formalmente transferidos a los PC en Belgrado, en realidad, eran “reubicados” dentro del VRS o el SVK. En “los papeles” estaban en Belgrado, pero “físicamente” estaban en Croacia o a Bosnia.

El propio Perišić señaló de manera muy ilustrativa en la sesión de octubre de 1993 en la SDC: “Nosotros les diremos: ‘tal oficial de tal unidad sería trasladado a un centro de entrenamiento, que se supone está aquí [Belgrado], pero en realidad lo enviamos para allá [Bosnia o Croacia]’”. No eran más que transferencias encubiertas al VRS y al SVK por intermedio de los PC.

5.1.5. *El caso Prosecutor v. Tadić y la relación entre el SVK y e VRS con el JNA*

La relación entre el SVK y el VRS con el JNA había sido previamente analizada por la Sala de Apelaciones en el caso *Prosecutor v. Tadić*, que fue tajante al afirmar “... mientras no se revele la evidencia de cómo el VRS se relacionaba con el comando principal en Belgrado, es importante tener en cuenta que hubo una clara intención de enmascarar el rol de mando que ostentaba la República Federal Yugoslava; un punto ampliamente demostrado por la Fiscalía”.

La Sala de Apelaciones entendió allí que no era correcta la conclusión a la que había arribado la Sala de Juicio al sostener que entre la FRY/VJ y el VRS había una relación de cooperación y coordinación más que de control general. Y no solo eso. Además señaló que el Tribunal de Juicio había tenido por cierto una cantidad de hechos que, en realidad, habían sido introducidos por Belgrado para dar la apariencia de que los vínculos que sostenía con el VRS y el SVK eran similares a los que mantienen los integrantes de una sociedad que cooperan entre sí. En ese sentido, refirió: “Tal enfoque no es solo defectuoso (...) sino también potencialmente dañino en la generalidad de los casos”.

¿Y cuál fue el error de análisis del Tribunal de Juicio que lo llevó a arribar a dicha conclusión? En palabras de la Sala de Apelaciones, que presidía el ilustre jurista italiano Antonio Cassese: “Haber hecho énfasis en las estructuras ostensibles y en las declaraciones públicas de los beligerantes, en vez de analizar los matices de la realidad de dicha relación”. De este modo, el VRS y el SVK serían solo una pantalla del FRY/VJ, una ficción legal, análoga a la del “hombre de paja”; y sus líderes no podrían evadir la responsabilidad que les cabe simplemente porque exista una reestructuración superficial de dichas fuerzas, supuestamente independientes del VJ. En este sentido, si corremos el velo, descubrimos que quien se encuentra detrás de estas estructuras ficticias, es Momčilo Perišić y el VJ.⁽¹⁰⁾

El VJ, el VRS y el SVK eran un mismo ejército y actuaban con un mismo objetivo. El propio Perišić había declarado que:

... prácticamente ninguna decisión de la República de Krajina o la República Srpska era tomada sin el previo visto bueno de la FRY. Y lo mismo sucedía con los respectivos ejércitos de dichos estados. En primer lugar, porque eran un único ejército, en segundo lugar porque tenía miembros en todos esos territorios y finalmente, porque la logística de todos ellos era provista principalmente por la FRY.⁽¹¹⁾

De este modo, se puede hacer el siguiente silogismo: si el PC n° 30 y n° 40 eran lo mismo que el VRS y el SVK, respectivamente, y el VRS y el SVK eran un producto derivado del VJ, entonces los PC n° 30 y n° 40 no eran otra cosa que el propio VJ.

5.2. Crímenes cometidos en Sarajevo y Srebrenica⁽¹²⁾

5.2.1. Acceso a la Información⁽¹³⁾

El Tribunal de Juicio sostuvo que Perišić recibía información de varias fuentes en relación a los crímenes perpetrados por el VRS en contra de los Musulmanes. Existían múltiples canales de información del SVK y el VRS al

.....

(10) TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, 15 de julio de 1999, Case n° IT-94-1-A, párr. 154, (*Tadić Appeal Judgement*)

(11) TPIY, *Perišić Trial Judgement*, cit., párr. 1755.

(12) *Ibid.*, pp. 454/501.

(13) *Ibid.*, pp. 438/454.

Ejército Yugoslavo, incluido el Centro de Operaciones, la Administración de Inteligencia, la Administración de Seguridad y el Departamento de Moral.

El Centro de Operaciones colectaba y analizaba, cada 24 hs., la información recibida de todas las unidades dentro y fuera del FRY, en especial respecto de los operativos llevados adelante por el SVK y el VRS. Fue confirmado, por el Jefe del Centro, que Perišić recibía diariamente los informes elaborados.

Los servicios de inteligencia entregaban diariamente a Perišić boletines que contenían información relevante de inteligencia relacionada con actividades y planes militares del VRS, SVK, y NATO; siendo varios de estos boletines admitidos como evidencia durante el juicio.

La Secretaría de Seguridad elaboraba informes de contra-inteligencia, entregados diariamente al Jefe del Centro de Operaciones y a Perišić, de modo mensual. También recibían información del SVK y VRS relacionada con las actividades militares de la contra parte.

Por último, la Secretaría de Información monitoreaba la cobertura que efectuaban los medios y la comunidad internacional sobre el conflicto de Bosnia y Herzegovina. El mismo Perišić, en una conversación telefónica mantenida con Milosević, le confirmó que estaba viendo por televisión las noticias relacionadas con los conflictos. Asimismo, recibían informes diplomáticos de lo que ocurría en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en relación a los graves abusos sobre la población civil en Sarajevo y otras partes del territorio.

Asimismo mantenía reuniones mensuales en Belgrado, donde altos mandos del VJ, VRS, y SVK intercambiaban información para fortalecer los respectivos ejércitos. Aquí Perišić era informado cabalmente de las actividades llevadas a cabo por el SVK y el VRS. En dichas reuniones participaban, entre otros, Ratko Mladić, Slodoban Milosević, Mile Novakovic y Milan Celeketic, oportunidad en la que además discutían la actividad y evaluación del enemigo, los resultados de las operaciones de combate del VRS y el SVK, y se resolvían las solicitudes relacionadas con problemas de personal y armamento.

Además de las reuniones mantenidas en Belgrado, la evidencia demuestra que Perišić se reunió con los nombrados en la propia República Srpska el 7 de enero, 12 de agosto y principios de septiembre de 1994. Inclusive hay pruebas fotográficas que demuestran que el 18 de julio de 1995 se reunió

en Han Pijesak con el propio Mladić, localidad ubicada a menos de 50 km. de Srebrenica.⁽¹⁴⁾

5.2.2. Conocimiento de los crímenes

En primer lugar, durante el juicio quedó demostrado que, previo a ser designado Jefe del Staff General del VJ, Perišić estaba al tanto —al menos de forma indirecta— de las intenciones discriminatorias del VRS en relación a la población musulmana. Durante una de las declaraciones brindadas por Perišić, él manifestó haber rechazado en abril de 1992 una propuesta de Karadžić para ser Comandante del VRS. Señaló que rechazó la oferta ya que “ellos querían llevar a cabo una limpieza étnica y él estaba en contra de eso”.⁽¹⁵⁾

Asimismo, al momento de ser designado Jefe del Staff General del VJ, recibió una carta del Jefe del VRS donde lo felicitaba por el nombramiento y le expresaba su deseo de unir ambas fuerzas para alcanzar el objetivo de una “Gran Serbia”.

Por otra parte, entre mayo de 1992 y agosto de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas había dictado sendas resoluciones que expresaban la alarma ante el peligro de una limpieza étnica en Bosnia. El propio presidente de entonces de la República Federal de Yugoslavia, Milan Panic, fue informado personalmente por las Naciones Unidas que debía detener la limpieza étnica que se estaba llevando a cabo en Sanski Most, donde 15.000 musulmanes habían sido advertidos por el gobierno que tenían 8 horas para abandonar sus hogares.⁽¹⁶⁾

Ya como Jefe del Staff General del VJ existieron varias visitas diplomáticas de Naciones Unidas a la República Federal de Yugoslavia; como así también numerosos cables diplomáticos que daban cuenta de los crímenes cometidos por el VRS en Bosnia. Al mismo tiempo, el Relator Especial ante Naciones Unidas produjo varios informes relacionadas con la violación a los derechos humanos en la ex-Yugoslavia, los cuales eran publicados y enviados a todos los Estados miembros de Naciones Unidas, incluida la RFY.

.....

(14) *Ibid.*, párr. 1414, ver nota al pie 4040.

(15) *Ibid.*, párr. 1444.

(16) *Ibid.*, párr. 1451.

El juicio entre Bosnia contra Serbia y Montenegro ante la Corte Internacional de Justicia también sirvió como marco para llevar a la luz e informar respecto de los crímenes cometidos en Bosnia por el VRS.

Existe también prueba documental que da cuenta de la preocupación de Perišić frente a la opinión de la Unión Europea en relación a estos hechos, preocupación que fue transmitida por carta a Karadžić y Mladić.

En particular, también habría quedado demostrado que Perišić, además de haber tenido conocimiento del intento discriminatorio del VRS, sabía concretamente de los crímenes que se estaban cometiendo en Sarajevo y Srebrenica. Perišić era informado de casi todos los cables diplomáticos en relación a los eventos de Sarajevo y uno de esos cables decía explícitamente que la artillería serbia en las afueras de Sarajevo había sido responsable de objetivos civiles en la ciudad de Markale. Él también fue copiado por la Secretaría de Información respecto de cables internacionales que daban cuenta de la masacre de civiles en Sarajevo. Perišić inclusive dio información detallada de estos ataques en la 18ª Sesión del SDC llevada a cabo el 7 de febrero de 1994.

Idéntica situación puede observarse en relación a Srebrenica, donde Perišić también recibía constantemente información relacionada con los ataques perpetrados en esa localidad. Él tenía conocimiento de que los ataques por parte del VRS a los enclaves del Este estaban bajo constante ataque debido a su ubicación estratégica. Frente a dicha escalada de violencia no podía sino saber que un eventual ataque a Srebrenica podía tener lugar. Asimismo recibía información constante del VRS respecto a la intención de tomar el enclave de Srebrenica.

En particular, la mayoría de la Sala de Juicio destacó que Perišić había sido informado con suficiente antelación de las atrocidades que tendrían lugar en Srebrenica en julio de 1995. Como se señaló más arriba, el VRS informaba constantemente al VJ y, sumado a dichos informes, Perišić en persona recibía cables diplomáticos que hacían referencia a la limpieza étnica en Srebrenica. Inclusive el 9 de julio de 1995 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas fue informado por el VRS de los ataques en el enclave —conforme declaración del Relator Especial en la región, Sarcibey—. Uno de los cables decía textualmente “Los bosnios serbios han abierto fuego sobre Srebrenica, ocasionando la muerte de 4 civiles e hiriendo a otros 17”.⁽¹⁷⁾

.....

(17) *Ibid.*, párr. 491, nota al pie 4375.

Así, conforme la prueba referida precedentemente, demostrando el acceso que tenía Perišić a la información y el conocimiento que tenía de los crímenes cometidos en Sarajevo y Srebrenica, la Sala de Juicio sostuvo que Perišić sabía que prestaba al VRS una asistencia logística y de personal para llevar adelante una guerra que comprendía la comisión sistemática de crímenes contra civiles: los métodos y medios de combate del VRS no distinguían entre tropas y civiles musulmanes. De igual manera, bombardear Sarajevo y asesinar civiles fueron los medios del SVK para implementar el objetivo de dividir Sarajevo en sectores Serbios y Musulmanes.

A ello cabe sumarle la gran cantidad de reuniones mantenidas con miembros del VRS, la basta documentación proveniente de fuentes internacionales respecto de los crímenes en Srebrenica en particular, como así también la cobertura de los medios internacionales al respecto. El 21 de julio de 1995 el propio periódico de Belgrado —*Nin*— publicaba un artículo titulado *Pueblo Fantasma*, donde describía en detalle cómo fueron asesinados los civiles y cómo eran desplazados en micros a pueblos de la frontera.⁽¹⁸⁾

5.2.3. *La sentencia de la Sala de Juicio*

Al momento de resolver, la Sala de Juicio I⁽¹⁹⁾ —por mayoría— sostuvo que el General Perišić supervisó el aprovisionamiento por parte del Ejército Yugoslavo de una extensiva asistencia logística al VRS en Bosnia y al SVK en Croacia. Esta asistencia incluyó vasta infantería, munición de artillería, nafta, entrenamiento y asistencia técnica. A esos fines, Perišić mantuvo varias reuniones con los respectivos comandantes del VRS y SVK para estudiar las necesidades de sus ejércitos. Por ejemplo, en 1995 el VRS obtuvo del ejército Yugoslavo alrededor de 25 millones de balas de infantería y más de 7500 proyectiles, entre otras municiones.

En cuanto a la asistencia de personal brindada, un gran número de oficiales del VRS y del SVK eran recogidos de las filas del Ejército Yugoslavo. Oficialmente mantenían su estatus como miembros del Ejército Yugoslavo. Pero, en realidad, estaban destinados a Bosnia y Croacia cumpliendo funciones en ejércitos bajo otra designación. Ello era así a tal punto que los oficiales del VRS mantenían sus salarios y beneficios como miembros del

.....

(18) *Ibid.*, párr. 498.

(19) *Ibid.*

Ejército Yugoslavo, a través de lo que se denominó “Centro de Personal n° 30”, mientras que lo mismo sucedía con los oficiales del SVK, a través del “Centro de Personal n° 40”.

En relación a su responsabilidad como jefe militar, la mayoría de la Sala de Juicio consideró que los crímenes del VRS en Sarajevo y Srebrenica fueron perpetrados principalmente por miembros del Centro de Personal n° 30, quienes se encontraban *de iure* subordinados a Perišić, ya que el comandante del VRS era el General Mladić. Pudo demostrarse que Mladić no recibía órdenes de Perišić y que entonces mantenía, en todo momento, una cuota de independencia respecto del Ejército Yugoslavo. De este modo, ante la ausencia de evidencia de un control efectivo sobre los miembros del Centro de Personal n° 30, no pudo ser encontrado culpable por los crímenes cometidos en Bosnia.

Distinta fue la situación en relación a los crímenes cometidos por los miembros del Centro de Personal n° 40 en Croacia. Si bien ellos también se encontraban *de iure* subordinados a Perišić, ya que oficialmente permanecían como miembros del Ejército Yugoslavo, en este caso Perišić adoptó medidas disciplinarias en su contra. Sumado a ello, Perišić tenía la capacidad de emitir órdenes (*naredenje*) a los oficiales mayores del SVK que prestaban servicio en el Centro de Personal n° 40, lo que permitió concluir que Perišić ejercía un control efectivo sobre aquellos.

La Sala de Juicio dictó sentencia el 6 de septiembre de 2011. Momčilo Perišić fue encontrado culpable por la mayoría de la Sala —jueces Pedro David (Argentina) y Michèle Picard (Francia), con un voto en disidencia del juez Bakone Justice Moloto (Sudáfrica)— por los siguientes delitos cometidos en Sarajevo y Srebrenica, en calidad de partícipe —art. 7(1) del Estatuto—:

- Hecho 1: Asesinato como crimen de lesa humanidad.
- Hecho 2: Asesinato como violación a las leyes o costumbres de guerra.
- Hecho 3: Actos inhumanos como crimen de lesa humanidad.
- Hecho 4: Ataques a civiles como violación a las leyes o costumbres de guerra.
- Hecho 9: Asesinato como crimen de lesa humanidad.
- Hecho 10: Asesinato como violación a las leyes o costumbres de guerra.
- Hecho 11: Actos inhumanos como crimen de lesa humanidad.
- Hecho 12: Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos como crimen de lesa humanidad.

Por unanimidad, y respecto de esos mismos hechos, fue absuelto por la imputación que pesaba sobre él, en calidad de autor como jefe militar —art. 7(3) del Estatuto—, por no prevenir y/o sancionar los delitos cometidos por los subordinados.

Finalmente, y también por mayoría con voto en disidencia del juez Moloto, fue condenado en calidad de superior —art. 7(3) del Estatuto— por no prevenir y/o sancionar los delitos cometidos en Zagreb que, a continuación, se detallan:

- Hecho 5: Asesinato como crimen de lesa humanidad.
- Hecho 6: Asesinato como violación a las leyes o costumbres de guerra.
- Hecho 7: Actos inhumanos como crimen de lesa humanidad.
- Hecho 8: Ataques a civiles como violación a las leyes o costumbres de guerra.

6. Fallo de la Sala de Apelaciones

Los hechos probados durante el juicio pueden resumirse sintéticamente de la siguiente manera:

- Crímenes cometidos en Bosnia y Sarajevo por los ejércitos del VRS y el SVK.
- Conocimiento de Perišić acerca de esos crímenes.
- VRS y SVK como desprendimiento del VJ.
- Transferencia de soldados y oficiales del VJ al VRS y al SVK, por medio de los Centros de Personal n° 30 y n° 40.
- Capacidad de Perišić de emitir órdenes y control efectivos sobre sus subordinados.

No obstante la gran cantidad de prueba colectada —que permitió a la Sala de Juicio, por mayoría, arribar a una sentencia condenatoria con fecha del 16 de noviembre de 2012— la Sala de Apelaciones, integrada por los jueces Theodor Meron (Presidente), Carmel Agius, Arlette Ramarson y Andrésia Vaz, con la disidencia del juez Liu Daqun, decretó la absolución de Perišić ordenando su inmediata libertad.

Los fundamentos para ello fueron básicamente dos: falta de evidencia del control efectivo de Perišić sobre los perpetradores y ausencia de elementos objetivos para configurar una participación. En cuanto a este último punto, la mayoría de la Sala se apartó de toda la jurisprudencia elaborada

por el tribunal desde sus inicios —lo cual ha sido objeto de severas críticas por la comunidad internacional— poniendo en duda inclusive la credibilidad del presidente del Tribunal, Theodor Meron.⁽²⁰⁾

6.1. *Elaboración y desarrollo del concepto “dirección específica”*

En su resolución, la Sala de Apelaciones adopta un criterio que exige un elemento adicional para establecer la culpabilidad en la participación al que llamaron “dirección específica”. Dicho requisito no existe como tal en todo el desarrollo de la jurisprudencia del derecho internacional.

La Sala de Juicio había afirmado en la instancia previa que la dirección específica no era un requisito del *actus reus*. Citó, a esos fines, el fallo de la Sala de Apelaciones *Prosecutor v. Mrkšić and Šlijančanin*,⁽²¹⁾ que a su vez se había apoyado en el antecedente del caso *Prosecutor v. Blajojević*.⁽²²⁾

Al revocar la sentencia, la Sala de Apelaciones señaló que Blajojević había sido erróneamente interpretado y que, por ende, la dirección específica sí era un requisito del *actus reus* de la participación. Sin embargo, dicha sentencia jamás afirma que la dirección específica sea un elemento de la participación como sostiene la Sala de Apelaciones. Lo único que se dice en Blajojević es que la dirección específica será inferida de la asistencia práctica del partícipe al autor y del efecto sustancial de dicha cooperación en la comisión del delito.⁽²³⁾

Luego la Sala de Apelaciones admite que ninguna sentencia anterior hizo un análisis exhaustivo del elemento de dirección específica. Pero ello lo atribuye a que, en todas las anteriores condenas por participación se trató de contribuciones geográficas próximas, y no remotas, como en el presente

.....

(20) Ver nota al pie n° 3.

(21) TPIY, *Prosecutor v. Mile Mrkšić*, 5 de mayo de 2009, Case n° IT-95-13/1-A (*Mrkšić Appeal Judgment*).

(22) TPIY, *Prosecutor v. Vidoje Blajojević and Dragan Joki*, 9 de mayo de 2007, Case n° IT-02-60-A (*Blajojević Appeal Judgment*).

(23) “... such a finding will often be implicit in the finding that the accused has provided practical assistance to the principal perpetrator which had a substantial effect on the commission of the crime” considered that “to the extent that specific direction forms an implicit part of the *actus reus* of aiding and abetting, where the accused knowingly participated in the commission of an offence and his or her participation substantially affected the commission of that offence, the fact that his or her participation amounted to no more than his or her ‘routine duties’ will not exculpate the accused”, *ibid*; párrs. 182, 185/189.

caso, donde Perišić habría colaborado desde Serbia para la comisión de delitos en Croacia y Bosnia.

En este sentido, la Sala de Apelaciones explica que, en los casos en que el partícipe se encuentre geográficamente próximo al autor directo, la dirección específica puede demostrarse implícitamente mediante otros elementos. Sería el caso, explican, de un individuo acusado de participar en un delito, quien está “físicamente presente durante la comisión perpetrada por el autor directo” y realiza una “contribución sustancial concurrente”. En estos casos, el nexo entre el delito y la colaboración del partícipe sería evidente. Por el contrario, cuando la distancia es remota se requiere una consideración explícita de la dirección específica, no pudiendo en este caso ser inferida por otros elementos del aporte realizado.

En efecto, Perišić no estuvo presente físicamente mientras se cometieron los crímenes en Bosnia o Croacia. Pero la distancia existente entre Perišić y el lugar donde ocurrieron los hechos era meramente geográfica y no existencial: la abrumadora evidencia del caso muestra que Perišić conocía en detalle lo sucedido en ambos sitios, a través de los informes de las fuerzas armadas del VRS y el SVK, y sus propios agentes de inteligencia.

El juez Liu Daqun, en su voto en disidencia, remarcó que —si bien se hizo referencia a la dirección específica a lo largo de la jurisprudencia— dicho término no fue aplicado de forma consistente. De hecho, agrega, los casos citados por la mayoría para sostener su postura, simplemente refieren como elementos del tipo los “actos dirigidos a cometer crímenes específicos”, que no es lo mismo que sostener que la dirección específica es un elemento de la participación. Aún más, concluye el juez Daqun, la participación ha sido establecida a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal sin requerir que la conducta del acusado haya sido dirigida específicamente a cometer un crimen.⁽²⁴⁾

En otro apartado de la disidencia, también se critica la interpretación realizada por la mayoría en relación a la comparación realizada en el caso *Tadić*,⁽²⁵⁾ entre el autor de una empresa criminal conjunta y un partícipe de la misma (cabe recordar, como se señaló más arriba, que Perišić había sido

.....

(24) TPIY, *Perišić Appeal Judgement*, voto en disidencia del juez Liu, párr. 2, con cita de *Mrkšić Appeal Judgment*, párr. 159 y *Lukić and Lukić Appeal Judgement*, párr. 424.

(25) TPIY, *Tadić Appeal Judgement*, cit.

ondenado por el Tribunal de Juicio como partícipe por haber colaborado con una empresa criminal conjunta). A fin de efectuar un correcto análisis, habré de explicar de forma sucinta la autoría en el marco de esta forma de atribución de responsabilidad para luego retomar las observaciones efectuadas por el juez Daqun.

El TPIY ha basado la co-autoría en la figura de la **empresa criminal conjunta** (*joint criminal enterprise*)⁽²⁶⁾ que surgió por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal en la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso *Tadić*. El fundamento de esta clase de co-autoría nace para dar respuesta a la atribución de responsabilidad en los casos de criminalidad colectiva, donde resulta imposible determinar la contribución específica de cada uno de los individuos integrantes de la empresa criminal. El ETPIY dispone en su art. 7(1) que: “La persona que haya planeado, instigado u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”.

.....

(26) Por su parte, el Estatuto de la CPI realiza un tratamiento muy distinto respecto de las formas de punición, más equiparable al de los sistemas continentales europeos. Allí, el art. 23, inc. 3(a) establece las formas de autoría, distinguiendo: la comisión propia o autoría directa (*direct perpetration*), la co-autoría (*co-perpetration*) y la comisión a través de otro o autoría mediata (*indirect perpetration*). Mientras tanto, conforme el estatuto, será partícipe quien: Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa —art. 25, inc. 3(b)—; Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión —art. 25, inc. 3(c)—.

Hay quienes sostienen que el art. 25, inc. 3(a) recepta la categoría de JCE, que en su versión en inglés utiliza el término “*Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person...*”. Habrá que esperar a la evolución jurisprudencial de la CPI para ver si adopta la doctrina de la empresa criminal conjunta, pero cabe adelantar que ya en el caso *Lubanga*, la *Pre-Trial Chamber* ha sostenido que “El concepto de co-autoría adoptado por el art. 25 (3) (a) del estatuto mediante la referencia a la comisión de un delito ‘con otro’ debe ser coherente con la elección de la doctrina del dominio del hecho como criterio distintivo entre autores y partícipes” (CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 29 de enero de 2007, Case n° ICC-01/04-01/06, *Confirmation of Charges*, párr. 340/341).

En el caso *Stakis* del TPIY, la Sala de Juicio ha intentado introducir la teoría del dominio del hecho (*control over the crime*), pero luego la Sala de Apelaciones ha ratificado que la doctrina prevaleciente en el TPIY es la de JCE, con el fundamento de que “La doctrina del dominio del hecho no era parte del derecho internacional consuetudinario”. Probablemente el intento de introducir en la jurisprudencia del TPIY la doctrina del dominio del hecho, obedeció a que la Sala de Juicio de *Stakis* estaba compuesta por dos jueces de raigambre continental, Carmen María Argibay (Argentina) y Wolfgang Schomburg (Alemania), donde la teoría del dominio del hecho tiene mayor aceptación.

Como se ve, el art. 7(1) del Estatuto no hace referencia a la empresa criminal conjunta como forma de autoría. Efectivamente, ello obedece a que, conforme la jurisprudencia del Tribunal, esta forma de atribución de responsabilidad —también denominada “teoría del propósito común”— era parte del derecho consuetudinario internacional al momento que tuvieron lugar los hechos juzgados, y por ende, se entiende que se encuentra implícitamente establecida en el Estatuto del Tribunal.⁽²⁷⁾ Al mismo tiempo, la lista del art. 7(1) que describe los modos de responsabilidad individual no es exhaustiva y así lo sugiere la frase “... o haya ayudado en cualquier otra forma”. Por todo ello la jurisprudencia del Tribunal dejó sentado de modo tajante que la empresa criminal conjunta se encuentra dentro de los modos de responsabilidad individual del art. 7(1).⁽²⁸⁾

Respecto del *actus reus* de la empresa criminal conjunta, también la Sala de Apelaciones en *Tadić* sostuvo que comprende los siguientes 3 elementos:

- a. Pluralidad de personas (no necesitan estar organizados militar, política o administrativamente).
- b. Existencia de un plan, diseño o propósito común destinado a la comisión de alguno de crímenes previstos en el Estatuto (no necesariamente debe haber sido formulado con anterioridad ya que es posible que el plan se materialice extemporáneamente y sea inferido a raíz de las conductas de una pluralidad de personas que actúan al unísono para poner en práctica la empresa criminal común).

.....

(27) TPIY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, 17 de septiembre de 2004, Case n° IT-97-25-A, (Krnojelac Appeal Judgement), párr. 29, con cita de *Tadić Appeal Judgment*, párrs. 180, 191/192, 220 y 226. En *Tadić*, también la Sala de Apelaciones distingue tres formas o categorías de responsabilidad en el marco de una empresa criminal conjunta: 1) **Forma Básica**: Todos los co-imputados actúan conforme a un plan común y poseen la misma intención criminal; por ejemplo, formulan un plan para matar, donde si bien dentro del plan cada uno tiene una función diferenciada —pudiendo no todos haber infligido una violencia fatal en la víctima— todos serán considerados co-autores ya que comparten la intención de matar y quisieron el resultado producido; 2) **Campo de Concentración**: El ejemplo para ilustrar este caso es el del Campo de Concentración de Dachau, donde la responsabilidad penal se basó en 3 requisitos: a) la existencia de un sistema organizado de maltrato a los detenidos, b) el acusado debe tener conocimiento de la naturaleza de ese sistema y c) el acusado debe haber participado de algún modo para llevar adelante el sistema; 3) **Forma Extendida**: Se trata de casos en los que si bien uno de los acusados cometió actos fuera del plan común, su conducta será atribuida a la totalidad de los integrantes de la empresa, ya que se entiende que lo ocurrido fue una consecuencia natural y previsible del plan común. Un ejemplo de ello sería el caso de un plan común diseñado para llevar adelante una limpieza étnica, donde una o más víctimas mueren durante la ejecución del plan. TPIY, *Tadić, Appeal Judgment*, cit., párrs. 196, 202/204).

(28) TPIY, *Krnojelac Appeal Judgment*, párr. 19, con cita de *Prosecutor v. Dragoljub Ojdanic*, Case n° IT-05-87, *Decision on Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Cp-Perpetration*, 22 de marzo de 2006 (*Ojdanic Decision*), párr. 19.

- c. Participación del acusado en el plan común (no es necesario que el acusado haya intervenido en un crimen específico —asesinato, exterminación, tortura, violación, etc.— pero sí que haya aportado al plan común algún modo de asistencia o contribución).

Así queda claro qué es la empresa criminal conjunta. Resta ahora señalar la diferencia entre aquel que participa en la empresa criminal conjunta a modo de co-autor y aquel que participa con la empresa criminal conjunta a modo de partícipe. Dicha distinción fue detallada claramente en *Tadić*:

- i. “El partícipe siempre es accesorio al crimen perpetrado por otra persona, el autor;
- ii. En el caso de la participación no se requiere que se demuestre la existencia de un plan común: de hecho, puede que el autor ni siquiera sepa de la contribución del partícipe;
- iii. El partícipe debe llevar adelante actos específicamente dirigidos a asistir, alentar o prestar apoyo moral para la ejecución de un crimen en particular (...), y esta colaboración debe tener un efecto sustancial en la comisión del delito. Por el contrario, para quien actúa conforme a un plan o propósito común, es suficiente que realice actos que de algún modo estén dirigidos a la ejecución del plan o propósito común;
- iv. En el caso de la participación, el requisito subjetivo es que el partícipe tenga conocimiento de que está colaborando con el autor en la comisión de un crimen en particular. Por el contrario, el requisito subjetivo de quien actúa conforme a un plan o propósito común es que tenga la intención de perpetrar el crimen o perseguir el plan criminal (...) en su caso, que haya previsto la comisión de aquellos crímenes cometidos fuera del plan...”.⁽²⁹⁾

Retomando ahora el caso bajo análisis, la Sala de Apelaciones de Perišić sostuvo que:

Al definir los elementos de la participación, la Sala de Apelaciones en el caso *Tadić* diferencia la participación de la empresa criminal conjunta en base a la dirección específica. La Sala de Apelaciones sostiene que, mientras que el *actus reus* de la empresa criminal conjunta requiere únicamente ‘actos que estén de algún modo relacionados con el plan o propósito común’, el *actus reus* de la participación requiere una relación más es-

.....

(29) TPIY, *Tadić Appeal Judgement*, cit., párr. 229.

trecha entre la colaboración prestada y el delito en particular: la colaboración debe estar **específicamente** —y no **de alguna manera**— dirigida a la comisión del delito.⁽³⁰⁾

Pero, ¿es correcta la lectura que hizo la mayoría del caso Tadić? Como se vio más arriba, en *Tadić* la Sala de Apelaciones jamás dice, como quiere dar a entender la mayoría en *Perišić*, que la dirección específica sea un elemento del *actus reus* de la participación. Como tampoco dice que “la colaboración prestada por el partícipe debe estar específicamente dirigida a la comisión del delito”. De este modo, tampoco es cierto que en *Tadić* se diferencia la participación de la empresa criminal conjunta en base a la dirección específica. Por el contrario, en *Tadić* solo se hizo referencia a la participación para contrastar el *actus reus* del autor con el del partícipe **en el marco de la empresa criminal conjunta**, con el fin de remarcar que la diferencia entre la autoría y participación estará dada por la intención (*mens rea*) y no por la colaboración (*actus reus*).

Ello, toda vez que la teoría de la empresa criminal conjunta se basa en un criterio subjetivo de autor. Para ser autor basta con compartir la intención del resto del grupo que integra la empresa criminal, sin importar la magnitud de la contribución material (*actus reus*). Por el contrario, siempre según esta misma teoría, el partícipe no comparte la intención de la empresa criminal (*mens rea*) pero su colaboración material debe ser relevante y tener por ende un efecto sustantivo en la comisión del delito.

Si bien ha sido tradición del Tribunal por propósitos hermenéuticos diferenciar la categoría de *mens rea* y *actus reus*, no podemos dejar de notar que se tratan de conceptos inescindibles: no hay acción sin intención. Conforme la más avanzada doctrina anglosajona, en el delito siempre deben concurrir unificados o interrelacionados los efectos físicos y éticos de la acción.⁽³¹⁾

.....

(30) TPIY, *Perišić Appeal Judgement*, cit., párr. 27: “In defining the elements of aiding and abetting liability, the *Tadić Appeal Judgement* contrasted aiding and abetting with JCE, distinguishing these modes of liability on the basis of specific direction. The Appeals Chamber underscored that, while the *actus reus* of JCE requires only ‘acts that in some way are directed to the furthering of the common plan or purpose’, the *actus reus* of aiding and abetting requires a closer link between the assistance provided and particular criminal activities: assistance must be “specifically” —rather than ‘in some way’— directed towards relevant crimes”.

(31) Así lo entendió, entre otros, Jerome Hall, al señalar que: “Resulta intrascendente si en todos los casos pueden separarse los aspectos físicos y morales de la acción. Inclusive un simple movimiento voluntario, que es más primitivo que la acción, no tiene únicamente un compo-

En ese sentido, tal como tuve oportunidad de sostener como juez de la Sala de la Cámara Federal de Casación Penal,⁽³²⁾ “La vida psíquica y espiritual no consiste en segmentos aislados unos de otros sino que se expresa, como decía Alberto Rouges siguiendo a Bergson, en el concepto de totalidad sucesiva o sea la secuencia ininterrumpida de las vivencias que se experimentan”. En sus palabras, “el mundo espiritual es, esencialmente, un mundo de totalidades sucesivas, de totalidades en las que el pasado no es irrevocable”.⁽³³⁾

La noción de dirección es solamente metafórica porque traslada la noción de movimiento de un objeto o de un cuerpo a la unidad indisoluble de la conducta del acusado. Y más aún, no es técnicamente apropiada, crea confusión y no registra antecedentes en la jurisprudencia penal internacional, como ya dijimos antes. Por eso, la comprensión de la conducta de Perišić no puede escindirse en compartimentos estancos donde campea soberana la dirección específica. Tampoco puede diferenciarse el *actus reus* del *mens rea* porque hay un momento donde se interpenetran. Este es el peligro que engloba introducir vocablos que parecen tener sentido jurídico pero que en realidad no tienen ninguno.

En otro de sus apartados, la mayoría de la Sala de Apelaciones consideró que, para determinar si la asistencia prestada por Perišić al VRS fue dirigida específicamente a la comisión de crímenes posteriores, resultaba esencial determinar si el VRS “era una organización que se dedicaba única y exclusivamente a cometer delitos”. Por supuesto ello no fue probado porque el VRS no era una organización que se dedicaba única y exclusivamente a cometer delitos sino que, entre sus actividades y funciones, se dedicaba a cometer delitos. Cualquier ejército o Estado a lo largo de la historia, en cuyo seno se han perpetrado los delitos más graves, no han sido jamás organizaciones dedicadas única y exclusivamente a esos fines, sino que dentro de sus actividades cotidianas y propias a sus funciones han utilizado su poder para cometer esos delitos.

.....

nente motriz, sino también uno sensorial y memorial. Es dudoso que exista una acción completamente despojada de valores morales” (HALL, JEROME y MUELLER, GERHARD O. W., *Criminal Law and Procedure. Cases and Readings*, 2ª. ed., Bobbs-Merrel, 1965, p. 162).

(32) CFED. CAS. PENAL, Sala II, “Sosa, Martín Abraham s/ Recurso de Casación”, Causa n° 12.908.

(33) ROUGES, ALBERTO, *Las jerarquías del Ser y la Eternidad*, Universidad Nacional de Tucumán, 1942, p. 29.

De este modo, la mayoría de la Sala de Apelaciones concluyó que el VRS participó en combates legítimos y que “no era puramente una organización criminal”. Este fue un nuevo argumento para dismantelar la teoría de la participación.

Han sido tantas y tan variadas las voces en contra de este fallo que el Fiscal General del Tribunal recientemente solicitó que no se tengan en cuenta las conclusiones arribadas en el caso *Perišić* en relación a la dirección específica.⁽³⁴⁾ La primera oportunidad en la que lo hizo fue ante la Sala de Apelaciones en el marco del caso *Prosecutor v. Sainović*,⁽³⁵⁾ compuesta por los jueces Liu Daqun, Mehmet Güney, Fausto Pocar, Arlette Ramarosan y Judge Bakhtiyar Tuzmukhamedov. Allí, el Dr. Mathias Marcussen, en representación de la Fiscalía, dijo: “... voy a demostrar que hay razones fundadas para que la Sala de Apelaciones se aparte de la sentencia dictada en el caso *Perišić* y especialmente, de las conclusiones arribadas en relación a la dirección específica”.

Las razones de la Fiscalía para apartarse de la jurisprudencia sentada por *Perišić* fueron las siguientes:

a) El nuevo elemento de dirección específica para la participación no aparece en el derecho internacional consuetudinario

En primer lugar, la Fiscalía sostuvo que el derecho internacional consuetudinario no requiere la dirección específica como un elemento adicional de la participación. En efecto, señala:

No me embarcaré en una exploración profunda del derecho internacional consuetudinario; ello no es necesario. Ya lo hizo el Tribunal hace 15 años. La participación en el derecho internacional consuetudinario fue exhaustivamente examinada en la sentencia de juicio del caso *Furundzija*. Analizó en 20 páginas

.....

(34) Declaración pública efectuada por el Fiscal General del Tribunal, Serge Bammerz, en relación a las presentaciones efectuadas ante la Sala de Apelaciones en los casos *Prosecutor v. Vlastimir Dordevic*, 13 de mayo de 2013, *Case n° IT-05-87/1* y *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al*, *Case n° IT-05-87-T*. Asimismo, cabe señalar que la defensa de Lazarevic solicitó a la Sala de Apelaciones la absolución de su defendido, invocando el fallo *Perišić*, toda vez que no había pruebas que los actos de Lazarevic estaban “dirigidos específicamente” a la comisión de los crímenes por los que estaba siendo acusado.

(35) TPIY, *Prosecutor v. Sainovic et al* (IT-05-87). Transcripción de audiencia de fecha 13 de mayo (Transcripción *Sainovic*).

la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, y concluyó que el *mens rea* de la participación conforme el derecho internacional consuetudinario es el conocimiento. Sostuvo además que ‘en el derecho internacional consuetudinario el *actus reus* de la participación requiere asistencia práctica, estímulo o apoyo moral, y que dicha asistencia tenga un efecto sustancial en la perpetración del crimen’...

Y remarcó además que en el derecho internacional consuetudinario “no hay mención alguna al requisito de dirección específica”.⁽³⁶⁾

Luego Marcussen refirió que el término dirección específica apareció por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal en la sentencia de la Sala de Apelaciones del caso *Tadić* pero —como señalamos nosotros más arriba— “se usó únicamente para explicar las diferencias entre la participación y la empresa criminal conjunta, y no para sumar un nuevo elemento a la participación”.

A mayor abundancia refiere que las conclusiones del Tribunal de Juicio en *Furundžija* fueron explícitamente aprobadas por el Tribunal de Apelaciones en la sentencia dictada en el caso *Aleksovski*.⁽³⁷⁾ En esa línea sostuvo que:

Es claro conforme la explicación brindada por la Sala de Apelaciones en la sentencia de *Aleksovski*, que en *Tadić* no se dijo que la ‘dirección específica’ sea un elemento de la participación. Ninguna de las sentencias subsiguientes que reprodujeron el lenguaje de *Tadić*⁽³⁸⁾ discutieron el tema de la dirección específica como un requisito de la participación conforme el derecho internacional consuetudinario. De este modo resulta claro que, conforme el derecho internacional consuetudinario (...), ni el *mens rea* ni el *actus reus* de la participación requieren dirección específica.

(36) *Ibid.*, p. 441, con cita de *Prosecutor v. Anto Furundžija (Lašva Valley)*, 10 de diciembre de 2008, Case n° IT-95-17/1 (*Furundžija Trial Judgement*), párr. 249/235.

(37) TPIY, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski (Lašva Valley)*, 21 de julio de 2000, Case n° IT-95-14/1, (*Aleksovski Appeal Judgement*), párr. 162.

(38) Las “sentencias subsiguientes a *Tadić*” a las que hace mención la Fiscalía, surge de la nota al pie 70 de la sentencia de la Sala de Apelaciones de Perišić (ver pp. 443 y 447 de la Transcripción *Sainovic*, cit.).

b) *Ignora e interpreta incorrectamente la jurisprudencia del Tribunal, la cual explícitamente rechaza el elemento de la dirección específica.*

La Fiscalía también sostuvo que, al describir el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal en relación a la participación, la Sala de Apelaciones de *Perišić* ha ignorado por completo el caso *Furundžija*, como así también la ratificación efectuada por la Sala de Apelaciones en *Aleksovski*, los cuales han puesto en contexto la terminología de dirección específica utilizada en *Tadić*.

Refiere que la sentencia de la Sala de Apelaciones de *Aleksovski* confirma lo dicho en la sentencia de *Furundžija*, en cuanto establece que los elementos de la participación son el conocimiento y la contribución sustancial (párr. 162). Asimismo remarca que la Sala de Apelaciones, en dicha sentencia, no advierte contradicción alguna entre *Furundžija* y *Tadić* en relación a los elementos de la participación. No consideró el fallo *Tadić* como una declaración definitiva de los elementos de la participación, y mucho menos, que la dirección específica sea uno de ellos.

Sin embargo, continúa argumentando la Fiscalía, la sentencia de *Perišić* realiza una interpretación alternativa del lenguaje de dirección específica, interpretación explícitamente excluida por la Sala de Apelaciones en *Aleksovski*. Lo mismo hizo con la sentencia de *Blagojević*, dando a entender que allí también se avalaba el criterio de la dirección específica como un elemento de la participación.⁽³⁹⁾ Pero una vez más, la Sala de Apelaciones hizo caso omiso a lo ya resuelto por la Cámara de Apelaciones en casos anteriores, especialmente, en los casos de *Mrksic* y *Lukić*.

Por esos mismos motivos, la Fiscalía sostuvo que el criterio adoptado en *Perišić*, conforme al cual la dirección específica es un elemento del *actus reus* de la participación, debe ser dejado de lado. Señaló que dicha sentencia "... ignora las conclusiones de la participación apuntadas por la Sala de Apelaciones en *Aleksovski* en relación al significado de *Tadić* e interpreta *Blagojevic* de un modo que ha sido rechazado explícitamente por la Cámara de Apelaciones en *Mrksic* y *Lukić*".⁽⁴⁰⁾

.....

(39) TPIY, *Perišić Appeal Judgment*, cit., párr. 31 y 32, citando *Blagojevic*, párr. 189.

(40) TPIY, Transcripción *Sainovic*, cit, p. 449.

En efecto, la Sala de Apelaciones en *Perišić* menciona, en la nota 95, el caso *Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić* (IT-98-32/1) (*Višegrad*),⁽⁴¹⁾ en el que fui juzgador junto con los jueces Patrick Robinson y Christine Van Den Wyngaert. La nota se refiere a la decisión de la Sala de Apelaciones, integrada por nuestro colega el doctor Fausto Pocar. Allí sostuvo que:

La Cámara de Apelaciones ha considerado previamente dentro de la discusión del *actus reus* de la complicidad [haciendo referencia al caso *Blagojevic Jokic*], que el acto u omisión debe estar **específicamente dirigido** hacia la realización de los delitos de los perpetradores principales. **No obstante**, la Sala de Apelaciones remarca que ‘la dirección específica no ha sido siempre incluida como un elemento del *actus reus* de la complicidad’. Reafirma además su conclusión de que ‘la dirección específica **se encuentra frecuentemente implícita en la demostración que el acusado ha provisto asistencia práctica al perpetrador principal** lo que ha tenido un efecto sustancial en la comisión del delito’.

También dice textualmente que “En el caso *Mrkšić and Šljivančanin*, la Sala de Apelaciones ha aclarado que la ‘**dirección específica**’ no es un elemento esencial del *actus reus* de la complicidad y considera que no hay razones suficientes para apartarse de esta jurisprudencia”.⁽⁴²⁾ Así concluye que, “(...) por ello el argumento de Sredoje Lukić relativo a que el Tribunal de juicio construyó erróneamente el *actus reus* de la complicidad, es rechazado”⁽⁴³⁾ (el destacado me pertenece).

Resulta claro entonces que, en *Lukić*, la Sala de Apelaciones hace referencia a *Blagojevic*, señalando que la dirección específica del partícipe se encuentra implícita en la asistencia práctica prestada al principal. Y, de forma

(41) El caso *Lukić and Lukić* se trataba de dos primos que constituían un grupo paramilitar que cometió graves violaciones a los derechos humanos en el pueblo de Visegrad, Bosnia-Herzegovina. Milan Lukić fue condenado por el Tribunal de Juicio a prisión perpetua, mientras que Sredoje Lukić, a 30 años de prisión. La Sala de Apelaciones confirmó la sentencia de aquel y redujo la de este último a 27 años. Debo hacer notar que mi colega Pocar, integrante de la Sala de Apelaciones en dicho juicio, coincidió con nuestra decisión formulando una disidencia junto con el juez Liu.

(42) TPIY, *Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić*, 4 de diciembre de 2012, Case n° IT-98-32/1, (*Lukić and Lukić Appeal Judgement*), párr. 424, ver con cita de *Blagojevic and Jokic Appeal Judgement*, párrs. 127 y 189. Ver también *Mrkšić Appeal Judgement*, párr. 159.

(43) *Ibid.*, párr. 425.

tajante, con cita del caso *Mrkšić* afirma que la dirección específica no es un elemento esencial del *actus reus*. Por consiguiente, no se comprende cómo la Sala de Apelaciones de *Perišić* interpreta que en *Lukić* se abona el criterio de la dirección específica como elemento del *actus reus*. Aún más, allí la Cámara de Apelaciones reafirma en el párrafo siguiente de los arriba citados lo que nosotros, los integrantes del Tribunal de Juicio, habíamos decidido con respecto al elemento mental del delito (*mens rea*):

El elemento mental de la complicidad es el conocimiento que debido a la conducta de el/la cómplice está asistiendo o facilitando la comisión del delito. El cómplice no necesita participar del *mens rea* del perpetrador principal, pero debe estar consciente de los elementos esenciales del delito cometido por el principal, incluyendo su perspectiva mental.⁽⁴⁴⁾

Por esa razón, finalmente la Cámara de Apelaciones de *Lukić* rechaza las objeciones a nuestro voto, confirmando los elementos esenciales de la complicidad que establecimos en nuestra sentencia.⁽⁴⁵⁾

De este modo, la decisión de la Sala de Apelaciones de *Perišić* —con otra composición de la Sala conformada para el caso *Lukić*—, revierte absolutamente el criterio de asistencia práctica como suficiente, requiriendo como elemento adicional el de la dirección específica.

Cabe por último señalar que, a diferencia de los acusados en *Lukić*, en *Perišić* no se trataba de dos co-partícipes como perpetradores del delito, sino del Comandante en Jefe del Ejército Serbio que había apoyado a los Ejércitos de la VRS y SVK. Dicho apoyo fue canalizado mediante la asistencia masiva de armas, oficiales y soldados para llevar a cabo las acciones militares que, desde el comienzo, constituyeron gravísimas violaciones a los derechos humanos en Zagreb, Sarajevo y Srebrenica. A su vez, *Perišić* poseía un conocimiento indubitable de que esa asistencia práctica iba a ser utilizada por los receptores a los fines de la comisión de crímenes penados por el Estatuto del Tribunal. Para peor, la Sala de Apelaciones absolvió a *Perišić* debido a que las fuerzas a las que él ayudó formaban también parte de un ejército regular que se suponía que eran parte de una guerra que presumía legítima.

.....

(44) *Ibid.*, párr. 426.

(45) *Ibid.*, párr. 429.

En verdad, la guerra que entabló el Ejército Serbio, juntamente con la VRS y SVK, se correspondía con un plan estratégico de seis puntos para constituir la Gran Serbia a través de atrocidades sistemáticas, donde Perišić desempeñó un papel principal. De haber adoptado el Tribunal de Nüremberg este ingrediente de la dirección específica, dado que los ejércitos de Hitler cumplían también funciones regulares de guerra, hubiera sido imposible llegar a ninguna condena.

c) Han sido introducidos de modo incorrecto conceptos vagos y contradictorios, tornando así dificultosa la aplicación del derecho

La Fiscalía entiende también que la sentencia introduce nuevos elementos en la participación, como son el de dirección específica y la idea de proximidad/lejanía de un acusado respecto de los acontecimientos, elementos que no han sido aplicados con anterioridad por el Tribunal. Y agrega que estos nuevos conceptos son problemáticos y poco claros.

Así, la sentencia no explica qué es exactamente la dirección específica. Simplemente declara que es un "nexo de culpabilidad".⁽⁴⁶⁾ Por otro lado, si bien los jueces afirmaron que la dirección específica es un elemento de la participación, no pudieron ponerse de acuerdo a si este elemento pertenece al *mens rea* o al *actus reus*.⁽⁴⁷⁾

Como el juez Liu lo dijo en su disidencia parcial en el parágrafo 2:

Si bien reconozco que la 'dirección específica' ha sido mencionada en la jurisprudencia relevante, noto que esto no ha sido aplicado de un modo consistente. Indudablemente los casos mencionados por la mayoría como evidencia de un requisito de 'dirección específica' establecida, simplemente hacen mención 'de actos dirigidos a crímenes específicos' como un elemento del *actus reus* de la complicidad. En la mayoría de estos casos, la Cámara de Apelaciones simplemente restableció lenguajes de la decisión de la Cámara de Apelaciones en '*Tadić*' sin aplicar expresamente el requisito de la 'dirección específica' a los hechos del caso que se juzga. Más aún, la jurisprudencia del Tribunal

.....
(46) TPIY, Transcripción *Sainovic*, pág. 452, con cita de *Perišić Appeal Judgment*, cit., párr. 37, 38 y 44.

(47) Cuatro de los cinco jueces dijeron que era un elemento del *mens rea*: los jueces Meron y Agius en su opinión separada (párr. 4), el juez Liu en su voto en disidencia (párr. 2 y nota al pie 7) y el juez Ramaroson en su opinión separada (párrs. 7 y 9).

demuestra que la responsabilidad por la complicidad puede ser establecida sin requerir que los actos del acusado sean específicamente dirigidos a un delito. En estas circunstancias no estoy persuadido que la 'dirección específica' sea un elemento esencial del *actus reus* de la complicidad o que es necesario explícitamente considerar este elemento en casos donde el cómplice y el perpetrador están lejos de los delitos relevantes.

Al aplicar este nuevo criterio, la Sala de Apelaciones entendió que, si bien Perišić pudo haber tenido conocimiento de los crímenes cometidos por el VRS, "... no pudo ser probado más allá de toda duda razonable que la asistencia prestada por Perišić estaba específicamente dirigida a facilitar dichos crímenes".⁽⁴⁸⁾ La Fiscalía sostiene que la Sala de Apelaciones considera entonces a la dirección específica como un elemento cognitivo que va más allá del conocimiento: es una asistencia con un propósito determinado. En este sentido señala que "... el nexo de culpabilidad requiere una evidencia del *mens rea* del partícipe que excede el estándar de conocimiento y se asemeja más a la idea de objetivo". Sin embargo, luego la sentencia reafirma que "tal como sostuvo por siempre la jurisprudencia del Tribunal, el *mens rea* de la participación es el conocimiento, no el propósito. Esta aparente contradicción resulta difícil de entender o reconciliar en la práctica" (párr. 48).

Advierte también correctamente la Fiscalía que este tipo de afirmación "desdibuja las líneas entre participación y empresa criminal conjunta". Tal como se dijo más arriba, la diferencia entre autor y partícipe, conforme el criterio subjetivo de la empresa criminal conjunta, está dado por la intención de llevar a cabo el propósito común de la empresa criminal. De este modo, si se le requiere al partícipe, no solo el conocimiento del fin criminal de la empresa —conforme práctica tradicional del Tribunal—, sino también que su asistencia esté específicamente dirigida a perseguir ese propósito criminal. Entonces no hay diferencia alguna entre el *mens rea* del partícipe y el *mens rea* del autor. Justamente, el partícipe no comparte el propósito común de los integrantes de la empresa criminal, por esa razón, es partícipe y no autor.

Por otra parte, señala que la sentencia genera además gran incertidumbre al introducir los criterios de lejanía/cercanía, sin base alguna en la jurisprudencia

.....

(48) TPIY, *Perišić Appeal Judgment*, cit., párr. 69.

del Tribunal. “La Sala de Apelaciones señaló que los acusados en casos anteriores eran partícipes próximos, por lo que la dirección específica de su colaboración podría estar implícita en otros elementos de la participación”.⁽⁴⁹⁾ De este modo, la Sala de Apelaciones establece dos nuevos estándares probatorios: uno para el partícipe próximo y otro para el partícipe lejano. Mientras que en este último se requiere una prueba de la dirección específica de la asistencia prestada, en el primero puede ser inferida de otras evidencias.

La Fiscalía advierte que dicha categorización resulta confusa ya que

la proximidad no está definida y no es determinante a la hora de analizar la naturaleza o impacto de la asistencia prestada, como así tampoco el marco de conocimiento del colaborador. Por ejemplo, un perpetrador remoto podría reconocer un patrón generalizado o la naturaleza sistemática de crímenes en los que está asistiendo y podría también efectuar una contribución mucho más sustancial que aquel perpetrador cercano a los acontecimientos.⁽⁵⁰⁾

Agrega que tampoco están claros cuáles son los límites entre los criterios de lejanía y cercanía, ya que en la sentencia solo se indicó que ello dependerá en el análisis del caso concreto, siendo los factores relevantes la distancia temporal y geográfica, pero también señaló que dicha lista no es exhaustiva.

Durante la audiencia, el juez Liu le pidió a la Fiscalía que se expida respecto a la posibilidad de que, tal vez, la sentencia de *Perišić* introdujo el tema de la dirección específica justamente para diferenciar los casos de cercanía/lejanía de la participación. El Dr. Marcussen contestó que ello no resultaría aceptable, ya que “... no se puede aplicar a los acusados diferentes estándares legales conforme a las diferentes distancias respecto del crimen cometido. Debe haber un único estándar legal que se aplica a todos los casos, y ese debe ser un principio fundamental que este Tribunal también debe aplicar”. Sin perjuicio de ello, comparte la idea de que la sentencia puede ser vista desde esa perspectiva, en el sentido de que el elemento adicional de la dirección específica solo se aplica a cierto tipo de casos, pero reitera que “no puede haber diferentes estándares legales para diferentes acusados”.⁽⁵¹⁾

.....

(49) TPIY, Transcripción *Sainovic*, cit., p. 454.

(50) *Ibid.*, p. 454.

(51) *Ibid.*, p. 456.

Por último, la Fiscalía sostuvo que no hay razón para introducir nuevos estándares legales ya que los elementos existentes de la participación son suficientes para evitar condenas injustas, en tanto que conforme la jurisprudencia actual, alguien que simplemente provee asistencia a quien comete un crimen no puede ser condenado como partícipe. De este modo, la jurisprudencia ha establecido estándares que prohíben, por ejemplo, que quien vende armas de modo legítimo sea condenado en calidad de partícipe por los crímenes cometidos por quien haga uso indebido de dichas armas. Por el contrario, los estándares existentes requieren, por un lado, que el acusado tenga conocimiento de que resulta altamente probable que se cometerán crímenes, y por el otro, que su asistencia tenga un efecto sustancial en la comisión de esos crímenes. Por ende, no es necesaria la introducción de un nuevo elemento, como el de dirección específica.

Es muy importante al tratar este tema notar que, en la decisión de la Sala de Apelaciones, se dice textualmente que las decisiones previas sobre la dirección específica no habían contenido análisis extensivos del concepto, y agrega que la ausencia de tales discusiones para el problema de la complicidad envolvía circunstancias geográficas próximas y no remotas al delito de los principales perpetradores (par. 38). De este modo, cuando tal proximidad está presente, la **dirección específica** puede ser demostrada implícitamente a través de la discusión de otros elementos de la complicidad como la **contribución sustantiva**, en tal caso la dirección específica que demuestra la relación culpable entre el acusado de la ayuda y su asistencia a los delitos de los principales perpetradores será evidente por sí misma. Añade además que no todos los casos de complicidad envuelven proximidad (par. 39); pero en esa circunstancia la mayoría concluye con la disidencia del juez Liu, que afirma que la consideración explícita de la dirección específica es requerida.

d) Las aseveraciones fácticas de la decisión menoscaban el respeto por el derecho internacional humanitario y son contrarias al interés de la justicia

Por último, la Fiscalía entiende que la sentencia está permitiendo que una persona preste asistencia para la perpetración de un crimen, amparado bajo el pretexto de que “no era ese su objetivo específico”. Ello implica un profundo debilitamiento del derecho internacional humanitario.

Continúa refiriendo que la sentencia tiene dos implicancias fundamentales. Por un lado expresamente declara que el partícipe debe dirigir sus actos específicamente a la comisión de un crimen. Y por el otro, que un colaborador remoto, que tiene pleno conocimiento de que su conducta tendrá un efecto sustancial en la comisión de un crimen, no será considerado partícipe si no se demuestra el elemento de la dirección específica, lo cual “genera una brecha de impunidad inaceptable”.

Por ello, en los párrafos 5 al 10, el juez Liu coincide totalmente con las conclusiones de la Sala de Juicio y, por esa razón, especialmente en el párrafo 9 dice textualmente que la Sala de Juicio “no se equivocó en el diagnóstico de la evidencia presentada o en los análisis de la complicidad de Perišić, y que no está convencido de una absolución justificada, dada la magnitud de la importancia crítica y la asistencia continuada a VRS”. Por ello en el párrafo 10 apoya la decisión de la Sala de Juicio de condenar a Perišić por los crímenes cometidos por la VRS.

Por otra parte, como se señaló más arriba, la Fiscalía advierte que la sentencia requiere que para responsabilizar a un colaborador remoto resulta necesario que el acusado haya prestado asistencia a “una organización puramente criminal”, cuando “tanto los gobiernos, como las armadas, las fuerzas de seguridad, los movimientos rebeldes e insurgentes, difícilmente sean estructuras puramente criminales”.⁽⁵²⁾

En los párrafos 4 y 5 el juez Liu coincide con la decisión de la Sala de Juicio que, si bien el Ejército VRS no era totalmente una organización criminal, los crímenes cometidos por ellos estaban intrínsecamente ligados a la estrategia y objetivos de la guerra y liderazgo de esa fuerza. Y coincide con que ellos sostuvieron una guerra que implicó acciones sistemáticas criminales en contra de los civiles Bosnio-Musulmanes como objeto y estrategia militar, incluyendo el sitio de Sarajevo y la Masacre de Srebrenica.

De este modo, en su planteo la Fiscalía señala que “mediante la introducción de este requerimiento, la brecha de impunidad deviene cada vez más grande, dejando poco espacio en la práctica para atribuir responsabilidad por participación a un perpetrador remoto”. En efecto, el propio juez Liu dice en el párrafo 3 de su disidencia:

 dado que la dirección específica no ha sido aplicado en el pasado en los casos juzgados con rigor insistir en ese requisito

.....

(52) *Ibid.*, pág. 458.

efectivamente eleva los límites para la responsabilidad en la complicidad. Este cambio pone en peligro el propósito central de la responsabilidad por la complicidad, permitiéndoles a los responsables de facilitar con conocimiento los crímenes más serios, a evadir la responsabilidad de sus actos. El caso presente es una muestra.

Por último, la Fiscalía expresa que “el estándar del derecho internacional consuetudinario en la participación promueve el respeto por el derecho internacional humanitario; la sentencia de la Sala de Apelaciones en *Perišić*, lo debilita”.⁽⁵³⁾

De este modo, y en razón de los cuatro motivos expuestos, la Fiscalía solicitó a los jueces de la Sala de Apelaciones del caso *Sainovic* que se aparten de las conclusiones arribadas en *Perišić* y “reitere que la dirección específica no es un requisito de la participación”.⁽⁵⁴⁾

6.1.1. El caso Charles Taylor y la Corte Especial para Sierra Leona (CESL)

Mientras las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales tenían lugar en el Tribunal de la ex-Yugoslavia, paralelamente, en la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) se estaba llevando a cabo el juicio contra Charles Ghankay Taylor, ex-presidente de Liberia.

Taylor fue imputado el 7 de marzo de 2003 por su participación en crímenes de guerra y de lesa humanidad. En agosto del mismo año renunció a su cargo y se exiló en Nigeria, donde fue finalmente capturado el 29 de marzo de 2006. El juicio comenzó el 4 de junio de 2007. Fue condenado por el Tribunal de juicio el 30 de mayo de 2012 a 50 años de prisión, sentencia que fue apelada por la defensa de Taylor.

Desde que la Sala de Apelaciones de *Perišić* dictó su controvertida sentencia, había gran expectativa por lo que resolviera la Sala de Apelaciones de Sierra Leona, ya que Taylor —al igual que *Perišić*—, estaba acusado de participar, desde Liberia, en hechos cometidos en otro escenario geográfico, más precisamente en Sierra Leona. Es decir, en ambos casos, el sitio desde el que el partícipe realizó su aporte y el lugar donde tuvo lugar el acto criminal se encontraban a una distancia geográfica considerable.

.....

(53) *Ibid.*, p. 460.

(54) *Ibid.*, p. 460.

Conforme sostuvo la Sala de Apelaciones del TPIY es en este tipo de casos (participación remota) en los que hay que demostrar —además de que el aporte haya sido sustancial— la dirección específica del aporte realizado por el partícipe.

De este modo, la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso de Taylor sería la primera oportunidad desde la sentencia de Perišić donde se vería claramente si la jurisprudencia del TPIY, respecto de la dirección específica, es recogida o no por otros Tribunales Internacionales.

Recurrida la sentencia condenatoria, al tomar conocimiento de lo resuelto por el TPIY en *Perišić*, la defensa de Taylor solicitó al Tribunal que se aplique el mismo estándar de dirección específica que se utilizó en *Perišić*. Si bien la Sala de Apelaciones no hizo lugar a los planteos, acepta que merece expedirse al respecto por ser “jurisprudencia actual relevante”.

En ese sentido, en primer lugar explicó que:

En la aplicación del Estatuto y el derecho internacional consuetudinario, la Sala de Apelaciones está guiada por las decisiones de la Sala de Apelaciones del TPIY y TPIR. También tiene en consideración las decisiones de la Sala de Apelaciones del ECCC, del Tribunal Especial de Líbano y otras fuentes de autoridad. Sin embargo, la Sala de Apelaciones es el árbitro final de esta Corte, y las de decisiones de otras cortes son solo persuasivas, no vinculantes.

Y agrega que “La Sala de Apelaciones reconoce y respeta que la Sala de Apelaciones del TPIY es el árbitro final de la ley **para esa Corte**”⁽⁵⁵⁾ (el destacado me pertenece).

Aclarada la cuestión relativa al modo en que influyen las decisiones de los tribunales internacionales entre sí, la Sala de Apelaciones sostuvo tajantemente que nada en el Estatuto indica que la dirección específica sea un elemento del *actus reus* de la participación.

Por otra parte señaló que la Sala de Apelaciones del TPIY en *Perišić* refirió que para establecer el *actus reus* en la participación, la dirección específica tiene que estar probada más allá de toda duda razonable. De este modo, la Sala de Apelaciones en Taylor correctamente entiende que entonces la

.....

(55) CESL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 26 de septiembre de 2013, Case n° SCSL-03-01-A, (*Taylor Judgement*), párr. 472.

cuestión a resolver es “si la ‘dirección específica’ es un elemento de *actus reus* de la participación, conforme el derecho internacional consuetudinario vigente durante el período de acusación en este caso”.⁽⁵⁶⁾

Y este análisis, que es el que debió haber realizado la Sala de Apelaciones en *Perišić*, fue abordado correctamente en Taylor en apenas un párrafo en el que sostuvo:

La Sala de Apelaciones ha revisado independientemente la jurisprudencia post-Segunda Guerra Mundial, y considera que aquellos casos no requerían de la ‘dirección específica’ como un elemento adicional del *actus reus* para demostrar que los actos y conductas del acusado tuvieron un efecto sustancial en la comisión de los crímenes. Del mismo modo, la Sala de Apelaciones ha examinado el borrador del Código Criminal de la Comisión de Derecho Internacional y la práctica estatal, y entiende que tampoco requieren dicho elemento.⁽⁵⁷⁾

La Sala de Apelaciones no pasa por alto ese grave error y explícitamente refiere que “La Sala de Apelaciones de *Perišić* no afirma que la ‘dirección específica’ sea un elemento bajo el derecho internacional consuetudinario”. A mayor abundancia, en la nota al pie de dicha expresión advierte que **“La frase ‘derecho internacional consuetudinario’ no aparece en los razonamientos de la mayoría, como así tampoco en sus razonamientos”**⁽⁵⁸⁾ (el destacado me pertenece).

En efecto, allí se sostuvo que el análisis de la Sala de Apelaciones de *Perišić*

... estuvo limitado a sus antecedentes y a los de la Sala de Apelaciones del TPIR, que es el mismo cuerpo jurídico. En vez de determinar si la ‘dirección específica’ es un elemento del derecho internacional consuetudinario, la Sala de Apelaciones de *Perišić* únicamente se preguntó si la Sala de Apelaciones del TPIY previamente se había apartado de su antecedente, conforme al cual la ‘dirección específica’ era un elemento del *actus reus* de la participación. Ante la ausencia de discusión alguna de derecho internacional consuetudinario, **se presume**

.....
(56) *Ibid.*, párr. 473.

(57) *Ibid.*, párr. 474.

(58) *Ibid.*, párr. 476.

que la Sala de Apelaciones del TPIY del caso *Perišić* únicamente estaba identificando y aplicando internamente precedentes vinculantes del TPIY⁽⁵⁹⁾ (el destacado me pertenece).

Efectivamente así se desprende de la nota 1440 del caso Taylor, en la que se citan los extractos del fallo *Perišić* que ilustran a la perfección la circunstancia descrita:

Antes de retomar el planteo de *Perišić*, la Sala de Apelaciones considera apropiado revisar **su jurisprudencia** en materia de participación (...). Al día de hoy, **ninguna sentencia de la Sala de Apelaciones** encontró razón suficiente para apartarse de la definición de participación elaborada en la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso *Tadić* (el destacado me pertenece).

De este modo, la Sala de Apelaciones en Taylor reafirma que el orden jurídico internacional está estructurado desde las prácticas fundantes que constituyen el derecho internacional consuetudinario. De ello se desprende la prioridad de esas prácticas sobre otros ordenamientos jurídicos formales, incluso los estatutos constitutivos de los Tribunales *ad-hoc* y de la Corte Penal Internacional.

Existe una suerte de pirámide jurídica de normas que ofrecen entre sí distintas jerarquías. El problema es que *Perišić*, en vez de dilucidar esas prácticas fundantes del derecho internacional consuetudinario, se auto-limitó dentro del restricto universo de la jurisprudencia del TPIY, moviéndose solamente entre normas de igual jerarquía, esto es, de algún modo, una búsqueda conceptual horizontal.

La Sala de Apelaciones de Sierra Leona no establece dicotomías entre el derecho internacional consuetudinario y la historia jurisprudencial de los tribunales *ad-hoc*. Por el contrario, asume que existe una estructura totalizadora de las normas fundantes del derecho internacional consuetudinario y de la jurisprudencia de aquellos tribunales, donde no existen lagunas ni contradicciones y así se interpenetran recíprocamente. Esa interpenetración está ausente en *Perišić*, donde deliberadamente se soslayó una perspectiva integradora del derecho internacional consuetudinario, estableciendo una primacía de la decisión judicial interna donde pueden inventarse categorías inexistentes, como lo es la dirección específica, alte-

.....

(59) *Ibid.*, párr. 476.

rando, de ese modo, la estructura de la norma fundante, el derecho internacional consuetudinario, donde este ingrediente jamás existió.

Es difícil, desde luego, eliminar la opacidad inherente a las prácticas de los Estados que constituyen el derecho internacional consuetudinario. Pero hay métodos apropiados para armonizar la lectura de esas prácticas con la impronta fáctica del tiempo histórico en que se juzga.

En *Perišić* la Sala de Apelaciones eludió la profundización de su perspectiva. Esa limitación la llevó a la invención injustificada de la dirección específica como un elemento del *actus reus* de la participación. En vez de guiarse por el derecho internacional consuetudinario, dieron luz a conceptos inviables, creando así una profunda grieta en la estructura armónica de una interpretación auténtica que en el TPIY había defendido hasta ese infortunado fallo.

Por otra parte, la Sala de Apelaciones de Taylor cuestiona incluso que la jurisprudencia del TPIY haya aceptado la dirección específica como un elemento del *actus reus*, como sostiene la Sala de Apelaciones de *Perišić*. En ese sentido, señalan “Esta Sala de Apelaciones advierte que la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY no contiene un análisis claro y detallado de las autoridades que apoyan la teoría de que la dirección específica es un elemento del *actus reus* de la participación bajo el derecho internacional consuetudinario”.⁽⁶⁰⁾

Asimismo refiere que, como ya habíamos adelantado, si bien la Sala de Apelaciones de *Perišić* cita el fallo de *Tadić* en apoyo a su tesis, lo cierto es que allí la Sala de Apelaciones no hizo referencia a cuáles eran los elementos de la participación conforme el derecho internacional consuetudinario, sino que se limitó a explicar las diferencias entre la participación y la empresa criminal conjunta. Además señaló, también en relación a la interpretación que hizo de la jurisprudencia interna del TPIY, que “La Sala de Apelaciones no está convencida con el análisis efectuado por la Sala de Apelaciones de *Perišić* respecto de la jurisprudencia del TPIY en relación a la ‘dirección específica’”. Y en ese sentido señaló lo sostenido por la Sala de Apelaciones en *Mrkšić and Šlijančanin* en cuanto a que “la ‘dirección específica’ no es un ingrediente de la participación”. Por último refirió que, posteriormente, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Lukić and Lukić* sostuvo que no había razones suficientes para apartarse

(60) *Ibid.*, párr. 477.

del antecedente de *Mrkšić and Šlijvančanin* en relación a los elementos del *actus reus* previamente referidos".⁽⁶¹⁾

De este modo, la Sala de Apelaciones concluye que, si bien en *Perišić* se introducen elementos novedosos, la noción de dirección específica podrá eventualmente desarrollarse en el tiempo, pero no existen razones para apartarse de los principios sentados por el derecho al día de hoy. Así, entiende que el requisito conforme al cual los actos del acusado deben tener un efecto sustancial en la comisión de los crímenes asegura que haya un nexo de causalidad entre el partícipe y el crimen cometido, no siendo necesario de este modo un elemento adicional, como la dirección específica, para asegurar que un inocente no sea injustificadamente hallado culpable. Asimismo, no comparte la idea de proximidad o no del acusado con el delito para distinguir una conducta culpable de una inocente. Y señala, en esta dirección, tal como ya referimos, que "Un acusado puede estar geográficamente distante de la comisión del crimen, pero en realidad se encuentra próximo al ejecutor mediante la impartición de órdenes y directivas tendiente a la comisión de esos crímenes".⁽⁶²⁾ Concluyó así que la proximidad no es un factor relevante para poder distinguir entre conductas culpables y conductas no punibles.

6.1.2. *Prosecutor v. Šainović: giro final hacia la historia auténtica de la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc*

Luego del gran tropiezo jurídico de la Sala de Apelaciones en el caso *Perišić* —que llevó al Tribunal Penal de la ex-Yugoslavia a ser objeto de enormes críticas de la comunidad internacional— y de la decisión adoptada por la Corte de Sierra Leona en el caso *Taylor*, donde resolvió no aplicar dicha doctrina, el TPIY tuvo oportunidad de retomar las bases de su jurisprudencia, consolidada a lo largo de más de veinte años, y revertir así el desvío jurídico ocasionado en el caso *Perišić*.

Así, en el caso *Šainović*, Vladimir Lazarevic había sido encontrado culpable por el Tribunal de Juicio de colaborar con la empresa criminal conjunta que tuvo como objetivo el desplazamiento forzado de Kosovo de la población albanesa entre marzo y junio de 1999. Lazarevic fue condenado a 15 años de prisión como partícipe de los delitos de deportación y transferencia

.....

(61) *Ibid.*, párr. 478.

(62) *Ibid.*, párr. 480.

forzada, asesinato y persecución como crímenes de lesa humanidad. La defensa apeló dicha decisión sobre la base de que, conforme sostuvo el Tribunal en la causa *Perišić*, no había sido demostrada la **dirección específica** del aporte realizado por Lazarevic a la empresa criminal conjunta y, por ende, debía ser absuelto.

Con fecha del 23 de enero del corriente año, la Sala de Apelaciones —compuesta por los jueces Liu Daqun, Mehmet Guney, Fausto Pocar, Arlette Ramarosan y Bakhtiyar Tuzmukhamedov (disidencia)— confirmó la sentencia de Lazarevic y descartó la dirección específica como un elemento de la participación, revertiendo así la posición del TPIY.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar analizó la interpretación realizada en el caso *Perišić* respecto de los precedentes citados *Mrkšić and Šlijvančanin y Lukić y Lukić*. Explicaron que, si bien en *Perišić* la Sala de Apelaciones entendió que dichos precedentes resultan ambiguos en lo que refieren a la cuestión de la dirección específica, ello no es así, por cuanto en *Mrkšić and Mrkšić*, la Sala de Apelaciones sostuvo claramente que “la dirección específica ‘no es un ingrediente esencial’ de la participación, y además dicha conclusión fue confirmada por la Sala de Apelaciones en *Lukić y Lukić*”.⁽⁶³⁾

Así, la Sala de Apelaciones puso en blanco sobre negro la jurisprudencia interna respecto de las posiciones existentes en torno a la cuestión de la dirección específica, determinando que existen dos criterios claramente contrapuestos. Por un lado, las sentencias de las Salas de Apelaciones en los casos *Mrkšić y Šlijvančanin y Lukić y Lukić*, conforme a las cuales la dirección específica no es un elemento del *actus reus* de la participación. Y por el otro, el caso *Perišić*, donde se sostiene la postura contraria.

En este orden, la Sala de Apelaciones entendió que “... cuando se encuentra con decisiones previas contradictorias, es su obligación determinar si sigue alguna de ellas, o por el contrario, se aparta de ambas”.⁽⁶⁴⁾ De esta manera, a fin de determinar los estándares legales existentes en torno al tema de la dirección específica, la Sala de Apelaciones consideró, por un lado, la jurisprudencia interna y la del Tribunal Penal Internacional de Ruanda y, por el otro, el derecho internacional consuetudinario.

(63) TPIY, *Prosecutor v. Nikola Šainović et al., Case N° IT-05-87-A (Appeal Judgement)*, párr. 1619, con cita de *Mrkšić and Šlijvančanin Appeal Judgement* párr. 159 y *Lukić y Lukić*, párr. 424.

(64) *Ibid.*, párr. 1622.

En este sentido, sostuvo que en *Blajojević*, luego de haber examinado la jurisprudencia del Tribunal, la Sala de Apelaciones concluyó que la dirección específica no es un elemento del *actus reus* de la participación, sino que a veces puede estar implícita en la asistencia práctica que efectúe el partícipe. Y que mientras la dirección específica no es un elemento del *actus reus* de la participación, sí lo es el aporte sustancial efectuado al autor. Conforme entendieron los jueces en *Šainović*, ello explica la razón por la cual antes de *Perišić*, la Cámara de Apelaciones jamás aplicó un concepto de dirección específica como requisito independiente de la participación, pero sí, y de manera constante, que lo es la contribución sustancial prestada.⁽⁶⁵⁾

Sin perjuicio de señalar que el estándar adoptado en *Furundzija* —conforme al cual el *actus reus* de la participación fue definido como asistir, alentar o prestar apoyo moral para la ejecución de un crimen en particular, y esta colaboración debe tener un efecto sustancial en la comisión del delito—, refleja derecho internacional consuetudinario, la Sala de Apelaciones expresó que "... a fin de despejar cualquier duda a este respecto, la Sala de Apelaciones re-examinará el derecho internacional consuetudinario concerniente a los elementos de la participación".⁽⁶⁶⁾

En primer lugar, analizó los casos por delitos cometidos durante la Segunda Guerra mundial, juzgados en el marco de la ley 10 del Consejo de Control Aliado como aquellos casos ante el Tribunal Militar Internacional, advirtiendo que en ninguno de ellos se requirió de la dirección específica como un elemento distintivo de la participación".⁽⁶⁷⁾

Asimismo indagó sobre la jurisprudencia y la legislación nacionales en donde, si bien no pudo determinarse la existencia de un principio común en este respecto, los mayores sistemas legales del mundo coinciden en que la participación consiste en otorgar una asistencia o apoyo tal que facilite la comisión de un delito, siendo que lo que varía entre una legislación y la otra es la relación entre el aporte realizado para la comisión del delito y el grado de *mens rea* requerido, conforme los principios de sus respectivos sistemas legales.⁽⁶⁸⁾

.....

(65) *Ibid.*, párr. 1625.

(66) *Ibid.*, párr. 1626.

(67) Ver notas 5340/5406, en particular el caso *Zyklon B* ante la Corte Militar Británica donde, para condenar a los miembros de dicha compañía, el Tribunal no tuvo en cuenta si el aprovisionamiento de gas envenenado estuvo específicamente dirigido a exterminar a prisioneros de los campos de concentración.

(68) Ver notas 5409/5419.

Finalmente, examinó las pautas de Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el cual, si bien no es vinculante, resulta un instrumento de autoridad que constituye evidencia del derecho internacional consuetudinario y al menos es indicativo de las opiniones jurídicas de eminentes publicistas que representan los más importantes sistemas legales del mundo, y del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin perjuicio de que en aquel se atribuye responsabilidad a quien asista directa y sustancialmente en la comisión de un delito (art. 2(3)(d)), el Estatuto de Roma (art. 25(3)(c)) no incluyó la frase "directa y sustancialmente", siendo suficiente para atribuir responsabilidad penal que la asistencia haya sido prestada con el propósito de facilitar la comisión del delito, entendiéndose de este modo que el *actus reus* requerido en el Estatuto tiene un umbral sensiblemente menor.⁽⁶⁹⁾

De esta manera, la Sala de Apelaciones de *Šainović*, arribó

... a la conclusión abrumadora de que la 'dirección específica' no es un elemento del derecho internacional consuetudinario. Por el contrario, como se afirmó correctamente en *Furundzija* y fue confirmado por la Sala de Apelaciones en *Blaksic*, bajo el derecho internacional consuetudinario, el *actus reus* de la participación 'consiste en asistir, alentar o prestar un apoyo moral tal que tenga un efecto sustancial en la ejecución del delito'. El *mens rea* requerido es el 'conocimiento de que esos actos concurran en la comisión del delito'.⁽⁷⁰⁾

Así, luego de un estudio pormenorizado de toda la jurisprudencia que, a su entender, constituye el derecho internacional consuetudinario (fuente aplicable al caso de delitos de lesa humanidad conforme entendió nuestro Máximo Tribunal)⁽⁷¹⁾ confirmó que, entre el antecedente de *Perišić* y el de *Mrkšić and Šlijvančanin y Lukićy Lukić*, predomina este último. El derecho prevaleciente sostiene entonces que la dirección específica no es un elemento esencial del *actus reus* de la participación, reflejo del derecho internacional consuetudinario y del estándar legal que, de modo constante y consistente, ha sido aplicado para determinar la responsabilidad del par-

.....

(69) Ver notas 5421/5429.

(70) *Ibid.*, párr. 1649.

(71) CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros s/ Provación Ilegítima de la Libertad", causa 17.768, 14/06/2005.

tícipe. En consecuencia, la Sala de Apelaciones, con el voto en disidencia del juez Tuzmukhamedoc, decidió "... rechazar inequívocamente el enfoque adoptado en la sentencia de apelaciones en *Perišić*, por encontrarse directa y materialmente en conflicto con la jurisprudencia prevaleciente y con el derecho internacional consuetudinario relacionado con el *actus reus* de la participación"⁽⁷²⁾ (el destacado me pertenece).

En virtud de ello, entendió que el Tribunal de Juicio condenó correctamente a Lazarević como partícipe por los delitos que le fueran imputados, ya que para ello no es necesario que el Tribunal de Juicio determinara si sus actos se encontraban "específicamente direccionados" a asistir o prestar apoyo moral a los crímenes cometidos por el ejército de la Republika Sprska.

De este modo, el fallo *Šainović* logra desentrañar, en palabras de un distinguido iusfilósofo argentino, Carlos Cossio,⁽⁷³⁾ la "gnoseología del error" del caso *Perišić*. Su crítica no se limitó a advertir la ausencia de análisis del derecho internacional consuetudinario por parte de la mayoría de la Sala de Apelaciones, sino que recaló en la metodología utilizada. Y fue esa metodología la que condujo a la Sala de Apelaciones del TPIY a salirse del camino y terminar en un abismo de irrazonabilidad, inscribiendo al caso *Perišić* en la historia de los grandes errores judiciales de los últimos tiempos.

6.2. Responsabilidad penal del superior

Como se señaló más arriba, *Perišić* también había sido acusado bajo esta modalidad por no haber prevenido y/o reprimido los crímenes perpetrados por sus subordinados del Centro de Personal n° 40 en Croacia, por medio del Ejército Serbio de Krajina (SVK).

La responsabilidad penal del superior es un tipo de autoría prevista en el art. 7(3) del Estatuto. Se trata de un delito de omisión impropia mediante el cual el superior responde por los crímenes cometidos por sus subordinados, ya sea por no haberlos prevenido o por no haberlos sancionado.

Los requisitos que se tienen que dar para responsabilizar a una persona por este tipo de autoría son los siguientes:

- a. Comisión de crimen internacional perpetrados por las tropas u otros subordinados.

.....

(72) *Ibid.*, párr. 1650.

(73) COSSIO, CARLOS, *La gnoseología del error*, Bs. As., La Ley, 1961.

- b. Control efectivo sobre los subordinados.
- c. Conocimiento del superior de la comisión de dichos crímenes. Basta con que sea potencial y no efectivo.
- d. Omisión de acto debido.⁽⁷⁴⁾

La Sala de Apelaciones entendió que, aun con la basta evidencia colectada, tampoco cabía la responsabilidad de Perišić bajo este tipo de autoría porque la Sala de Juicio no hizo referencia a la declaración de dos testigos que habían declarado que Perišić no tenía el control efectivo sobre las tropas del Centro de Personal n° 40. La mayoría de la Sala de Apelaciones reconoce que la omisión de una referencia explícita a la declaración de un testigo no alcanza para hablar de "errónea aplicación de la ley", especialmente cuando hay suficiente prueba en contrario. Sin embargo, sostuvo que los testimonios de esos dos testigos⁽⁷⁵⁾ "eran claramente relevantes" y sus declaraciones no habían sido rebatidas. En este sentido, la Sala de Apelaciones sostuvo que aquí sí estaríamos ante un caso de errónea aplicación de la ley que requiere una revisión de *novo* de la evidencia. Abierta así la puerta para una nueva revisión de la evidencia, ya era cuestión de encontrar contra-argumentos para demostrar la falta de control efectivo sobre los perpetradores de Zagreb. Entre ellos señaló:

- a. Que si bien Perišić instó al SVK no bombardear Zagreb, el SVK continuó el bombardeo en virtud de las órdenes emanadas del presidente de la República Serbia de Krajina, Milan Martić.
- b. Que Perišić no tenía capacidad para emanar órdenes, lo cual quedaría demostrado por el uso de "términos no coercitivos", como "por favor" y que los soldados del VJ simplemente "aceptaban las sugerencias" propuestas.
- c. Que Perišić tampoco tenía capacidad para imponer medidas disciplinarias. La Sala de Apelaciones entendió que el SVK solo quedó bajo el control del Ejército Yugoslavo una vez que obtuvo la victoria en la República de Krajina, y fue por eso que recién en ese momento pudo adoptar medidas disciplinarias y no antes.

En este sentido, la Sala de Apelaciones sostuvo que la conclusión a la que arribó la Sala de Juicio no era la única interpretación posible. Por el contra-

.....

(74) CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, 2ª ed., Oxford, 2008, pp. 247/248.

(75) La Sala de Apelaciones hace referencia a los testigos Rašeta y Orlić, siendo que el primero de ellos, un oficial del VJ, habría testificado que Perišić no era parte de la cadena de comando del VJ, y que antes del bombardeo de Zagreb, tampoco tuvo poder disciplinario alguno. Por su parte, Orlić, también ex oficial del VJ destinado al SVK, habría manifestado durante el juicio que mientras estaba en el SVJ, nunca recibió órdenes provenientes del VJ. TPIY, *Perišić Appeal Judgement*, cit., párr. 90/91.

rio, entendió que si bien Perišić tenía algún tipo de influencia sobre el SVK (como por ejemplo en relación a los ascensos y el pago de sueldos de los soldados), no tenía el control efectivo sobre los mismos al momento del bombardeo de Zagreb. Entiende que solo meses después de cometidos los crímenes de Zagreb pudo haber obtenido el control efectivo sobre los soldados de SVK, pero ello no traería consecuencias en cuanto a su responsabilidad en los términos de art. 7(3) del Estatuto. Resulta claro que la Sala de Apelaciones no puso en duda las evidencias colectadas en el juicio, en relación a la ayuda prestada por Serbia mediante aprovisionamiento de armas y personal al VRS en Bosnia, como al SVK en Croacia: ese es un dato objetivo. Lo que cuestiona en definitiva es: ¿con qué fin Perišić realizó dicho aporte?, ¿tenía el “fin específico” de asistir al VRS y al SVK en la comisión de crímenes de guerra? ¿O, por el contrario, simplemente realizó desde el Ejército Yugoslavo un aporte para ayudar a combatir a los enemigos en esos frentes?

La Sala de Juicio, con el voto de disidencia del juez Moloto, al demostrar que Perišić tenía un acceso constante a la información y un cabal conocimiento de los ataques en BiH, sostuvo que existía un claro nexo entre la asistencia prestada por Perišić y los objetivos del VRS. ¿Puede sostenerse entonces que Perišić no sabía que su aporte era sustancial para la comisión de los crímenes perpetrados en Srebrenica? ¿No es clara la “intención específica” del aprovisionamiento de armas y personal brindada por el VJ al VRS?

La jueza Picard sostuvo en su reciente voto en disidencia en el caso *Stanišić and Simatović* que, si bien el criterio sentado por la Sala de Apelaciones es por demás restrictivo, inclusive aplicando el mismo, el requisito de “la dirección específica puede ser inferido de la conducta del acusado”. Entiendo que lo mismo es aplicable a *Perišić*, donde hay claros indicios de la dirección del aporte realizado. Asimismo, hago mías las palabras de la jueza Picard en ese caso:

Si no podemos concluir que el acusado cooperó con la comisión de esos crímenes, debo decir que hemos llegado a un lugar muy oscuro del derecho internacional (...) Inclusive, si la prueba solo demostrara que el acusado fue indiferente frente a esos crímenes, la mayoría del Tribunal se equivocó en absolver a todos ellos de la totalidad de los cargos.⁽⁷⁶⁾

.....

(76) *Stanišić*, voto en disidencia de la jueza Picard, pp. 866/867.

También, en un duro artículo publicado por el *New York Times*, Kenneth Roth criticó la sentencia de la Sala de Apelaciones señalando que hace ya mucho tiempo, para afirmar que hay participación, solo es necesario demostrar que el acusado ha realizado una contribución que probablemente ayude a la comisión de un delito, y que dicha contribución haya tenido efectivamente un efecto sustancial en su comisión. Pero ahora exige un tercer elemento: la dirección específica, lo cual en la práctica no tiene ningún sentido, ya que "... los oficiales que quieren colaborar en este tipo de atrocidades difícilmente sean tan tontos como para emitir órdenes explícitas. Por el contrario, lo hacen de manera indirecta, prestando ayuda a una empresa criminal que ya está en marcha".⁽⁷⁷⁾

7. Conclusión

Tanto en *Perišić* como en *Gotovina*, la Sala de Apelaciones del TPIY había creado una nueva jurisprudencia con estándares probatorios exageradamente restrictivos, con los cuales alcanzar una condena era prácticamente imposible.

Puede observarse la gran similitud en la mecánica de elaboración de ambas sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIY. Mientras en *Gotovina* la "pieza defectuosa" —que casualmente es, al mismo tiempo, la "pieza crítica"— es el "standard de 200 metros", en *Perišić* es la "dirección específica". Al menos en *Gotovina* la pieza defectuosa es un parámetro para delimitar los ataques ilegales de los no ilegales. Una pieza que, si bien no fue determinada por la Sala de Apelaciones, se puede decir que es una pieza existente, pero aún no descubierta. En *Perišić*, la pieza requerida por la mayoría de la Sala de Apelaciones para sostener la condena es simplemente inexistente.

La Sala de Apelaciones en *Perišić* organiza un "picnic deconstructivo" de la jurisprudencia tradicional y consolidada del TPIY; un picnic donde la cesta del pan está vacía de paz y justicia, y solamente funciona para expandir la cuota de impunidad de ejércitos regulares cuando cometen graves violaciones de los derechos humanos. En efecto, su razonamiento implica que todo ejército que supuestamente lucha un combate regular —aunque cometan delitos graves de los mencionados en el Estatuto del Tribunal— no puede ser condenado atento a que esa presunción de legitimidad desplaza irrevocablemente la evidencia sobre la comisión de delitos graves concomitantes con esas funciones de lucha regular.

.....

(77) ROTH, KENNETH, "A Tribunal's Legal Stumble", *New York Times*, 09/07/2013.

La decisión de *Perišić* implica así una ignorancia deconstruccionista de la jurisprudencia del tribunal. Precedida por un elemento —la dirección específica, que se expresaba en la ayuda asistencial—, se independiza de toda referencia razonable, como estaba construida en los antecedentes jurisprudenciales del TPIY, transformándose, de este modo, en un obstáculo facilitador al accionar delictivo de cualquier ejército de la modernidad.

De este modo, el juez Meron —quien presidió ambas Salas de Apelaciones— se apartó del mandato del Consejo de Seguridad cuando creó el Tribunal. Con estas dos decisiones, comprometió seriamente el legado de paz de los tribunales *ad-hoc*, echando así por tierra —momentáneamente, somos optimistas— los objetivos establecidos por las Naciones Unidas, como así también la totalidad de la jurisprudencia del TPIY.

Afortunadamente, nuestras deducciones al conocer el fallo *Perišić* se vieron confirmadas, en primer lugar, por el fallo Taylor. Allí, la Corte Especial para Sierra Leona, luego de indicar de qué modo influyen las decisiones de los tribunales internacionales entre sí, se apartó de la doctrina establecida en *Perišić* y desconoció la dirección específica como elemento de la participación, ya que no existiría como tal en el derecho internacional consuetudinario.

Mismo razonamiento jurídico fue adoptado luego en la sentencia de *Šainović*, cuyas conclusiones fueron aún más trascendentales que en el fallo Taylor, ya que aquí se trató de una sentencia emanada del propio TPIY, por una Sala de Apelaciones con idéntica jerarquía que la del caso *Perišić*, y que tuvo la enorme responsabilidad de resolver de modo independiente respecto a dos posiciones encontradas en relación a la jurisprudencia interna del Tribunal.

De esta manera, gracias a que la mayoría realizó una interpretación auténtica y de las más destacadas en torno a la existencia de la dirección específica, conforme el derecho internacional consuetudinario, logró reencauzar el rumbo del derecho penal internacional en sintonía con los fundamentos de sus cimientos, restableciendo así la legitimidad perdida del Tribunal, desde el caso *Perišić* hasta la fecha.

Ha sido tan contundente la sentencia *Šainović* de la Sala de Apelaciones que, el 3 de febrero de 2014, el Fiscal Serge Brammertz solicitó al Tribunal la reconsideración de la absolución de *Perišić*. Allí el Fiscal señaló que:

... al revocar el defectuoso antecedente de la sentencia de *Perišić*, la Cámara de Apelaciones ha demostrado su independencia, imparcialidad y capacidad crítica, fortaleciendo el sistema

de la justicia internacional y el estado de derecho. Mi oficina ahora ha solicitado a la Cámara de Apelaciones dar el siguiente paso necesario para remediar el error advertido, reconsiderando la sentencia de apelaciones de *Perišić* y su responsabilidad penal como partícipe en los crímenes cometidos en Sarajevo y Srebrenica, aplicando a dicho fin el apropiado estándar legal.⁽⁷⁸⁾

Dos días después, en respuesta al pedido del Fiscal Brammertz, el Presidente del Tribunal, Dr. Theodor Meron convocó a la Sala para que examinara la cuestión. La integran los mismos jueces que tomaron la decisión de *Perišić*, con excepción del juez Andrésia Vaz, reemplazado por el juez William Sekule. Es la primera vez en la historia del TPIY que se plantea esta situación.

En respuesta al pedido efectuado por la Fiscalía, la defensa de *Perišić* solicitó que no se haga lugar al recurso de revisión requerido toda vez que considera que la Sala de Apelaciones no tiene jurisdicción para reconsiderar una sentencia firme, y que la Fiscalía tuvo oportunidad de plantear todas las cuestiones que consideró pertinentes durante el juicio.

Asimismo, refirió que la Fiscalía simplemente reeditó los argumentos previamente esgrimidos, y su solicitud no tendría base legal alguna como para que la Sala de Apelaciones reconsiderara la absolución de *Perišić*. Por último, señaló que la solicitud de reconsideración contradice directamente los principios de cosa juzgada y *ne bis in idem*, como así también el de *res judicata*, por lo que una acogida favorable a dicho planteo conllevaría a una violación palmaria de los derechos del acusado y debilitaría la credibilidad del Tribunal y de la justicia criminal internacional en general.

Independientemente de lo que resuelva la Sala de Apelaciones, ha quedado definitivamente establecido que la dirección específica no constituye una aplicación legítima del derecho internacional consuetudinario ni de la jurisprudencia penal internacional hasta la fecha. Por todo ello, entiendo que no corresponde hacer lugar al agravio introducido por las defensas respecto de la ausencia de evidencia de dirección específica de la participación.

Se desconocen los motivos por los cuales el juez Meron y la mayoría de los jueces de la Sala de Apelaciones incursionaron en esta travesía
.....

(78) Declaración efectuada por el Fiscal del Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia, Serge Brammertz, [en línea] <http://www.icty.org/sid/11447>

desoladora.⁽⁷⁹⁾ Sería fácil, pero irresponsable, atribuir a la mayoría de la Sala de Apelaciones del caso *Perišić* el deseo de lograr su absolución a toda costa. No hay fundamentos para ello en las constancias y el desarrollo efectuado por la Sala.

Lo que sí, y esto es aún más grave, la Sala de Apelaciones fue guiada por una metodología equivocada. Porque, en vez de explorar metodológica y sistemáticamente la estructura y evolución del derecho internacional consuetudinario en este aspecto conforma una búsqueda integradora, se dedicaron en cambio a buscar la solución del caso *Perišić* dentro de los contornos de su jurisprudencia interna propia y en forma horizontal.

Por ello, la decisión de *Perišić* se inscribe entre los **grandes errores judiciales** del TPIY que paradójicamente sirvió, luego de su transitoria oscuridad, para aclarar de nuevo y reafirmar el derecho internacional humanitario, que había sido correctamente citado e interpretado por la mayoría de la Sala de Juicio, y hecho de manera equívoca por la minoría, integrada por el juez Moloto. Insisto, no fue producto del azar que floreció el error, sino por la utilización de una metodología inapropiada que les hizo ignorar los precedentes más relevantes del derecho internacional consuetudinario.

Quisiera concluir esta disertación repitiendo lo que el Grupo de Expertos del que formé parte incluyó como párrafos finales de su informe del 11 de noviembre de 1999 al Secretario General de las Naciones Unidas Kofi A. Annan:

.....

(79) Cabe señalar, sin que nosotros tomemos partida a favor de la esa versión, que hace apenas dos meses, trascendió públicamente que Meron habría presionado a sus colegas del Tribunal para lograr las absoluciones analizadas. Ello fue informado por un juez *ad litem* de origen danés, Frederik Harhoff, buen amigo mío y hombre respetable, quien actualmente se desempeña como juez en el Tribunal. En dicho artículo también señaló un alto oficial del Tribunal, que probablemente mediante esos fallos Meron quiso cooperar con los gobiernos de EEUU e Israel. Harhoff también indicó que a la jueza Picard solo le fueron concedidos cuatro días para desarrollar su voto en disidencia en el caso *Stanišić* y *Simatović*, que también concluye con la absolución de los mismos por la mayoría de la sala de juicio (jueces Alphons Orié y Elizabeth Gwaanza). Ver SIMONS, MARLISE, "Hague Judge Faults Acquittals of Serb and Croat Commanders", *The New York Times*, 14/06/2013; "'Bombshell' at the Tribunal", *Sense Tribunal*, La Haya, 13/06/2013; FERRER, ISABEL, "La Haya se cubre de sombras. Un juez del Tribunal para la ex-Yugoslavia denuncia que su presidente presionó para absolver a presuntos criminales de guerra", *El País*, 30/06/2013; "La Haya anula una sentencia contra un general serbio", 28/02/20013; INTERNATIONAL INSTITUTE FOR MIDDLE-EAST AND BALKAN STUDIES (IFIMES), "ICTY: 'Meronization' of our future", [en línea] <http://www.ifimes.org/en/8603-ictymeronization-of-our-future>; "Instead of Resignation, Meron Offers victims 'New Chapter'", *Sense Tribunal*, La Haya, 26/07/2013.

Hay otro aspecto importante de ambos Tribunales que cabe señalar en esta oportunidad. Se trata de su carácter internacional. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal penal Internacional para Ruanda, en tanto órganos de las Naciones Unidas, tienen por tanto la obligación, y muy particularmente tomando en cuenta su duración limitada, de proyectar esa dimensión internacional en su estructura y su labor de manera que puedan ser considerados por la comunidad internacional como órganos judiciales internacionales fidedignos. En opinión del Grupo de Expertos, ambos Tribunales han desempeñado plenamente esa responsabilidad.

No cabe insistir demasiado en que el establecimiento de una institución de enjuiciamiento y judicial nueva y singular encargada de aplicar un conjunto de normas jurídicas complejo y no muy bien definido con respecto a acontecimientos extraordinarios en una atmósfera inhospitalaria inevitablemente debía implicar un período de desarrollo prolongado. Esto es especialmente efectivo dada la combinación de circunstancias desusadas permanentes en que ambos Tribunales funcionan en comparación con los órganos de enjuiciamiento y judiciales de las jurisdicciones nacionales. En la medida en que puede haber habido la expectativa de que los Tribunales podrían surgir y, sin pasar por etapas aparentemente lentas y costosas de desarrollo, emular el funcionamiento de órganos maduros y experimentados de enjuiciamiento y judiciales en las jurisdicciones nacionales y adherirse a la vez a un nivel elevado de garantías procesales, esas expectativas eran quiméricas. Ningún sistema de justicia internacional que incorporara normas de imparcialidad, como las reflejadas en la creación del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en la mejor de las circunstancias dejaría de ser costoso ni estaría libre de las penurias intrínsecas prácticamente a toda organización nueva. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal internacional para Ruanda no son una excepción. Tienen el mérito de haber mantenido los niveles más elevados posibles de respeto por los derechos de los acusados a la vez que demostraban, como ha reiterado recientemente el Secretario General, que no puede haber impunidad para los crímenes de lesa humanidad.

Hasta ahora el informe del Grupo de Expertos, por definición y con arreglo a su mandato, se ha ocupado de las duras aristas de la ley. Su contexto ha sido el de la lucha contenciosa entre la acusación y el acusado: peticiones, escritos, decretos y la búsqueda de un equilibrio entre los derechos del acusador y los derechos del acusado, bajo la dirección equitativa y el escrutinio del Tribunal. Pero estaríamos dejando de considerar nuestra condición humana si no recordáramos los antecedentes de la labor de los Tribunales y de nuestra propia labor, los cientos de miles de hombres, mujeres y niños que han sido víctimas, en Europa sudoriental como en África central, de atrocidades inenarrables e inolvidables. Que no deje de mencionarse a las víctimas y a sus parientes próximos en nuestro informe. Que se recuerde una vez más que un día muchos existieron que hoy ya no existen. Permítasenos esperar que la comunidad internacional hallará, en un momento y en un lugar aún desconocidos, la fortaleza y los recursos para recordar a quienes se extinguieron y ayudar a los que sobrevivieron, mutilados o violados en el cuerpo o en el espíritu. Presentado respetuosamente por el Grupo de Expertos el 11 de noviembre de 1999 (Firmado Jerome Ackerman, Presidente. Pedro R. David, Hassan B. Jallow, Jayachandra K. Reddy y Patricio Ruedas.

En el mismo sentido quiero repetir aquí las palabras de Emilio Mignone, un gran luchador por los derechos humanos en la República Argentina, a quien conocí en el Ministerio de Educación de la Nación antes de su viaje a la Organización de Estados Americanos y quien fuera el fundador del CELS: "La recuperación de los restos del Terrorismo de Estado no constituye el final de un camino, sino la entrada en una etapa distinta que incluye de lleno y con más evidencia que antes, la búsqueda de la justicia".⁽⁸⁰⁾

Concluyendo, digamos que la jurisprudencia del TPIY fue, hasta aquí, un instrumento de la justicia y de la paz y, en fin, de la razón. Es nuestra única esperanza, parafraseando a Bruner, contra la "larga noche gris".⁽⁸¹⁾

.....

(80) MIGNONE, EMILIO, "La Desaparición: Crimen contra la Humanidad", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 24/25 de marzo de 1987, p. 258.

(81) BRUNER, JEROME, *Realidad Mental y Mundos Posibles*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 159.

Anexos

La sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa "ESMA": su vínculo con el caso Perisić

El Máximo Tribunal Penal del país pronunció la sentencia respecto de los 18 represores juzgados por el secuestro, apropiación de bienes, torturas y muertes contra 85 víctimas ocurridos en la ex-ESMA.

A partir de los más recientes casos internacionales, *Taylor* y *Šainović*, rechazó la invención de la "dirección específica" como elemento de la participación criminal, por ser contraria al derecho internacional consuetudinario y a la doctrina consolidada en más de dos décadas por el Tribunal Penal Internacional.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal —integrada por los jueces Ángela E. Ledesma, Pedro R. David y Alejandro W. Slokar— dio a conocer la sentencia en la causa caratulada: "Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación", en virtud de los recursos deducidos contra el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral Federal N° 5 en el marco del primer tramo juzgado de los hechos sucedidos en la ex Escuela Mecánica de la Armada (ESMA) durante la última dictadura cívico militar.

El Tribunal, en un fallo de más de medio millar de páginas, calificó los hechos cometidos en el centro clandestino de detención más grande y emblemático de la dictadura cívico militar como "crímenes de lesa humanidad" y desestimó planteos de nulidad, prescripción e inconstitucionalidad. Así confirmó las condenas a prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua para Alfredo Ignacio Astiz, Jorge Eduardo Acosta, Ricardo Miguel Cavallo, Antonio Pernías, Raúl Enrique Scheller, Jorge Carlos Radice, Adolfo Miguel Donda, Alberto Eduardo González, Néstor Omar Savio y Ernesto Frimón Weber. Además condenó a 25 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua para Manuel Jacinto García Tallada y Juan Carlos Fotea, 20 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua para Carlos Octavio Capdevilla, 18 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua para Juan Antonio Azic. Asimismo, revocó las absoluciones de Juan Carlos Rolón y Pablo García Velasco por arbitrariedad en la valoración de la prueba, y ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Los condenados permanecen detenidos y alojados en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal.

El juez David —vocal que lideró el acuerdo—, con la adhesión de los jueces Slokar y Ledesma, hizo especial consideración de los fundamentos del derecho penal internacional y reafirmó su postura al expedirse en el caso *Perišić*. Ello lo hizo basándose en las recientes sentencias dictadas en los casos *Taylor*⁽¹⁾ y *Šainović*⁽²⁾ pronunciadas por la Corte Especial para Sierra Leona y por el Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia, respectivamente, que dejaron sin efecto la decisión que había adoptado equivocadamente la Sala de Apelaciones presidida por el juez Meron en el mencionado caso *Perišić*. En consecuencia, quedó ratificado que, en relación a la invención de la teoría de la “dirección específica”, dicho elemento no integra la participación criminal, pues se encuentra directa y materialmente en conflicto con los estándares del derecho internacional consuetudinario y con la tradición jurisprudencial del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia, desarrollada por más de dos décadas.

En la causa seguida contra Jorge Eduardo Acosta y Alfredo Ignacio Astiz, entre otros, se juzgaron multiplicidad de secuestros, torturas, homicidios y aun apoderamiento de bienes, que tuvieron, entre otras víctimas, al escritor y periodista Rodolfo Walsh. El Tribunal confirmó la consumación de su muerte en manos de oficiales de un Grupo de Tareas que funcionaba en la ex-ESMA durante un operativo en el que formaron parte entre 25 y 30 personas. También, con invocación de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, se reafirmó el carácter de lesa humanidad de la apropiación de bienes privados. En el marco de estos hechos se confirmó la idea de que la expresión “traslado”, utilizada en el plan ilegal, constituía el destino fatal.

También se acreditaron los hechos conocidos como “Iglesia de la Santa Cruz”, ocurridos entre el 8 y 10 de diciembre de 1977, que dañificaron a familiares y allegados de desaparecidos que trabajaban en pos de su búsqueda. Entre las víctimas se encuentran las fundadoras de la Asociación Madres de Plaza de Mayo Mary Bianco, Esther de Careaga, Azucena Villaflor de De Vicenti y Thelma Jara de Cabezas, y las religiosas francesas Leonnie Henriette Duquet y Anne Marie Jeanne Domon.

.....

(1) *Prosecutor against Charles Ghankay Taylor, Case N° SCSL-03-01-A, Judgement, 26 de septiembre de 2013*

(2) *Prosecutor v. Nikola Šainović et al., Case N° IT-05-87-A, Judgement, 23 de enero de 2014*

La justicia que no abarque la totalidad del crimen deja el sabor amargo de la injusticia

Comentario al fallo de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa "ESMA" ⁽¹⁾

por JORGE AUAT ⁽²⁾

Antes de entrar al análisis de lo sustancial de la frondosa sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal sobre las condenas de la causa "ESMA", quiero referirme al extraordinario aporte de las querellas, que siguen dando un testimonio conmovedor de su lucha contra la impunidad: las absoluciones dictadas por el tribunal fueron nulificadas por la Cámara Federal de Casación Penal, lo que marca la importancia del querellante en causas como la del fallo que comentamos. En este caso, el Ministerio Público Fiscal ha quedado en deuda. Muchas veces los fiscales no están a la altura de las circunstancias, lo que probablemente se deba a una cuestión de señorío respecto de su rol. Seguramente los cambios procesales que se avecinan serán útiles para ordenar ciertas cosas, pero el dato no puede pasar desapercibido. De allí que el querellante sea, sin duda, una pieza que ha contribuido enormemente en el impulso de estos procesos en demanda de verdad y justicia.

La sentencia, por su parte, bien merece una mirada a su conceptuoso contenido. En primer lugar, lo que a mi juicio hay que destacar es su definición conceptual de la trascendencia del conflicto y su respuesta certera a cada uno de los planteos. Una frase señala el camino: "La impunidad de las violaciones a los derechos humanos es una causa importante para su constante repetición". Un mensaje contundente que marcó la cancha.

Entre los muchos los temas abordados a lo largo del fallo, hay uno que merece especial mención, y es el que se refiere al antecedente del caso *Perisić*, del Tribunal Penal Internacional creado para juzgar los crímenes cometidos durante el conflicto de disolución de la ex-Yugoslavia (TPIY). Lo considero una especie de "alerta activada" y creo no equivocarme. Con esa remisión, la Cámara no solo contestó los argumentos de la defensa,

.....

(1) CFed. Cas. Penal, sala II, "Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación", 23/04/2014.

(2) Fiscal a cargo de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad.

sino que además registró todas las amenazas que se ciernen en torno a estos procesos previniendo con suficiente perspicacia las maniobras de legitimación de la impunidad insinuada ya en un medio —el diario *La Nación*— hace un tiempo.

En la sentencia del caso *Perisić*, el TPIY absolvió a un general mediante el análisis y la aplicación del criterio de la “dirección específica”, un elemento adicional que exigía, además de la participación criminal del imputado, la cercanía física entre este partícipe y el autor directo de los crímenes. Este antecedente internacional fue inmediatamente receptado y argüido por aquellos que vieron allí una posibilidad de extender los efectos de esa jurisprudencia internacional a nuestro medio. Desde luego, una afirmación en estos términos sobre la participación de los altos mandos militares en empresas criminales como el terrorismo de Estado puede tener efectos deletéreos en las causas que, en nuestro país, investigan y juzgan los delitos de lesa humanidad. Desde luego que si esto se aplicara, se reduciría enormemente el número de los responsables y allí tendríamos un escenario de injusticia intolerable, colocando una piedra más en el camino a la imputación. Esta jurisprudencia es la que pretenden importar quienes militan, en nuestro país, por la impunidad de los responsables de semejantes crímenes. Y advertida la Cámara de Casación de la estrategia pergeñada, en un encomiable esfuerzo, derramó abundante caligrafía y le cerró el camino a una ambición semejante.

En efecto, y magistralmente, el tribunal de Casación puso blanco sobre negro y aclaró con abundante argumentación los alcances del fallo aludido, que —por otra parte— fue rectificado por otro tribunal internacional.⁽³⁾ Esta respuesta jurisdiccional local al caso echa por tierra incuestionablemente cualquier pretensión de colgarse del criterio del TPIY. Para elaborarla, la Cámara de Casación tomó como referencia —además de otras consideraciones— precisamente el voto en disidencia del fallo en el caso *Perisić* que define con claridad meridiana la incorrecta orientación de la mayoría, cuya confusión se pone en evidencia al exigir injustificadamente un requisito más a la participación en el delito, lo que obvia-

.....

(3) En referencia al caso *Taylor*, de la Corte Especial para Sierra Leona. Allí, sobre el punto de la “dirección específica”, el tribunal dijo que “... la proximidad física del acusado con el crimen no es un factor relevante para distinguir entre conductas culpables y conductas inocentes”.

mente significa ponerle un blindaje a la impunidad. En este sentido, el fallo al que se recurre como atajo para eximir de responsabilidad a los autores de crímenes de esta magnitud hace una interpretación sesgada de antecedentes jurisprudenciales que no expresan lo que allí se sostiene. En contrapartida, nuestros camaristas Ledesma, David y Slokar desmenuzan el voto en disidencia de *Perisić*, que claramente advierte que las sentencias citadas no hablan de la "dirección específica", y establecen que, en estos casos, probablemente un acusado pueda estar geográficamente distante de la comisión del crimen que se le imputa, pero en realidad se encuentra próximo al ejecutor mediante la impartición de órdenes y directivas tendientes a la comisión de esos crímenes, de modo que el atajo de la cercanía geográfica es del todo improcedente. En definitiva, creo que esa sentencia es señera no solo por su riqueza jurídica, sino fundamentalmente por su representación, anclada en lo más profundo de la memoria colectiva, de la lucha por la verdad y la justicia.



Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

Sentencias que condenaron en nuestro país al delito de violación como crimen de lesa humanidad

MARÍA ALICIA NOLI⁽¹⁾



1. Introducción

Recientemente, más de dos terceras partes de los Estados que integran la ONU han firmado una Declaración⁽²⁾ en la que se comprometen a poner fin a los delitos sexuales en los conflictos, mientras que en nuestro país se vienen juzgando crímenes de lesa humanidad ocurridos entre los años 1975 y 1983, entre los cuales se encuentran los de violencia sexual.

.....

(1) Jueza del Tribunal Oral Federal de Tucumán. Profesora de Derechos Humanos (Universidad Nacional de Tucumán). Diplomada en Derechos Humanos.

(2) La Declaración fue lanzada en Nueva York el 24 de setiembre de 2013 y establece, entre otros objetivos, "apoyar y alentar el desarrollo de un Protocolo Internacional sobre Documentación e Investigación de la Violencia Sexual en Conflictos a nivel Nacional, Regional Internacional".

Si bien ya en el "Juicio a las Juntas"⁽³⁾ se expusieron casos de esta naturaleza, la sentencia condenatoria incluyó en la figura de tormentos a las conductas que consistieron en tales ataques, pero ni en la acusación ni en el fallo los delitos sexuales se vieron reflejados en una subsunción típica.

No obstante las figuras de violación, abuso deshonesto y otras se encontraban prescriptas en el Título Tercero del Código Penal, a los crímenes sexuales se les dio categoría de delito de lesa humanidad a partir de la realización de los juicios pendientes; es decir, luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarara la validez de la ley 25.779 en el fallo "Simón" (14/06/2005), donde se reconocía el acceso a la justicia de las víctimas en el marco del terrorismo de Estado. El punto 3 del fallo dispuso:

Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.⁽⁴⁾

En el proceso de reconocimiento, en nuestro país, del delito de violación como crimen de lesa humanidad, no puede ignorarse el aporte de la jurisprudencia del TPIY,⁽⁵⁾ en tanto mostró que era posible su juzgamiento y sanción.

Los hechos antijurídicos que llevaron a la creación del Tribunal Penal Internacional tuvieron como escenario el conflicto armado en el contexto de la disolución de la República Federal de Yugoslavia, entre 1991 y 1995. Las guerras, principalmente, enfrentaron a distintos grupos étnicos. Por un lado, serbios y bosnios; por otro, a croatas y albaneses. El conflicto exhibió, además de los nacionalismos, fuertes motivaciones basadas en la diversidad e intolerancia religiosa entre católicos y musulmanes. En ese marco, se produjeron crímenes sexuales en masa, lo que condujo al Tribunal especial a dictar normas y establecer estándares para su juzgamiento.

.....

(3) CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC, "Causa 13/84", Sentencia del 09/12/1985; CSJN, Fallos: 309.

(4) CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete)", Sentencia 14/06/2005.

(5) Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY).

El mismo camino siguió el Tribunal Especial para Ruanda (TPIR), cuyo fallo *Akayesu*⁽⁶⁾ resulta ineludible aunque es ajeno a los fines de este trabajo.

Si bien los tribunales que juzgaron los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, Nüremberg y Tokio, ignoraron los crímenes provocados por razones de género, tanto el TPIY como el TPIR han superado esas omisiones y han dado respuestas jurídicas que permitieron poner fin a la impunidad. Estas decisiones fueron un enorme aporte a la comunidad internacional.

Las razones de este avance se han visto alentadas por la enérgica y sostenida demanda de grupos feministas que, sensibles a la reparación judicial para esos crímenes de masa, alentaron la consideración de los hechos, su investigación y juzgamiento.

2. Violencia sexual. Reglas y pronunciamientos del TPIY

La violencia sexual en territorios de los Balcanes se ejerció contra hombres y mujeres, aunque el ataque a este último grupo fue en una escala descomunal.

2.1.

El primer caso celebrado por el TPIY fue *Tadić*. El Tribunal dio curso a numerosas acusaciones de manera pública y a una cantidad no conocida por la vía secreta. De las difundidas públicamente, más de la mitad se correspondieron a denuncias por delitos sexuales.

Según veremos, en este primer caso, para el dictado de un fallo condenatorio, se tomaron en cuenta los ataques sexuales conocidos aún cuando no se precisó al delito con su autonomía. No obstante ello, se extendió la creencia de que todos los cargos por ataques sexuales habían sido retirados o ignorados. Aunque la acusación encontró serios obstáculos para sostenerse ya que algunos testigos se negaron a declarar por temor,⁽⁷⁾ otros pudieron declarar acerca de sus propios casos.

Una de las víctimas, el señor Hrambasić, había sufrido ataques sexuales que fueron perpetrados por dos prisioneros forzados a ello, por lo que Tadić fue acusado de graves infracciones a las leyes o costumbres de guerra, incluyendo la aplicación de tratos crueles e inhumanos.

.....

(6) TPIY, *Prosecutor v Akayesu*, Case ICTR-96-4-T; sentencia del 02/09/1998

(7) ASKIN, KELLY, "The Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current, Status", en *American Journal of International Law*, n° 1, vol. 93, jan. 1999, p. 100.

La Cámara de Juicio estableció, en su pronunciamiento del 7 de mayo de 1997, que se había comprobado que “tanto mujeres como varones habían sido víctimas de graves infracciones por tratos crueles e inhumanos”, entre los cuales quedaban comprendidos las torturas y los ataques sexuales. En los casos 10 y 11,⁽⁸⁾ toda vez que el fallo de la Cámara de Juicio consideró que los abusos sexuales sufridos por Harambasić podían entenderse en esos términos, sentenció por unanimidad que el acusado era culpable, ya que la fiscalía había acreditado que Tadić **había estado presente en el lugar** donde se ejecutaban los delitos endilgados.

De este precedente debe subrayarse el examen de la responsabilidad penal, dado que el Tribunal consideró inválida la versión del acusado de que no se encontraba en el lugar. Por el contrario, el tribunal tuvo por acreditado, por la acusación, su presencia y, en mérito a ello, determinó que el acusado debía responder.

La contribución al plan criminal común, que incluía el conocimiento y participación en hechos vinculados al alojamiento de víctimas en campos, torturas, violaciones, homicidios y otras formas de violencia, condujeron a la Cámara a condenar a Tadić por los hechos cometidos en perjuicio de Harambasić, argumentando que si bien no se había probado que el acusado hubiera participado directamente del ataque, la realización de conductas por el mismo, en otros hechos, infligiendo daños psíquicos y físicos a las personas, le otorgaba por su sola presencia en el lugar ese aporte sustancial de complicidad. Agregó la Cámara de Juicio que la generalidad de los ataques sexuales permitían establecer la responsabilidad no solo de agentes del Estado, sino también de civiles y oficiales de bajo rango, como el caso de la especie.

Si bien volveremos sobre este punto cuando tratemos la importancia de los precedentes de TPIY en los casos argentinos, resulta relevante la contribución de este fallo en orden a la determinación de responsabilidad por violaciones sexuales, aun en aquellos supuestos en los que el autor no intervino en el hecho pero sí estuvo presente —es decir, tuvo un conocimiento general de la aplicación de tormentos y de los daños psíquicos y físicos infligidos en las personas—, por lo que su contribución al hecho se deriva de esas circunstancias.

.....

(8) “3. Unanimously, that the Accused IS GUILTY on 11 counts, (1, 10, 11, 13, 14, 16, 17, 22, 23 and in part 33 and 34) charging him with persecution and 14 beatings. The Chamber has found the Accused ‘untruthful’ as to his whereabouts at the time of the alleged offences and has been satisfied beyond reasonable doubt by the Prosecution’s evidence that the accused either was present at the scene of, or did participate into, the alleged offences”.

Otro indiscutido aporte que trae este precedente es la afirmación que sienta que, en casos de declaraciones testimoniales vertidas por las víctimas de ataques sexuales, estas pruebas no requieren corroboración para ser consideradas como tales. De esta manera se revierte la arraigada práctica de los tribunales nacionales de imponer a los ofendidos el cumplimiento de una serie de requisitos para tener por ciertas sus denuncias. En este caso se aplica Regla 69 del Estatuto del Tribunal, que hace referencia a la valoración de la prueba y que manda en su punto cuatro: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 66, la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual".

Literatura especializada entiende que, a pesar de que en los campos a los que asistía Tadić se cometieron crímenes por motivos discriminatorios basados en género, la circunstancia de que se hubiera condenado a este Oficial Civil de Logística por la violación de un hombre, condujo al Tribunal a evitar señalar la existencia de crímenes basados en discriminación por género.⁽⁹⁾

2.2.

Para la mayor parte de los autores que estudian la cuestión con perspectiva de género, el caso señero fue el que resolvió las acusaciones contra Anto Furundzija, Comandante local de los "Jokers", uno de los grupos de "Defensa Croata" que actuó en el valle de Lasva, habitado principalmente por musulmanes bosnios.⁽¹⁰⁾ Estos grupos croatas aterrorizaban a los civiles con torturas, violaciones masivas, muertes y trabajo forzado.

El Tribunal trató el caso de la testigo "A" a puertas cerradas. Sin embargo, pudo conocerse que la acusación se centró en el siguiente hecho: en el Cuartel General de los "Jokers", mientras la víctima estaba siendo interrogada por el acusado, un soldado le colocó un cuchillo en el estómago y muslo y la amenazó con introducirle el arma en la vagina si no declaraba toda la verdad, violándola a continuación. Esto sucedía mientras Furundzija se encontraba en el lugar; sin embargo, no hizo nada para evitar el ataque. El fallo condenatorio, de fecha 10 de diciembre de 1998, resolvió los ataques a la testigo "A" en los casos 13 y 14, por violación a leyes y costumbres de guerra, conforme los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

.....

(9) ASKIN, KELLY, *op. cit.*, p.104.

(10) TPIY, *Prosecutor v Furundzija*, Case IT-95/1, sentencia del 10/12/1998

Varios aspectos pueden desprenderse del presente caso. En relación a la responsabilidad penal, merecen destacarse los párrafos que —parcialmente— se traducen:

190. Al acusado se le imputa tortura y ataques a la dignidad personal, incluida violación. Sin embargo, en lo que respecta al presente caso es preciso definir los conceptos de ‘todas las formas de ayuda y participación’⁽¹¹⁾ conforme están empleados en el art. 7(1) del Estatuto.

191. Como no existe un acuerdo jurídico sobre el tema, la Cámara debe examinar el derecho consuetudinario internacional para establecer el contenido de la responsabilidad penal del jefe. En particular, debe determinar, por un lado, si la presencia del acusado en el lugar donde la testigo “A” fue atacada sería suficiente para configurar el *actus reus* (la conducta) de ‘ayudar y alentar’ y, por el otro, la *mens rea* (mente criminal) requerida.

192. En consideración al *actus reus*, la Cámara debe examinar tanto si el apoyo brindado por el colaborador y el instigador debe ser tangible o podría consistir sólo en un aliento o soporte moral. La Cámara también debe examinar la proximidad requerida entre la asistencia brindada y la comisión del hecho criminal. En especial, deberá considerar si las acciones del colaborador e instigador necesitan tener un efecto causal, de tal manera que sin su contribución la ofensa no se habría cometido, o si los actos del colaborador e instigador necesitan simplemente facilitar la comisión de la ofensa de alguna manera.

La Cámara de Juicio concluyó que Furundzija debía responder penalmente ya que, para condenarlo, fue suficiente el hecho de que el acusado tenía el conocimiento de que el perpetrador estaba realizando el hecho sin que fuera necesario que compartiera su propósito. En esa dirección, la presencia del agente frente a la comisión del hecho delictivo aportó una contribución: se trató de un asentimiento al ilícito que se estaba cometiendo.⁽¹²⁾

.....

(11) El texto de los instrumentos internacionales incluido en el fallo comentado refiere “*aiding and abetting*”.

(12) El art. 7.1 del Estatuto del TPIY dice: “ Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o

Los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, sus Protocolos Adicionales, contienen normas que expresan la prohibición de la violación. El art. 27 del IV Convenio que otorga protección a la población civil en tiempos de guerra se refiere específicamente a este tema.⁽¹³⁾ De igual manera, lo hacen el art. 76(1) del Protocolo Adicional I y el art. 4(2)(e) del Protocolo Adicional II.

De esta manera, en el marco del Derecho Internacional Humanitario, *corpus iuris* con el cual juzga el Tribunal, la violación está prevista. Sin embargo, al establecer cuáles son las “graves infracciones” que pueden constituir crímenes de guerra, la norma del art. 147 del IV Convenio omitió su mención.⁽¹⁴⁾ No ha salvado esta falta el art. 85 del Protocolo Adicional I, en el cual se establece una abundante nómina de infracciones graves. Como consecuencia de ello, el TPIY juzgó que la violación sexual era un crimen de guerra y la subsumió en una forma de tortura.

El caso *Furundzija* configura el primer intento del Tribunal por abordar una definición de violación sexual como crimen internacional.⁽¹⁵⁾ Algunos autores han criticado el carácter “mecánico” del concepto adoptado, aunque al mismo tiempo no han dejado de señalar que incluyó los supuestos más comunes.⁽¹⁶⁾ A la descripción de las variadas formas en las que se podría cometer el delito, la Sala de Primera Instancia adunó la

.....

ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen”.

(13) Art. 27: “Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”.

(14) Art. 147-II. Infracciones graves. “Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario”.

(15) NÚÑEZ DEL PRADO, FABIANA, “Definiendo la violación sexual en el derecho internacional: la contribución de los Tribunales Penales Internacionales *Ad hoc*”, en *Revista Agenda Internacional*, n° 30, año XIX, 2012, p. 28.

(16) NÚÑEZ DEL PRADO, FABIANA, *ibid*, p. 32.

necesidad de que estos hechos se produzcan mediante coacción o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona.

2.3.

En el caso *Celebici*, el Tribunal juzgó las acusaciones contra superiores del campo del mismo nombre por reiterados actos de violaciones sexuales que fueron englobadas como graves infracciones a las leyes de guerra y tratos crueles. Cuando los propios superiores debieron responder por los actos u omisiones en relación a los hechos realizados por los soldados, además que por la participación en hechos propios, el TPIY desarrolló, en su fallo del 16 de noviembre de 1998, el concepto de **responsabilidad jerárquica**.

2.4.

Producto del conflicto de fuerzas serbias y musulmanas, las primeras tomaron al pueblo de Foca con el propósito de eliminar a todos los musulmanes del lugar. En ese contexto, los actos de violencia sexual perpetrados alcanzaron una gran magnitud. Cuando se probaron estos antecedentes, el TPIY condenó a Kunarac y a Kovac por tortura, violación sexual y esclavitud, mientras que Vukovic fue acusado por los dos primeros delitos.⁽¹⁷⁾

En este fallo, dictado el 22 de febrero de 2001, el Tribunal profundizó la definición de violación detallando sus elementos en un contexto de tortura. En tal sentido, a lo que había dicho en el caso *Furundzija*, el Tribunal agregó que también puede entenderse como violación a la actividad sexual acompañada de fuerza u otras varias circunstancias específicas “que hagan a la víctima vulnerable” y, en cuyo contexto, “sea imposible deducir el consentimiento de la víctima”. El tribunal realizó el examen de los crímenes a la luz de art. 5 del Estatuto, o sea, bajo el concepto de lesa humanidad.

Al aludir al tema del consentimiento, los grupos que analizan al derecho y la sociedad con perspectiva de género reaccionaron interpretando que en la jurisprudencia del Tribunal se había producido un retroceso. Efectivamente, en abstracto y así planteado, luce inconveniente la introducción de un tema que vuelve a poner el acento en la víctima, aun cuando en el caso concreto el Tribunal expresamente haya descartado ese elemento.

.....

(17) TPIY, *Prosecutor v Kunarac, Kovac y Vukovic*, Case IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, sentencia del 22/02/2001.

3. TPIY: el nexo entre la violación sexual y el conflicto armado como crimen de lesa humanidad

Al establecer la competencia del Tribunal —que fue creado por resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas—, el Estatuto señala: en el art. 2, infracciones graves a los Convenios de Ginebra; en el art. 3, violaciones de leyes o costumbres de guerra; en el 4, genocidio; y en el 5, crímenes de lesa humanidad, entre los que enumera el asesinato, la exterminación, la reducción de servidumbre, la expulsión, el encarcelamiento, la tortura, las violaciones, las persecuciones por motivos políticos o raciales y otros actos inhumanos —la mayoría de los cuales están incluidos en la nómina del art. 2 (aunque no así la violación)—.

En el marco del Derecho Internacional Humanitario, en los fallos que brevemente abordamos y que trataron sobre los crímenes ocurridos en el transcurso de las guerras en el territorio de la ex-Yugoslavia, el Tribunal fue considerado un regulador de las prácticas de guerra. Si bien esta situación no fue un freno para que se generara un mayor desarrollo dentro de su competencia —el que se fijó en los arts. 2 y 3—, no se estableció un límite tajante, ya que en sus fallos el Tribunal ha referido que los ataques sexuales en particular, pueden entenderse como crímenes en contra de la humanidad.

El TPIY estableció un nexo entre la violación sexual y el conflicto armado, para luego concluir que, además, los actos que se deriven de tal nexo constituían crímenes de lesa humanidad. Esa referencia aparece en los siguientes términos en el caso *Harambasić y otros*: "... los tormentos y otros actos de violencia que sufrieron las seis víctimas fueron cometidos durante un conflicto armado como parte de un ataque generalizado y sistemático".

4. Violación como delito de lesa humanidad en tribunales argentinos: los obstáculos en su juzgamiento y su enfrentamiento

4.1.

La primera reticencia que se advierte en el reconocimiento de estos crímenes como delitos de lesa humanidad finca en la errónea creencia de que fueron "hechos aislados", es decir, que no formaron parte de un plan sistemático.

Como se ha dicho, y ha quedado plasmado en el art. 7 del Estatuto de Roma, para que un hecho ilícito sea imputado como crimen de lesa humanidad debe haberse cometido en el marco de un ataque generalizado

y sistemático contra una población civil y desarrollado con conocimiento de dicho ataque.

La pretensión del ataque generalizado o sistemático recibió, según expusiéramos arriba, tratamiento en *Prosecutor v. Tadić*.⁽¹⁸⁾ En ese fallo se estableció que “generalidad” significa la existencia de un número amplio de víctimas, mientras que el término “sistematicidad” hace referencia a la existencia de un patrón o plan metódico.

También se interpretó que solo se requiere que los actos que se le imputan al acusado hayan formado parte de un **ataque sistemático o generalizado** dirigido contra la población civil, y que el acusado haya sabido que tales actos formaban parte de un plan, considerando al conflicto armado solo como un recaudo del Estatuto, pero no del derecho internacional general.

Cuando en los juicios de lesa humanidad se considera que los hechos han sucedido en el marco de un plan sistemático, los jueces deberán apreciar si ese hecho guarda o no relación con el ataque sistemático y generalizado. Parece bastante difícil negar ese nexo si el ataque sexual se realiza cuando la persona está privada de sus derechos, en circunstancias de detención, secuestro, o en otra condición similar. Así, la representación de que el hecho es parte de un plan sistemático no requiere mayor esfuerzo.

El tribunal de Juicio a las Juntas Militares⁽¹⁹⁾ ha sentado la existencia de un plan sistemático de exterminio al oponente político.

Investigaciones efectuadas en base a testimonios de víctimas de diferentes centros clandestinos de detención han concluido que padecieron ataque sexual tanto varones y mujeres.⁽²⁰⁾ Incluyen en el concepto de violencia sexual a aquellos comportamientos y acciones de contenido o naturaleza sexual a los que se vea sometida una persona por medio de la fuerza, amenaza del uso de la fuerza, coacción, temor a la violencia, intimidación, opresión psicológica o abuso de poder; y que comprenda cualquier invasión física de cualquier parte del cuerpo, mediante la penetración por parte del órgano sexual masculino o de cualquier objeto; cualquier forma

.....

(18) TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, Sentencia del 7 de mayo de 1997, aparts. 647 y ss.

(19) CNAC. CRIM. Y CORRECC. FED., “Causa 13”, 09/12/1985 (confirmada en CSJN “Fallos 309:1601”, 30/12/1986).

(20) PAOLINI ALEJANDRA, “Políticas de Terror y Violencia Sexual”, en *Grietas en el silencio*, Rosario, Cladem, 2011, p. 116.

de abuso sexual sin invasión física; amenaza de abuso, embarazo, prostitución o aborto forzados; mutilación; desnudez forzada; humillación y burla con connotación sexual; servidumbre y esclavitud sexual.⁽²¹⁾

Al considerar la variedad de conductas que incluye la **violencia sexual**, en muy pocos casos podría afirmarse que no se cometieron estos ataques.

No obstante lo dicho —que un solo caso cometido en el contexto del plan sistemático resultaría suficiente para constituir crimen de lesa humanidad—, las sentencias dictadas por los Tribunales Orales han referido a su habitualidad y reiteración, como así también a que tales prácticas implicaban una modalidad de tortura en función del género, señalando que no constituían hechos aislados u ocasionales.

El Tribunal Oral de Mar del Plata, en el caso “Molina”,⁽²²⁾ luego de valorar las declaraciones testimoniales vinculadas a las violaciones sexuales que habían sufrido mujeres (M. H. G. y C. L. B.) en el Centro Clandestino de Detención de la Armada conocido como “La Cueva”, expresó que:

Supra se hizo referencia al plan clandestino de represión y a ello se remite el Tribunal para evitar caer en innecesarias reiteraciones y, en ese contexto, era habitual que las mujeres ilegalmente detenidas en los centros clandestinos de detención fuesen sometidas sexualmente por sus captores o guardianes o sufrieran otro tipo de violencia sexual. Las violaciones perpetradas, como se dijo, no constituían hechos aislados ni ocasionales, sino que formaban parte de las prácticas ejecutadas dentro de un plan sistemático y generalizado de represión llevado a cabo por las Fuerzas Armadas durante la última dictadura militar.

El Tribunal Oral de San Juan en autos “Martel”,⁽²³⁾ por su parte, argumentó:

El Tribunal entiende que el ataque sexual mediante la violación perpetrada contra “M. C. A.”, en el contexto del plan sistemático generalizado de ataque a una población civil, era parte inte-

.....

(21) AUCIA, ANALÍA, “Género Violencia Sexual y contextos represivos”, en *Grietas en el Silencio*, *ibid*, p. 36.

(22) TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, “Gregorio Rafael Molina”, N° 2086/2010, Molina fue condenado como autor material de las violaciones.

(23) TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SAN JUAN, “Martel”, sentencia del 04/07/2013.

grante de una modalidad de la feroz tortura, aplicada en función del género femenino, tomando al cuerpo de la mujer como un campo de batalla donde había que dejar las huellas del represor, y el castigo por haberse animado a desplegar una actividad de militancia política como mujer, todo ello con la finalidad de aniquilar física y/o psíquicamente a la oponente política sobre la que descargaban su furia, y disciplinar a la víctima para que en el futuro se abstuviera de continuar con el compromiso de acción social que había adquirido para su vida.

La misma sentencia, al hacer mención de la situación de la víctima de abuso deshonesto, agrega:

El contexto de encierro y persecución violenta contra disidentes políticos, o sus allegados o parientes, llevan a considerar que el ultraje a la persona de S. T., no se trató de un hecho aislado, ni producto de la morbosidad de un agente solitario, sino como un comportamiento contra una detenida política, sobre quien era posible y deseable para los represores, engarzado en los tormentos a que las fuerzas de seguridad y policiales sometían a sus cautivas. El abuso deshonesto, como la violación, eran actos que estaban comprendidos en el ataque a la población civil, en especial por su carácter de género a las mujeres, y previsto por los ejecutores de los actos de privación de la libertad y del resto de los tormentos.

El Tribunal Oral de Santiago del Estero en autos "Aliandro"⁽²⁴⁾ tuvo presente que "También en el marco internacional, en fechas más recientes, en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para el juzgamiento de los crímenes cometidos en Ruanda y la ex-Yugoslavia, se visibilizaron y juzgaron delitos de violencia sexual". Y, más adelante, adunó:

... se abre camino en la jurisprudencia de nuestros tribunales la consideración de que los delitos de violación o abusos sexuales sufridos por hombres y mujeres durante los días de su cautiverio, no forman parte de los tormentos sufridos por los mismos, ni de las vejaciones de las que fueron víctimas mientras estuvieron privadas de su libertad, sino que configuran delitos

.....

(24) TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SANTIAGO DE ESTERO, "Aliandro", sentencia 05/12/2013.

autónomos que como tales deben ser probados y juzgados en razón de ser un especial ataque a la integridad física, psíquica y emocional de las víctimas que se encuentran protegidas por normas específicas.

El Tribunal Oral de Tucumán, en la causa "Arsenales",⁽²⁵⁾ luego de reproducir numerosos testimonios, consideró que los hechos de violencia sexual no eran aislados. En tal sentido, expresó que:

Esta forma de ejercer el terror tuvo múltiples manifestaciones que abarcaban: la desnudez forzada, la exhibición de esa desnudez, tocamientos, requisas invasivas, obligar a las personas cautivas a hacer sus necesidades o bañarse delante de guardias, aborto forzado, embarazos forzados, violación a solas o en grupo, mutilaciones, esclavitud sexual, como también las amenazas de cometer esos actos (El testigo R. C. dijo en la audiencia que 'les pegaban y amenazaban con violarlos').

La sentencia continuó recordando que el testigo O. P. había dicho: "la violencia sexual era algo habitual, el primer ensañamiento era con los órganos sexuales". El Tribunal agregó que "era habitual que en las sesiones de tortura se aplicara la picana eléctrica en los genitales y en los pechos, acompañado de una serie de insultos y amenazas de índole sexual". En la misma dirección el texto de la sentencia, expresa "N. N. G. relató que vio a su hermana en la Escuelita de Famaillá y⁽²⁶⁾ que su hermana le contó que la habían torturado y violado muchísimo, que "le pusieron una especie de manguera en la vagina con un líquido y que le dijeron que nunca más iba a tener hijos, que no iba a ser nunca más madre".

4.2.

Un segundo obstáculo que hemos observado se expresa en la dificultad de investigar y conocer a sus autores materiales.

En los casos en los que se admite esta obstaculización, se impide al acceso a la justicia de las víctimas de los delitos sexuales.

.....

(25) TRIB. ORAL CRIM. FED. DE TUCUMÁN, "Arsenales", Sentencia 13/12/ 2013, pp. 1949/1976.

(26) En su testimonio, R. F. B dijo que "lo obligaron a presenciar la tortura de 'La Petiza' que estaba desnuda y tenía los pezones partidos".

En la ya mencionada causa "Aliandro" se dijo, respecto a la autoría mediata en el delito de violación sexual que sufriera M. C. T., que:

... es válida la misma argumentación que en lo referido a los otros ilícitos que se les imputan como autores mediatos, en la medida en que desde la posición funcional que desempeñaban, posibilitaron desde un aparato organizado de poder, mediante la ilegalidad de los procedimientos, la clandestinidad a la que sometieron a los detenidos, el aislamiento tanto de familiares como de abogados, el elevado grado de impunidad en que realizaron sus acciones, la realización de ilícitos como una violación sexual y en tal sentido es que deben responder.

Otros tribunales han seguido esta doctrina y, en consecuencia, condenado como autores mediatos a quienes tuvieron el dominio del hecho por el cual la víctima estaba en esa situación de extrema vulnerabilidad.

Debemos recordar, al solo fin de no incurrir en inexactitudes, que en términos de autoría y participación, el TPIY recurrió a la doctrina de "empresa criminal común", si bien, a veces, relaborándola en un proceso que los autores reconocen como evolución y retroceso, según los fallos.

4.3.

En relación a la víctima, se ha pretendido restarle credibilidad cuando, en su testimonio, no hubo denunciado el delito sexual en la primera oportunidad, y sí mucho tiempo después o en el juicio.

El Tribunal Oral Federal de Santiago del Estero que resolvió en la causa "Acuña" estimó que las circunstancias generales tornaban innecesarias que la víctima corroborara su declaración. En este sentido, señaló: "En relación a los ataques sexuales, como se ha dicho arriba puede afirmarse que éstos ocurrieron sacando provecho de esas condiciones generales de alojamiento. En particular en relación a la señora M. P. su declaración resulta suficiente para este Tribunal para tener por cierto y probado el hecho ofensivo del que su persona fue objeto".

El mismo Tribunal, con diferente integración, en "Aliandro", había establecido que:

No disminuye la credibilidad del relato de las víctimas abusadas sexualmente, la circunstancia de que las hayan menciona-

do o denunciado con posterioridad, desde que ha sido una constante en los relatos de las víctimas, la marginación social sufrida luego de recuperar su libertad, por el propio detenido y su entorno familiar. Ello ocasionó la auto-imposición de silencio sobre lo ocurrido aún en su entorno íntimo familiar (...) La mayoría de las mujeres y hombres abusados han podido expresar las humillaciones padecidas en los juicios señalando que ni sus hijos lo supieron hasta ese día.

Para permitir que las víctimas de violencia sexual se expresen con libertad, algunos tribunales han dispuesto medidas especiales, tales como el desalojo de la sala y la sustitución, en los partes de prensa y en la sentencia que se da a publicidad, del nombre de las víctimas por sus iniciales. Incluso, en esa dirección, algunos incluso han dictado un Protocolo.⁽²⁷⁾

De lo anterior podemos concluir que no debe omitirse la obligación de investigar, juzgar y sancionar, en su caso, los delitos sexuales. Es responsabilidad del propio Poder Judicial la remoción de los obstáculos que habían dificultado o imposibilitado ese juzgamiento, garantizando la impunidad aun sin proponérselo.

El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación lo entendió así en el proceso de destitución seguido a "Otilio Romano".⁽²⁸⁾ En el punto 32 del fallo, rechazó la justificación pretendida por la defensa —que el magistrado sometido a proceso no había investigado los delitos de carácter sexual ya que para ello era necesario el impulso particular, según las prescripciones de los arts. 71 y 72 CP— y consideró que toda vez que se trataba de una denuncia por los gravísimos apremios y tormentos cometidos por funcionarios policiales a cargo de la custodia de los detenidos, debían considerarse delitos de acción pública. El punto 63 del fallo, al analizar otro cargo de la acusación, estableció:

Los imputados no denunciaron estos hechos en los albores de la causa pues temían posibles y lógicas represalias por parte de sus torturadores toda vez que, por un lado, permanecían detenidos

.....

(27) El 14 de febrero de 2014, el Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán dictó, por Acordada 04/13 3, el Protocolo para tomar declaración a personas que habrían sido víctimas de delitos sexuales en el marco de juicios de lesa humanidad.

(28) JURADO ENJUICIAM. MAGISTRADOS DE LA NAC., "Romano, Otilio s/pedido de Enjuiciamiento", 15/12/2011.

en los lugares donde eran victimizadas y, por el otro, la actitud asumida por el juez al recibirles declaración indagatoria en una dependencia policial era percibida con suma desconfianza y como una irregularidad que no le ofrecía garantía alguna. El expediente n° 35.613-B 'Fiscal c/ Rabanal' revela con crudeza que las fuerzas militares y de seguridad implementaron un plan sistemático y generalizado de violencia sexual y violaciones contra las mujeres detenidas, como una forma específica de tortura. El cuerpo finalmente concluyó que Este Jurado considera que las causas examinadas comportan un gran número de ataques sexuales producidos en contra de las mujeres. Frente a este patrón generalizado de conductas ilícitas cometidas por agentes del Estado, especialmente en el Departamento de Informaciones Policiales (D-2) ubicado en el Palacio Policial de la ciudad de Mendoza, la función judicial de garantía estuvo ausente y el entonces fiscal federal Otilio Romano tampoco promovió la pertinente investigación penal.

De esta manera, como venimos expresando, la tarea de juzgar los hechos de violencia sexual cometidos por el terrorismo de estado en la Nación Argentina cuenta con el aporte de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, entre la que resulta imprescindible la del TPIY. Hoy nuestros tribunales también han logrado construir una jurisprudencia y buenas prácticas para visibilizar la magnitud del injusto y, en definitiva, garantizar que se haga justicia por estos delitos.



Notas sobre el juzgamiento de la criminalidad económica de la última dictadura militar en Argentina

HERNÁN I. SCHAPIRO,⁽¹⁾ PABLO CASTELLI⁽²⁾
y ANA LAURA ZAVALA GUILLÉN⁽³⁾



1. Introducción

La dictadura cívico-militar que ocupó el poder entre 1976 y 1983 impuso un modelo económico de concentración del capital de carácter monetarista cuyos efectos perniciosos afectan hasta el día de hoy.

.....

(1) Fiscal General ante el TOF 3, La Plata. Integrante de la Unidad Fiscal Federal que interviene en las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante la etapa de terrorismo de Estado en la jurisdicción de la ciudad de La Plata.

(2) Candidato a Magister en Derechos Humanos por la UN de La Plata. Investigador visitante en *Yale Law School*. Prosecretario de la Unidad Fiscal Federal que interviene en las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante la etapa de terrorismo de Estado en la jurisdicción de la ciudad de La Plata.

(3) Magister en Derechos Fundamentales (Universidad Carlos III, Madrid) y Magister en Resolución de Conflictos (Universidad de Bradford, Reino Unido). Oficial de la Unidad Fiscal Federal que interviene en las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante la etapa de terrorismo de Estado en la jurisdicción de la ciudad de La Plata.

Una vez restaurada la democracia —más allá de la brecha de impunidad que se extendió entre 1986 y 2003—, la actividad jurisdiccional y reparatoria se centró en los crímenes contra la humanidad, que atentaron contra la libertad y la integridad física de las personas —la tortura y la desaparición forzada, por ejemplo—. En cambio, los hechos que en adelante denominaremos como de **criminalidad económica y patrimonial de la dictadura** han sido menos visibilizados en el ámbito judicial.

Este trabajo tiene por finalidad realizar una aproximación al modo en que la criminalidad económica perpetrada por la última dictadura cívico-militar ha sido judicialmente abordada hasta el momento. Para ello, la primera sección contiene un breve desarrollo del juzgamiento de este tipo de delitos en las sentencias dictadas en el marco de los Juicios de Nüremberg.⁽⁴⁾ Pues, dado que han sido los pioneros en la persecución de esta criminalidad, pueden ser re-pensados para el juzgamiento de estos crímenes en nuestro país. En la segunda sección se aborda el caso argentino a través del análisis de fallos que, a nuestro entender, son relevantes a efectos de esta temática. Puesto que el universo de delitos de orden económico perpetrado como producto o bajo el amparo del plan sistemático de violaciones a los derechos humanos es extenso y variado —en cuanto a su cantidad y respecto del objeto y modo de comisión—, se examinará la cuestión a partir de tres categorías analíticas. Con ellas pretendemos obtener una mejor comprensión del fenómeno delictivo y una exposición clara y ordenada.

- a. La primera categoría involucra aquellos delitos de orden económico cometidos —por decirlo de algún modo— a nivel nacional, y a través de instrumentos de política económica y finanzas públicas.
- b. La segunda categoría comprende delitos de mediana y gran envergadura que tuvieron como propósito la apropiación ilícita del patrimonio de grupos económicos o empresarios; o bien el enriquecimiento indebido de sectores económicos con alguna vinculación al poder del estado, o directamente de quienes lo ejercían de facto.
- c. La última categoría abarca los actos —de rapiña— de apropiación de bienes, producto del aprovechamiento de las circunstancias en las que se realizaban los operativos de secuestro. Éstos contaban con la aquiescencia expresa o tácita de quienes ostentaban el mando, y beneficiaron a los intervinientes directos y mediatos en los hechos.

.....

(4) Los Tribunales Militares de Nüremberg fueron instaurados luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial por las potencias vencedoras para juzgar a los principales criminales de guerra del régimen nazi.

Cabe señalar que los actos que integran cada una de las categorías se llevaron a cabo, en la mayoría de las oportunidades, de manera conjunta, simultánea e interdependiente. De tal modo, ninguno de los delitos debe ser entendido aisladamente o como un compartimento estanco, sin vínculo con los restantes o con el contexto en el que fue cometido.

2. El juzgamiento de la criminalidad económica del régimen nazi por los Tribunales Militares de Nüremberg⁽⁵⁾

Dada la cantidad de sentencias dictadas, aquí se explorará sin pretensión de exhaustividad la forma en que ha sido perseguida la criminalidad económica y la forma en que sus perpetradores fueron condenados por los Tribunales Militares de Nüremberg.

Estos Tribunales no sólo fueron pioneros en la conformación de la actual justicia global basada en el derecho penal internacional, también elaboraron la primera jurisprudencia condenatoria de individuos que realizaron aportes financieros a organizaciones dedicadas a la comisión de crímenes internacionales, como por ejemplo el despojo de la propiedad pública y privada en territorios ocupados por el Tercer Reich. Esta jurisprudencia no ha tenido réplica en las sentencias de los tribunales penales internacionales que fueron creados con posterioridad a Nüremberg.

El primer antecedente que se analiza en esta sección es el llamado caso 48, *The Flick Trial*, juzgado por el Tribunal Militar de los Estados Unidos de América bajo la ley 10 del Consejo de Control Aliado y la Providencia 7, de aplicación de esta ley dictada por el gobierno militar de ocupación estadounidense en Alemania.⁽⁶⁾

En dicho proceso se investigó el grado de responsabilidad del empresario Friedrich Flick y de otros directivos en la comisión de crímenes de guerra y de

.....

(5) Los casos que se mencionan a continuación se encuentran disponibles en *Law Reports of Trials of War Criminals*, The United Nations War Crimes Commission (comp.), Volumen IX, London, The United Nations War Crimes Commission By His Majesty's Stationery Office, 1949.

(6) La ley 10 retomó el Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nüremberg en relación a los crímenes objeto de su competencia —crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad—, pero agregó figuras penales —la violación, la tortura—. Por otra parte, respecto de los crímenes contra la humanidad, no incluyó una referencia al momento de su comisión, “antes o después de la guerra”, y no exigió conexidad para su juzgamiento con los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra. VIVES CHILLIDA, JULIO, “La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad”, [en línea] http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf

crímenes contra la humanidad. Además, se los investigó por ser miembros de organizaciones criminales compuestas por líderes empresariales alemanes. La acusación sostuvo que se juzgaba a una de las concentraciones de poder alemana sobre la cual Hitler se había apoyado para desplegar su capacidad bélica de conquista. La defensa de los empresarios alegó que este proceso constituía una persecución contra el poder empresarial alemán.

Friedrich Flick era propietario de un poderoso conglomerado industrial. En los tiempos de la Segunda Guerra Mundial devino en un líder de la economía militar del Tercer Reich e integrante del Círculo de Amigos de Heinrich Himmler, comandante en jefe de la S.S.

Entre otros cargos, Flick fue condenado por proveer apoyo financiero a la S.S. Pues se demostró que, aun siendo públicamente conocido el accionar criminal de las S.S., las contribuciones financieras y las visitas de Flick al Círculo de Amigos de Himmler continuaron.

Asimismo, los cargos por delitos contra la propiedad incluyeron acciones de formulación y ejecución de planes y políticas de pillaje que perseguían y aseguraban a los propietarios el despojo de sus bienes para el provecho de Flick o para el de empresas que estuvieran bajo su control. La explotación de la propiedad pública y privada —utilizada para cumplir con los propósitos de la guerra desplegada por Alemania— excedía sus necesidades bélicas y fue desproporcionada respecto de los recursos de los territorios ocupados.

Por razones probatorias, los cargos contra Flick no pudieron ser sostenidos en su totalidad. Sin embargo, se logró acreditar la incautación y el uso de plantas industriales por medio de decretos del Tercer Reich en los territorios ocupados de Francia y Rusia; donde Flick desempeñó el papel de fideicomisario de empresas, cuyos propietarios fueron despojados. Por estas imputaciones, se encontró a Flick culpable.

El Tribunal desechó el cargo contra Flick en el que se lo acusaba de haber ejercido presión antisemita a empresarios judíos dueños de industrias para desapoderarlos de sus títulos de propiedad, por quedar fuera de la jurisdicción del órgano judicial, ya que no constituía un crimen de lesa humanidad bajo la ley 10 y del Estatuto del Tribunal de Nüremberg debido a que su comisión fue anterior al 1 de septiembre de 1939. Además, la acusación no pudo acreditar este cargo en el debate. En este sentido, el Tribunal aseveró que el acusado se había beneficiado con la política de persecución desplegada por el Tercer Reich contra judíos y no judíos, pero **sin haber tomado participación** en ella.

En forma contraria, la acusación planteó que Flick y sus asociados habían participado del planeamiento y ejecución de las políticas de persecución fundadas en motivos raciales, religiosos y políticos del gobierno alemán para expulsar a los judíos de la vida económica por medio de la transferencia de sus propiedades —mediante amenazas, presión, y diferentes formas de coerción—, avalados por legislación dictada al efecto.

El segundo grupo de casos está conformado a partir de los que fueron juzgados por los Tribunales Militares de la República de Francia, que condenó a particulares por la perpetración de delitos contra la propiedad como crímenes de guerra en los territorios ocupados por el Tercer Reich. Utilizó la ley local francesa a fin de darle contenido al derecho penal internacional para el juzgamiento de estos delitos como crímenes de guerra perpetrados por el régimen nazi.

En el caso 50, *The Trial of Alois and Anna Bommer and their daughters*,⁽⁷⁾ el Tribunal Militar Permanente de Metz juzgó a una familia de alemanes, cuyos cinco integrantes estaban acusados de hurtar y recibir objetos robados —en tanto crímenes de guerra— pertenecientes a ciudadanos franceses. Los acusados fueron condenados por estos delitos bajo las figuras contenidas en el Código Penal Francés. También, el tribunal hizo alusión en la sentencia a la Ordenanza de 28 de agosto de 1944 relativa a la persecución de los crímenes de guerra, como el pillaje, delito también contenido en el Código de Justicia Militar francés. A pesar de esta mención, como se dará cuenta en los próximos casos, y además de haber sido materia opinable en la doctrina; los crímenes de guerra no se limitaron a aquellos enumerados en las Convenciones de la Haya. Los tribunales franceses en estos casos han demostrado que otros delitos contra la propiedad pueden ser elevados a la categoría de delitos del derecho internacional.

En el caso 52, *Christian Baus*,⁽⁸⁾ el Tribunal Militar Permanente de Metz juzgó a Baus —contratista de transporte alemán, designado por las autoridades del Tercer Reich para ejercer el control de la administración de granjas cuyos propietarios fueran ciudadanos franceses—, a quien se le atribuyó la comisión de hurtos y abuso de confianza como crímenes de guerra en la Francia ocupada por el régimen nazi. Baus hurtó bienes pertenecientes a los dueños de las granjas y los llevó a su domicilio en Alemania; hurtó,

.....

(7) VIVES CHILLIDA, cit.

(8) *Ibid.*

incluso, aquellos que habían sido prestados por los propietarios para ser utilizados a título personal durante su administración. Los hechos fueron encuadrados en la figura de hurto del Código Penal Francés y, también, en la de pillaje contenida en la Ordenanza del 28 de agosto de 1944. Sin embargo, lo particular de este caso radica en la elevación del abuso de confianza a la categoría de crimen de guerra —delito contenido en el Código Penal Francés, que sanciona la apropiación ilegal de bienes que estaban bajo la tenencia del perpetrador por diferentes causales; por ejemplo, contrato de alquiler y cuidado—.

En el caso 53, *The Trial of Philippe Rust*,⁽⁹⁾ un SS Obersturmfuehrer⁽¹⁰⁾ que prestaba funciones para el Tercer Reich en la Francia ocupada, fue acusado de requisas abusivas e ilegales a propiedad privada de ciudadanos franceses como una forma de pillaje según lo normado por el Código Militar Francés y la Ordenanza del 28 de agosto de 1944. Sin embargo, el Tribunal Permanente de Metz condenó a Rust por abuso de poder en el ejercicio de sus funciones al requisar vehículos y personas, y negarse a entregar comprobantes como consecuencia de esas requisas, según lo prescripto por el Código de Justicia Militar. El carácter abusivo e ilegal de sus actos consistía, entre otras cosas, en la no entrega de constancias a los ciudadanos franceses. En *The Trial of Philippe Rust*, la acusación resaltó que el crimen bajo análisis estaba previsto en el derecho internacional y en la ley penal local francesa. De esta manera se demostraba cómo la norma internacional había encontrado lugar en la norma doméstica pudiéndose complementar.

3. Delitos de orden económico y patrimonial cometidos por la dictadura militar argentina (1976-1983)

3.1. Primera categoría: delitos de alcance macroeconómico

La reconstrucción histórica emprendida por estudiosos de las ciencias sociales y por algunos tribunales de justicia permite sostener que uno de los propósitos de quienes gestaron y concurrieron a consumar el golpe cívico-militar del 24 de marzo de 1976, fue implantar por la fuerza un modelo económico de concentración del capital de carácter monetarista —excluyente de los grupos sociales mayoritarios—, cuyos beneficiarios fueron grandes grupos económicos y empresas transnacionales ligadas a la especulación financiera.

.....

(9) *Ibid.*

(10) Esto es, grado similar a un teniente en fuerzas regulares.

La implantación de este modelo se realizó mediante una inédita y brutal represión planificada que procuró la eliminación de cualquier atisbo de reacción social y el disciplinamiento del conjunto de la población. Para ello, se montó en las estructuras mismas del Estado un complejo sistema de secuestros, confinamiento en centros clandestinos de detención diseminados por todo el país —sobre todo en los centros urbanos—, aplicación de torturas y otros vejámenes y homicidios de los que resultaron víctimas los grupos a quienes los propios victimarios definieron como “enemigos” o contrarios a sus intereses. Entre ellos se contaban militantes políticos, sociales y de agrupaciones guerrilleras; universitarios; trabajadores y sindicalistas; y los hijos, familiares directos y amigos de todos éstos. En fin, todo individuo que, desde la visión de los perpetradores, amenazara los intereses económicos, políticos y estratégicos encaramados en el poder del Estado.⁽¹¹⁾ El ropaje ideológico y discursivo de este accionar, del que estaban imbuidas las fuerzas armadas y de seguridad que participaron, fue la denominada “doctrina para la seguridad nacional”.⁽¹²⁾ Este modo de proceder, por otra parte, se repitió prácticamente en todo el Cono Sur de América mediante la implementación del Plan Cóndor, que constituyó un entramado de relaciones de colaboración entre las distintas dictaduras militares sudamericanas, bajo el directo control de los Estados Unidos de América.⁽¹³⁾

.....

(11) Naomi Klein ha denominado a este fenómeno “doctrina del shock”. Consiste en la imposición de programas de libre mercado de amplio alcance concebidos por la denominada Escuela de Chicago, mediante la aplicación de todas las medidas en forma conjunta y el aprovechamiento de las crisis como *modus operandi*. Según la autora, a la luz de esta doctrina, “Algunas de las violaciones de los derechos humanos más despreciables de este siglo, que hasta ahora se consideraban actos de sadismo fruto de regímenes antidemocráticos, fueron de hecho un intento deliberado de aterrorizar al pueblo, y se articularon activamente para preparar el terreno e introducir las ‘reformas’ radicales que habrían de traer ese ansiado libre mercado”. Además de citar el caso chileno, dice expresamente que en la Argentina de los años setenta “... a sistemática política de ‘desapariciones’ que la Junta llevó a cabo (...) fue parte esencial de la economía que sufrió el país, con la imposición de las recetas de la Escuela de Chicago...” KLEIN, NAOMI, *La doctrina del Shock*, Bs. As., Paidós, 2007, pp. 28, 31 y 32.

(12) La doctrina para la seguridad nacional consistió en la reconducción de la hipótesis de conflicto internacional propia de la etapa de la Guerra Fría hacia conflictos internos de baja intensidad en los países tercermundistas, fundamentalmente latinoamericanos. En este contexto, la doctrina atribuye a los estados nacionales un rol contra-insurgente y confiere al poder militar su conducción.

(13) Actualmente, ante Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal n° 1 de la Capital Federal, se lleva a cabo el juicio oral tendiente a determinar la responsabilidad de los militares y funcionarios argentinos por la implementación a nivel local del referido “Plan Cóndor”.

Según Daniel Aspiazu, Eduardo Basualdo y Miguel Khavisse,⁽¹⁴⁾ la transformación económica impulsada por la dictadura militar —con el apoyo del *establishment* y los grandes grupos económicos extranjeros y locales, y los organismos económicos internacionales— trascendió el marco económico para convertirse en un programa de reestructuración integral de la propia organización social.⁽¹⁵⁾

Los elementos centrales de dicha política fueron la liberalización general de los mercados, el fortalecimiento del sector financiero en detrimento del productivo, la apertura económica al exterior y el endeudamiento externo alentado por los organismos financieros internacionales. Este modelo fue articulado alrededor de un Estado intencionadamente reducido que dejó su lugar de regulador de la economía a la dirección de los grandes grupos económicos. Sus consecuencias fundamentales fueron una creciente desindustrialización, la distribución regresiva del ingreso, el crecimiento de los grupos económicos y de los capitales extranjeros, las transferencias de ingresos entre distintos agentes económicos favoreciendo a aquellos capaces de realizar un desplazamiento ágil conforme la coyuntura económica. Por lo demás, la estatización de la deuda privada a partir de la década del ochenta mediante diversas maniobras financieras ilegales generó una agudización de la dependencia respecto de los organismos financieros internacionales.⁽¹⁶⁾

El endeudamiento externo —fundamentalmente el privado/estatizado— tuvo un rol central en la configuración del modelo económico impuesto, apoyado en la referida doctrina represiva ilegal destinada a obtener su viabilidad social.⁽¹⁷⁾

.....

(14) ASPIAZU, DANIEL, BASUALDO, EDUARDO y KHAVISSE, MIGUEL, *El nuevo poder económico en la Argentina de los años '80*, Bs. As., Legasa, 1989.

(15) En este sentido, Daniel Feierstein sostiene que: “En un Estado nación preexistente —la República Argentina—, constituido, como casi todos, a través de un genocidio constituyente, el gobierno de facto de la dictadura militar se propone una ‘reorganización nacional’, una ‘refundación del Estado sobre nuevas bases’, y es el aniquilamiento y su modalidad concentracionaria la tecnología escogida para llevarla a cabo”. Para un estudio profundo sobre el tema, FEIERSTEIN, DANIEL, *El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina*, Bs. As., FCE, 2008.

(16) ASPIAZU, BASUALDO y KHAVISSE, *op. cit.*

(17) Basualdo sostiene que el endeudamiento supera en importancia, incluso, al cambio en las variables que componen la balanza de pagos producto de la apertura indiscriminada de la economía y la remisión de utilidades de las subsidiarias de empresas extranjeras. BASUALDO, EDUARDO, *Deuda externa y poder económico en la Argentina*, Bs. As., Nueva América, 1987, p. 57.

Pues bien, si convenimos en que el modelo económico fue impuesto a través del terrorismo estatal, se puede pensar en la concurrencia de un primer nivel de conductas criminales ligadas al accionar terrorista del propio gobierno dictatorial que, incluso, hayan formado parte de sus propósitos fundacionales.

Se trata del accionar de quienes contribuyeron consciente y voluntariamente con la implementación y sostenimiento del régimen represivo y del plan económico, con la finalidad de obtener réditos por medios violatorios de derechos fundamentales.⁽¹⁸⁾

En este orden de ideas, cabe recordar que tanto las empresas transnacionales diversificadas y/o integradas, como los grupos económicos y los bancos y entidades prestamistas fueron los beneficiarios directos del endeudamiento.⁽¹⁹⁾

En la sentencia dictada en la causa 14.467, caratulada "Olmos, Alejandro S/ denuncia",⁽²⁰⁾ el magistrado interviniente declaró la existencia de delitos en las maniobras de endeudamiento externo. Sin embargo, consideró prescripta la acción penal respecto de los ex funcionarios imputados, puesto que no entendió los crímenes cometidos como delitos del derecho penal internacional.

No obstante, teniendo en cuenta los precedentes de los Tribunales de Nüremberg, debe resaltarse la posibilidad de considerar los ilícitos cometidos por funcionarios de la dictadura durante el proceso de endeudamiento —al menos— como crímenes del derecho internacional, y, por tanto, imprescriptibles. Pues resultaron parte del plan criminal o, cuanto menos, conexos a éste. Esto es así sobre todo si se tiene en cuenta que la

.....

(18) La responsabilidad civil corporativa por contribuir a la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, en especial la de los bancos que efectúan préstamos que permiten el sostenimiento de las dictaduras, ha sido tratada por la doctrina. Para el caso argentino, véase BOHOLAVSKY, JUAN PABLO y OPGENHAFFEN VEERLE, "Pasado y presente de la complicidad corporativa: responsabilidad bancaria por financiamiento de la dictadura militar argentina", [en línea] http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica10.pdf. En este trabajo, para evaluar la correlación entre los préstamos bancarios otorgados al país y la actividad criminal de la dictadura, se analiza el desempeño macroeconómico del país en aquella época, junto a la evolución del gasto militar. De este modo, los autores procuran entender si los créditos bancarios otorgados pudieron haber hecho posible, facilitado o mejorado la eficiencia en la comisión de los crímenes.

(19) BASUALDO, *op. cit.*, p. 57.

(20) JFED. CRIM. Y CORRECC. N° 2, CAPITAL FEDERAL, "Olmos, Alejandro S/dcia", 13/07/2000.

ilegalidad del endeudamiento externo se halla judicialmente acreditada mediante la sentencia dictada en la referida causa “Olmos”. Incluso, a pesar de que los delitos atribuidos a los imputados en dichas actuaciones fueron de índole estrictamente patrimonial y no se los trataron como crímenes internacionales. No debería pasarse por alto, al respecto, el criterio amplio que la jurisprudencia nacional ha adoptado en cuanto a los alcances de la categoría de los crímenes de lesa humanidad; o los fallos que adoptan la doctrina de delitos conexos; o —en la misma línea de pensamiento— la figura de la asociación ilícita, considerada crimen de lesa humanidad por la Corte Suprema en el fallo “Arancibia Clavel”.⁽²¹⁾

3.2. Segunda categoría: delitos de orden económico de mediana o gran envergadura

Este segundo estamento apunta a los delitos patrimoniales de mediana o gran envergadura, cometidos por los perpetradores del golpe —y sus brazos armados—, cuyo propósito es el enriquecimiento ilícito de determinados grupos, empresas o personas. Si bien existe una multiplicidad de modos de comisión, con características e implicancias particulares, todos ellos se ven atravesados de modo genérico por la finalidad descrita precedentemente. En este sentido, reseñaremos tres casos que por su trascendencia consideramos testigos del conjunto.

3.2.1. Causa 217, caratulada “Secretaría de Derechos Humanos de la Nación s/ presentación”⁽²²⁾ (sobre los hechos de la compañía Papel Prensa)

En estas actuaciones se investiga la presunta comisión de delitos de lesa humanidad durante el traspaso accionario de la compañía Papel Prensa SA —fundada en el año 1971—; empresa dedicada a la producción de papel para periódicos, única en la Argentina.

Al momento de los hechos, la empresa pertenecía al Grupo Graiver, un conjunto económico con inversiones en distintos rubros y propietarios de diversas empresas —bancos, editoriales e inmobiliarias—. A partir del año 1973 comenzó a adquirir el paquete accionario de Papel Prensa y para agosto de 1976, el Grupo Graiver ya era el accionista mayoritario de la empresa.

.....

(21) CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa n° 259—.”, 24/08/2004.

(22) JNAC. CRIM. Y CORRECC. FED. N° 3, LA PLATA, causa 217, “Secretaría de Derechos Humanos de la Nación s/ presentación”.

La Unidad Fiscal de Asistencia para causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante la etapa de terrorismo de Estado en la jurisdicción de la ciudad de La Plata intervino en la primera etapa de la investigación, el 8 de agosto de 1976. *Prima facie* acreditó que David Graiver —referente del grupo— falleció en un confuso accidente aéreo durante un viaje en México. A partir de allí, comenzaron a sucederse una serie de amenazas y presiones, tanto hacia la esposa del fallecido Graiver —Lidia Papaleo— como hacia otros miembros de la familia y empleados del Grupo. Asimismo, se llevó a cabo una campaña mediática que a vinculaba la actividad del Grupo Graiver con la organización armada Montoneros —declarada ilegal—, cuyos miembros eran objeto de persecución, torturas y desaparición por parte del gobierno. A ello se sumaban presiones directas por parte del gobierno de facto. En ese sentido, según declaraciones de Papaleo, integrantes de la junta le hicieron saber a través de interpósita persona, que Papel Prensa SA sólo podía vender a personas de nacionalidad argentina y que no pertenecieran a la colectividad judía.

Otras empresas del Grupo fueron intervenidas por el Estado. También fueron “advertidos” en cuanto a que el gobierno no aprobaría el traspaso accionario de Papel Prensa al Grupo Graiver —hecho que debía producirse en una asamblea planificada para el mes de noviembre de 1976—. En esas circunstancias, el 2 de noviembre de 1976 se produjo el traspaso accionario de Papel Prensa SA del Grupo Graiver a la compañía FAPEL S.A., integrada por S.A. La Nación, Arte Gráfico Editorial Argentino (AGEA) y S.A. La Razón EE-FIC y A. Según declaraciones testimoniales de quienes suscribieron la venta de la empresa, no tuvieron oportunidad de leer lo que estaban firmando y nunca supieron el monto de la oferta que estaban aceptando.

Finalmente, recordemos que, después de los hechos relatados, los integrantes de la familia Graiver, y aquellos con quienes tenían alguna vinculación, fueron secuestrados por fuerzas militares y de seguridad y llevados a los distintos Centros Clandestinos de Detención que funcionaban en la provincia de Buenos Aires.⁽²³⁾

.....

(23) Juan Graiver fue secuestrado el 8 de marzo de 1977. El 14, Lidia Papaleo, Silvia Fanjul y Lidia Gesualdi —secretarías del grupo— fueron secuestradas, también. El 17 de marzo, Isidoro Graiver fue ilegítimamente detenido; al igual que su madre, Eva Gitnacht, el 22 de abril de 1977. El 15 de marzo de 1977 fue secuestrado el abogado Jorge Rubinstein —segundo de David Graiver en el Grupo—; muerto el 4 de abril de 1977, luego de ser torturado. Tuvieron el mismo destino Rafael Ianover; Orlando Reinoso —12 de abril de 1977—; el periodista Jacobo Timerman, socio de Graiver en el diario *La Opinión* —15 de abril de 1977—; Edgardo Sajón, ex

Por todo ello, la Fiscalía concluyó que:

...el conjunto de maniobras cuya autoría se atribuye a integrantes del entonces gobierno de facto en presunta colusión con los propietarios y/o representantes de las empresas denunciadas en autos, podrían haber sido parte del conjunto de acciones persecutorias desplegadas desde el Estado contra grupos o colectivos definidos por los perpetradores, basados en motivos políticos, económicos y religiosos [y que] en tal sentido la adquisición presuntamente extorsiva de las acciones de Papel Prensa podría ser calificada como delito de lesa humanidad, en el contexto de un ataque generalizado y sistemático sufrido por la población civil argentina entre los años 1976 y 1983.

Asimismo, sostuvo que, basándose en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Arancibia Clavel*, es posible admitir la figura de asociación ilícita para la comisión de delitos de lesa humanidad como crimen de derecho internacional.⁽²⁴⁾

3.2.2. *Causa 1376/04 "N.N. s/ Apropiación de bienes"*⁽²⁵⁾
y 7694/99 "Astiz, Alfredo y otros s/ Delito de acción pública"⁽²⁶⁾
(causa "Bienes" y causa "Chacras de Coria", respectivamente)

Durante el período en el que la dictadura cívico-militar ocupó el poder, funcionó en el Casino de Oficiales de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA) un centro clandestino de detención (en adelante, CCD) que se

Secretario de Prensa de la dictadura de Lanusse y directivo de *La Opinión* —1° de abril de 1977 y desaparecido desde entonces—; Osvaldo Papaleo, hermano de Lidia, quien había estado detenido hasta noviembre de 1976 por haber sido funcionario del gobierno de María Estela Martínez de Perón—15 de abril de 1977—; Martín Aberg Cobo, un abogado que había participado en la negociación que terminó en la compra del Banco Comercial de La Plata —últimos días de marzo de 1977—; Gustavo Caraballo, hombre vinculado a José Ber Gelbard —1° de abril de 1977—; Dante Marra y Julio Daich, ambos cambistas vinculados, por esa razón, con el Grupo —12 de marzo de 1977—; y Enrique Brodsky, suegro de Isidoro, y Lidia Brodsky, hija de Enrique y esposa de Isidoro Graiver. Parte de los hechos ocurridos en los CCD que conformaron el "Circuito Camps", fueron objeto de juzgamiento en los autos caratulados "Tarela, Eros Amílcar y otros s/ inf. Arts. 142, inc. 1° y 5°; 144 bis inc. 1° y 144 ter 1° y 2° párrafo del CP (según ley 16.616)" del registro interno del Trib. Oral Crim. Fed. N° 1, La Plata.

(24) CSJN, "Arancibia Clavel, ..." , cit.

(25) JNAC. CRIM. Y CORRECC. FED. N° 12, CAPITAL FEDERAL, causa N°1376/04, "N.N. y Acosta Jorge Eduardo s/ Apropiación de Bienes".

(26) JNAC. CRIM. Y CORRECC. FED. N° 12, CAPITAL FEDERAL, causa N°7694/99 "Astiz, Alfredo y otros s/ Delito de acción pública".

encargó tanto del secuestro y la tortura, como del exterminio y desaparición de las víctimas (5000, aproximadamente).⁽²⁷⁾

Según los testimonios recolectados a lo largo de los años y las probanzas judiciales producidas en los diversos juicios orales en los que se juzgaron estos hechos, una de las particularidades que tuvo este CCD fue la de mantener a un determinado grupo de detenidos como trabajadores esclavos. Las tareas asignadas variaban desde refacciones materiales del centro y confección de fichas de detenidos, hasta la elaboración de resúmenes periodísticos y redacción de informes políticos. Estas últimas tenían el objetivo de asesorar a los colaboradores de Eduardo Emilio Massera, quien, luego de dejar la junta militar en el año 1978, se propuso el plan político que lo llevó a la presidencia. El financiamiento de ese proyecto estaba directamente vinculado con el CCD.

Para obtener los fondos, despojaban a las víctimas secuestradas de sus bienes, tanto muebles como —y principalmente— inmuebles. Este sistema, conocido posteriormente como la "inmobiliaria", se convirtió en la metodología a través de la cual lograban hacer el traspaso formal de las propiedades sustraídas.

Los hechos mencionados fueron investigados en distintas causas. En la causa conocida como "Chacras de Coria" se investigó el secuestro, torturas, desaparición y posterior apropiación de los bienes de un grupo de personas propietarias de diversos inmuebles y muebles registrables.

Según la acusación fiscal:

...todos los imputados en autos formaron parte de una organización que actuaba de manera sistemática, coordinada y permanente destinada a cometer diversos delitos, tales como la apropiación de los bienes de las personas previamente secuestradas y detenidas clandestinamente en la ESMA o de sus familiares; la confección o el uso de documentación falsa para concretar los desapoderamientos; la participación de los miembros del grupo en actos de traslación del dominio de bienes bajo falsas identidades; (...) la participación de sus integrantes en los actos de saqueo de las viviendas de los secuestrados y/o en el apoderamiento de los bienes obtenidos por este medio; el montaje y administración

.....

(27) TRIB. ORAL CRIM. FED. N° 5, CAPITAL FEDERAL, causa 1270, "Donda, Adolfo Miguel s/ infracción al art. 144ter, párrafo 1° del Código Penal -ley 14.616-", sentencia del 28/12/2011.

de inmobiliarias destinadas a brindar apariencia de legalidad a los negocios ilícitos del grupo y a vender las propiedades obtenidas mediante el desapoderamiento de sus titulares a favor de terceras personas y la connivencia con inmobiliarias y escribanías para perfeccionar los delitos cometidos por el grupo.⁽²⁸⁾

En igual sentido, en la causa conocida como "Bienes", se investigó

...el desapoderamiento de bienes sufrido por algunas personas que permanecieron clandestinamente detenidas en la Escuela de Mecánica de la Armada, durante el período de gobierno de facto comprendido entre 1976 y 1983, a quienes conforme a la prueba colectada, se las obligaba a suscribir documentos en blanco y/o poderes a efectos despojarlas de sus pertenencias.⁽²⁹⁾

Así es que, en el requerimiento de elevación a juicio de fecha 27/04/2009, se acusó a los imputados por los delitos de extorsión, robo, asociación ilícita y falsedad ideológica, en la inteligencia de que:

...no puede soslayarse el carácter que imprime a estos delitos la categoría de lesa humanidad, atento a que se trata de maniobras delictivas que formaron parte de una secuencia y de una metodología sistemática diagramada por el Estado con finalidad persecutoria y no de simples e independientes hechos violatorios de la propiedad. Es en este aspecto en que resulta indudable que nos encontramos frente a crímenes de lesa humanidad y, en consecuencia, imprescriptibles.⁽³⁰⁾

3.2.3. "Ledesma", causa 296/09, caratulada

"Fiscal Federal N° 1 - Solicita Acumulación (Aredez, Luis Ramón y otros)"⁽³¹⁾

La causa "Ledesma" tuvo como objetivo esclarecer la presunta participación de directivos de la empresa Ingenio Ledesma SAAI en el secuestro

.....

(28) JNAC. CRIM. Y CORRECC. FED. N° 12, CAPITAL FEDERAL, causa N°7694/99, cit. Requerimiento de elevación a juicio de fecha 28/12/2009.

(29) JNAC. CRIM. Y CORRECC. FED. N° 12, CAPITAL FEDERAL, causa N°1376/04, cit. Auto de elevación a juicio de fecha 19 de septiembre de 2007.

(30) JNAC. CRIM. Y CORRECC. FED. N° 12, CAPITAL FEDERAL, causa N°1376/04, cit. Requerimiento de elevación a juicio de fecha 27/04/2009.

(31) JFED. N° 2, JUJUY, Expte. N° 047/12, "Fiscal Federal N° 1 solicita acumulación (AREDEZ, Luis Ramón y otros)".

y traslado de víctimas por parte de las fuerzas armadas y de seguridad durante la noche del 24 de marzo de 1976 en la ciudad de Libertador General San Martín, Provincia de Jujuy.

Durante esa noche, varias personas fueron secuestradas de sus domicilios y posteriormente trasladadas a distintos CCD mediante el uso de la fuerza y sin las prescripciones de ley.

Conforme quedó acreditado en el auto de confirmación del procesamiento de los imputados, la empresa habría colaborado en los secuestros mediante el aporte de vehículos en los cuales se movilizaron los perpetradores y trasladaron a las víctimas.

La Cámara Federal de Salta consideró probado que Carlos Pedro Tadeo Blaquier y Alberto Enrique Lemos —presidente del directorio y administrador general de la empresa, respectivamente—, al momento de los hechos, tenían pleno conocimiento y la voluntad de aportar al secuestro y traslado de las víctimas, quienes anteriormente habían sido empleados de la empresa y, debido a su actividad política, laboral y sindical, podrían haber sido considerados como personas “peligrosas” o “subversivas”.

En ese sentido sostuvo que:

Colaborar con el préstamo de vehículos en el desenvolvimiento de un Golpe de Estado para privar de la libertad a personas en forma ilegal y violenta permite inferir *prima facie* el dolo de participar en tales actos, los cuales debían considerarse *ex ante* como acciones manifiestamente contrarias a la ley, lo que demostraría *prima facie* la conciencia de la ilicitud del préstamo. En el caso concreto de la empresa Ledesma existe el antecedente de haber sido denunciada por préstamo de vehículos a la policía para el traslado de gremialistas detenidos, lo que surge de los panfletos impresos para la huelga de marzo de 1975, según consta en el expte. 290/75 y constituye un antecedente a tener en cuenta por concordar con la conducta asumida con posterioridad.⁽³²⁾

La eliminación de la oposición gremial dentro de las empresas, así como la supresión de derechos laborales, se traduce, en definitiva, en una mayor rentabilidad para las compañías.

.....
(32) *Ibid.*

3.3. Tercera categoría de análisis: *delitos patrimoniales cometidos como actos de rapiña*

Bajo esta última categoría, agrupamos un conjunto de delitos cometidos por los integrantes de los grupos de tareas encargados de los secuestros en los domicilios de las víctimas y durante, o inmediatamente después de, los operativos.

A pesar de no contar con estadísticas o estudios que determinen en forma precisa la cantidad de conductas de este tipo, los testimonios de las víctimas en los juicios revelaron que, en un amplio porcentaje de los casos, se procedió de igual modo.

Dicho *modus operandi* consistía, básicamente, en apoderarse de los bienes muebles de las víctimas. Ello se llevaba a cabo durante el operativo de secuestro u horas después. En los casos en que los bienes se sustraían durante la privación de la libertad, generalmente se requiría la casa y se sustraían los bienes, desde algunas vituallas hasta el mobiliario de la casa.

Por otra parte, en los casos en que el apoderamiento se producía con posterioridad al secuestro, se cercaba la zona donde se había llevado a cabo el operativo y, en un lapso que generalmente no superaba las 24 horas, concurría otro grupo con el transporte necesario para sustraer todos los bienes del domicilio.

El relato de este tipo de procedimientos es descripto sistemáticamente por las víctimas y sus vecinos.

Al respecto, teniendo en cuenta los precedentes de los Tribunales de Nüremberg —en particular, los del Tribunal Militar de Francia— y los criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia acerca de los alcances de la categoría de los crímenes de lesa humanidad, puede pensarse válidamente en incluir este tipo de hechos como delitos del derecho internacional.⁽³³⁾⁽³⁴⁾

.....

(33) PELLEGRINI, LISANDRO, "El nexó entre los actos ilícitos y el ataque en los crímenes contra la humanidad. Comentario al fallo 'Sorairé, Andrés del Valle' de la CSJN", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sumarios y análisis de fallos*, t. 9, Bs. As., Hammurabi, 2010

(34) Para mayor información respecto a la categoría de delitos conexos con crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia local, CFED. CAS. PENAL, Sala I, "Guil, Joaquín y Zanetto, Jorge Héctor y otros s/ Recurso de casación", 08/09/2011.

4. Corolario

A largo del trabajo hemos intentado exhibir el desarrollo que tiene en nuestro país el juzgamiento de los delitos económicos y/o patrimoniales como crímenes de lesa humanidad.

El grupo de fallos reseñado es muestra de que —con mayor o menor éxito— se está llevando adelante diversos intentos de investigación, y su consecuente persecución, de la criminalidad económica perpetrada por la última dictadura cívico-militar. La visibilización de este tipo de delitos a través del accionar judicial es valiosa en términos de reparación y de memoria colectiva sobre el terrorismo de Estado.

Como sucede con otros delitos perpetrados en contextos de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, este proceso de visibilización —como todos— sufre avances y retrocesos, y los progresos son siempre paulatinos. En este sentido, pareciera válido referir como ejemplo a la persecución criminal de los delitos de violencia sexual cometidos, también, durante el terrorismo de Estado. Éstos, a pesar de los relatos de las víctimas y testigos durante las audiencias, fueron invisibilizados en una primera etapa; sin embargo, a medida que las distintas prácticas de los perpetradores fueron puestas al descubierto, fue posible empezar a avanzar en ese sentido. Años de lucha por parte de las víctimas y avances en la elaboración de política criminal han culminado en la elaboración de protocolos de actuación para ese tipo de delitos.⁽³⁵⁾

Ahora bien, sin perjuicio de los obstáculos probatorios y de otra índole, que afectan a la persecución penal de los delitos económicos y patrimoniales; parece adecuado profundizar en los fallos aludidos procurando, por ejemplo, la elaboración de pautas que contribuyan a la actuación de los operadores judiciales en este tipo de investigaciones.



.....

(35) AUAT, J.; PARENTI, P., "Procuración General de la Nación, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado (2011). Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado", [en línea] http://www.mpf.gov.ar/docs/RepositorioW/DocumentosWeb/LinksNoticias/Delitos_sexuales_terrorismo_de_Estado.pdf; y ZAVALA GUILLÉN, ANA LAURA, "Argentinian Transitional Justice Process: Women Behind", [en línea] <http://www.bradford.ac.uk/ssis/peace-conflict-and-development/latest-issue/Iss-20-Art-13-Final.pdf>

Comentario al caso *Perišić* del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

JULIA A. CERDEIRO,⁽¹⁾ ANDREA M. SEMBER⁽²⁾
y JUSTINA URIBURU⁽³⁾



1. Introducción

En el presente trabajo analizaremos un aspecto del caso *Perišić*⁽⁴⁾ resuelto por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en adelante, TPIY), en el que se absolvió al acusado en virtud de que su conducta no había estado específicamente dirigida a contribuir a los crímenes principales. Por lo tanto, conforme el criterio de la Sala, él no podía responder penalmente como partícipe. En primer lugar, haremos una reseña del fallo. En segundo lugar, evaluaremos si el

.....

(1) Abogada (UBA). Desde el año 2007 se desempeña en la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad de la Procuración General de la Nación.

(2) Abogada (UBA). Se desempeñó en la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad de la Procuración General de la Nación desde el año 2008 hasta el mes de marzo de 2014.

(3) Abogada (Universidad Torcuato Di Tella). Actualmente se desempeña en la Secretaría de Asuntos Judiciales ante la CSJN de la Procuración General de la Nación.

(4) TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, caso n° IT-04-81-T, Sentencia del 28 de febrero de 2013.

elemento de **dirección específica** tiene origen en el derecho internacional consuetudinario, la jurisprudencia internacional o la doctrina. En tercer lugar, estudiaremos qué significa el elemento dirección específica según como fue desarrollado en la sentencia, para luego determinar si su exigencia es correcta. Por último, expondremos algunas conclusiones.

2. Los hechos del caso

Los hechos sucedieron entre agosto de 1993 y noviembre de 1995 en el territorio de Bosnia y Herzegovina y la República de Croacia. En ese entonces, Momčilo Perišić ocupaba el cargo de Jefe del Estado Mayor del **Ejército de Yugoslavia** (en adelante, VJ). Durante ese período, proveyó de recursos militares y logísticos al **Ejército de la República Srpska** (en adelante, VRS), que fue responsable de la comisión de crímenes internacionales en las ciudades bosnias de Sarajevo y Srebrenica. Asimismo, miembros del VJ fueron destinados al **Ejército Serbio de Krajina** (en adelante, SVK), que fue responsable del bombardeo en la ciudad croata de Zagreb.

En este marco, Perišić fue acusado de: (1) participar en los crímenes internacionales cometidos por el VRS en Sarajevo y Srebrenica y (2) por los crímenes cometidos en Zagreb, en función de su responsabilidad como superior. El 6 de septiembre de 2011 fue condenado por la Sala de Juicio n° 1. La defensa recurrió la sentencia y el 28 de febrero de 2013 la Sala de Apelaciones resolvió hacer lugar a la apelación, revocar la condena y absolver a Perišić. A continuación desarrollaremos los puntos relevantes de la decisión.

En relación con la responsabilidad de Perišić como partícipe de los crímenes internacionales cometidos por el VRS, la Sala de Juicio —conforme surge de la decisión de la Sala de Apelaciones— había considerado las siguientes circunstancias: (i) el plan implementado por el VRS en Sarajevo y Srebrenica había comprendido la comisión de crímenes de modo sistemático contra la población civil; (ii) la provisión de armas, municiones, combustible, entre otras, por parte del VJ al VRS; y (iii) haber puesto a disposición del VRS personal perteneciente al VJ. En este marco, la Sala de Juicio probó el *actus reus* de la participación de Perišić en virtud de que el aporte del VJ había tenido un **efecto sustancial** en los crímenes perpetrados por el VRS. Según el análisis de la Sala de Juicio, el efecto sustancial del aporte era suficiente para sostener la responsabilidad por participación. Así, descartó que la **dirección específica** del aporte al delito fuese un elemento de este tipo de responsabilidad.

Por el contrario, la Sala de Apelaciones consideró a la dirección específica como un elemento del *actus reus* de la participación. Para sostener esta posición, analizó la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc*.

El primer antecedente al que se refirió fue el caso *Tadić* en el que había establecido que la dirección específica era un elemento del *actus reus*. Esto implicaba que el aporte debía estar **específicamente** —y no, por el contrario, **de algún modo**— dirigido a la comisión de un determinado crimen. Es decir, se exigía una relación estrecha entre los actos del partícipe y hecho principal. La Sala de Apelaciones sostuvo que, desde entonces, no se habían encontrado buenas razones para apartarse de la exigencia de este requisito.

En relación con los casos posteriores, la Sala distinguió entre los que: (a) hacían referencia al elemento dirección específica, (b) utilizaban una fórmula equivalente, (c) no hacían mención al elemento porque no contenían un análisis completo de los elementos de la participación y (d) contenían el elemento de modo implícito. En estos últimos casos, la proximidad temporal o geográfica del agente implicaba la verificación de este requisito. Así, de un modo u otro, la jurisprudencia siempre había exigido este requisito.

En este caso, el aporte de Perišić había sido remoto: el VRS era independiente del VJ.⁽⁵⁾ Ambos ejércitos estaban situados en regiones geográficas distintas y el acusado no había estado cerca del lugar de los hechos.

Además, la autoridad última sobre las políticas de defensa y las prioridades operativas del VJ estaba en manos del Consejo Supremo de Defensa de la República Federal de Yugoslavia (Consejo Supremo de Defensa). La decisión del VJ de proveer asistencia al VRS había sido adoptada por el Consejo Supremo de Defensa, antes que Perišić sea nombrado Jefe del Estado Mayor. Una vez nombrado, Perišić participaba activamente de las reuniones del Consejo Supremo de Defensa, que le había delegado facultades para administrar la asistencia al VRS.

La Sala de Apelaciones recalcó que el hecho de que el Consejo Supremo de Defensa fuese el último responsable de la adopción de la política de asistencia al VRS, en principio, no eximía a Perišić de responsabilidad. Él podría ser responsabilizado si la política implementada hubiese incluido la

(5) Para sostener este punto, la Sala de Apelaciones destacó que: (i) no se había probado que el VRS estuviese subordinado al VJ; (ii) no se había probado que Perišić tuviese control efectivo sobre el personal del VJ que se encontraba afectado al VRS; y que (iii) Ratko Mladić —uno de los comandantes del VRS— se había negado a aceptar los planes de paz propuestos por el VJ y por los líderes de la República Federal de Yugoslavia.

prestación de asistencia específicamente vinculada a los crímenes cometidos por el VRS o si él mismo la hubiese implementado de modo de dirigir específicamente la asistencia a los crímenes o actuando por fuera de los límites autorizados por el Consejo Supremo de Defensa.

El VRS era una organización cuyas acciones no eran ilícitas por sí mismas. Por el contrario, se trataba de un ejército que estaba peleando una guerra. Por ello la política de proveer asistencia a la guerra llevada adelante no necesariamente mostraba que la asistencia estuviese específicamente dirigida a la comisión de crímenes en Sarajevo y en Srebrenica.

La Sala de Juicio además había condenado a Perišić, en función de su responsabilidad como superior, por no haber castigado a los soldados del VJ —responsables por los crímenes cometidos en la ciudad de Zagreb—. Algunos de los miembros del VJ habían sido destinados al **Ejército Serbio de Krajina** (en adelante, SVK) para desempeñarse en una unidad administrativa del VJ llamada **40° PC**, que era la entidad que les proveía salarios, hospedaje y beneficios educacionales y médicos a los soldados durante su asignación. A su vez, el SVK obedecía a dos comandos. Uno de ellos, a cargo de Perišić en su calidad de jefe del VJ. En este punto, la condena también fue recurrida por el acusado.

Al analizar lo resuelto en la instancia anterior, la Sala de Apelaciones recordó que —conforme al art. 7(3) del Estatuto— una persona debía responder por los delitos de los subordinados cuando se probase: (i) la existencia de una relación de superior-subordinado, (ii) que el superior sabía (o tenía razones para saber) que el subordinado se disponía a cometer un acto criminal o que ya lo había hecho y (iii) que el superior no había tomado las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido o —una vez cometido— para castigar a los autores.

Asimismo, agregó que solo se podía responsabilizar a un superior por los actos de sus subordinados cuando este poseyese **control efectivo** sobre ellos. La acreditación del control efectivo dependía de que el acusado tuviese el poder de prevenir actos de sus subordinados y de castigarlos.

En este marco, la cuestión relevante consistía en determinar si Perišić había ejercido control efectivo sobre los soldados del VJ afectados a la unidad 40° PC al momento del bombardeo de Zagreb. La Sala de Apelaciones abordó esta cuestión preguntándose: (i) las instrucciones de Perišić de que Zagreb no sea bombardeada; (ii) si Perišić podía emitir órdenes a los soldados miembros del 40° PC; (iii) si Perišić podía ejercer facultades

disciplinarias sobre los soldados del VJ afectados al 40° PC; y, por último, (iv) por otros indicios sobre la capacidad de Perišić de controlar a los soldados del VJ miembros del 40° PC.

En respuesta a estas cuestiones, la Sala de Apelaciones afirmó en relación con (i) que Perišić le había ordenado a Celeketić —Jefe el Estado Mayor del SVK— no bombardear Zagreb. No obstante, Celeketić decidió hacerlo, siguiendo lo indicado por Martić —Presidente del RSK y Comandante Supremo del SVK—. Asimismo, de conversaciones telefónicas interceptadas, surgía que ni Perišić ni Milošević estaban convencidos de que Celeketić estuviese bajo las órdenes del primero. La imposibilidad de Perišić de controlar a Celeketić y su conocimiento de ello reflejaban la falta de control efectivo sobre los autores del bombardeo. En cuanto a (ii), la prueba producida durante el juicio indicaba que Perišić no podía dar órdenes a los soldados. En relación con la pregunta (iii), si bien la Sala tomó en cuenta que Perišić había estado involucrado en procedimientos disciplinarios posteriores al bombardeo de Zagreb, remarcó que —conforme al art. 7(3) del Estatuto— un acusado no podía ser responsabilizado por no castigar crímenes cometidos por un subordinado cuando estos hubiesen tenido lugar antes que el acusado hubiese asumido el comando sobre él. Finalmente, sobre el punto (iv) la Sala reconoció que Perišić tenía algún tipo de control sobre los ascensos y las desvinculaciones de soldados del VJ que cumplían funciones en el SVK y que estaba involucrado en las operaciones del SVK, a través de la ayuda prestada por el VJ.

En conclusión, la Sala sostuvo que, pese a que el acusado podía tener cierta influencia, él **no había tenido control efectivo** sobre los soldados del VJ que prestaban funciones en el SVK al momento del bombardeo de Zagreb. En consecuencia, también revocó la condena de Perišić en relación con estos hechos.

3. El requisito de dirección específica en el derecho internacional consuetudinario, la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* y la doctrina

El TPIY funciona de acuerdo a las disposiciones establecidas en su Estatuto.⁽⁶⁾ En líneas generales, el Estatuto le otorga competencia al Tribunal sobre una serie de delitos enumerados de modo taxativo —siempre que

(6) Aprobado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 1993 mediante la resolución 827, dictada en conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU, [en línea] <http://www.un.org/es/sc/documents/resolutions/1993.shtml>, consultado el 25/12/2013.

han tenido lugar con posterioridad a 1991. Además define los modos en los que ellos le pueden ser atribuidos a una persona en particular. Tanto los delitos como los modos de atribución de responsabilidad penal han sido plasmados en el Estatuto en términos muy amplios. Un ejemplo en el caso de los modos de atribución es el que determina la responsabilidad para quien "haya planeado, instigado u ordenado la comisión de algunos de los crímenes (...) o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo...", (art. 7(1)). La vaguedad de las disposiciones del Estatuto implica que su contenido específico debe determinarse con arreglo a la costumbre internacional⁽⁷⁾. En la práctica, el TPIY ha establecido que las disposiciones también recogen el derecho internacional consuetudinario.⁽⁸⁾

En este marco se sugiere que el elemento **dirección específica** no tiene fundamento en el derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, se argumenta que dicho elemento no sería exigible en el ámbito de la responsabilidad por participación.⁽⁹⁾

Las normas consuetudinarias son el resultado de la combinación de dos elementos. Por un lado, una práctica establecida, generalizada y consistente por parte de los Estados. Y por el otro, el elemento psicológico *opinio juris sive necessitatis*.⁽¹⁰⁾ En principio, parecería que el elemento dirección específica no tiene sustento en la práctica estatal. Estudios sobre derecho penal comparado afirman que distintos sistemas jurídicos internos no contienen este elemento o uno semejante.⁽¹¹⁾ Dicho elemento —como veremos específicamente más adelante— tampoco figura en la doctrina de derecho penal internacional, ni siquiera en aquellos trabajos que se concentran en el modo de atribución de responsabilidad de la participación.⁽¹²⁾

.....

(7) POCAR, FAUSTO, "El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia", Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, [en línea] http://legal.un.org/avl/pdf/ha/icty/icty_s.pdf, consultado el 25/12/2013.

(8) POCAR, cit.

(9) STEWART, JAMES G., "Specific Direction is Unprecedented: Results from Two Empirical Studies", [en línea] <http://www.ejiltalk.org/specific-direction-is-unprecedented-results-from-two-empirical-studies/>, consultado el 25/12/2013.

(10) EVANS, MALCOLM (ed.), *International Law*, 3ª ed., Oxford, OUP, 2010, p. 102.

(11) STEWART, JAMES G., "Specific Direction...", cit.

(12) *Ibid.*

Asimismo, tampoco es un requisito que haya sido exigido por la jurisprudencia internacional en reiteradas oportunidades. Si bien es cierto que en el caso *Tadić* el TPIY sostuvo que "... el partícipe lleva a cabo actos específicamente dirigidos a auxiliar, instigar o prestar apoyo moral a la comisión de un crimen determinado..."⁽¹³⁾ la jurisprudencia internacional no le ha atribuido el significado que la Sala de Apelaciones le dio en "Perišić", ya que en ningún caso en el que la responsabilidad por participación estuviese en juego, se lo ha tratado como un elemento a probar.⁽¹⁴⁾

Por el contrario, hay varios casos en los que el TPIY explica que el *actus reus* de la complicidad e instigación consiste en la determinación de que el aporte haya tenido un **efecto sustancial** en la comisión de crimen. En este sentido se pueden mencionar numerosos antecedentes.

En el caso *Aleksovski*, por ejemplo, la Sala de Juicio no mencionó al elemento y afirmó que el tipo objetivo de la participación solo requería la comprobación del efecto sustancial del aporte en el crimen. Para arribar a esta conclusión el Tribunal se basó en la costumbre internacional.⁽¹⁵⁾ De igual modo se pronunció la Sala de Apelaciones en el caso *Blaškić*:

... la Sala (...) reitera que uno de los requisitos del elemento objetivo de la complicidad es que el apoyo del cómplice haya tenido un efecto sustancial sobre la comisión del crimen. (...) También coincide con que el elemento objetivo de la complicidad en un crimen puede darse antes, durante o después de que se ha cometido el crimen principal, y que el lugar en el que ocurre el elemento objetivo puede estar alejado del lugar donde se comete el crimen principal.⁽¹⁶⁾

.....

(13) TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Tadić*, cit., párrs. 282/305.

(14) STEWART, JAMES G., "The ICTY Loses its Way on Complicity: Part 1", [en línea] <http://opiniojuris.org/2013/04/03/guest-post-the-icty-loses-its-way-on-complicity-part-1/>, consultado el 25/12/2013.

(15) TPIY, Sala de Juicio, *Prosecutor v. Aleksovski*, caso n° IT-95-14/1-T, sentencia del 25 de junio de 1999, párrs. 58/65.

(16) TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Blaškić*, caso n° IT-95-14-A, sentencia del 29 de julio de 2004, párr. 48. Véase en la misma Sala: *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, sentencia del 02 de agosto de 2001, párr. 601; *Prosecutor v. Aleksovski*, caso n° IT-95-14/1-A, sentencia del 24 de marzo de 2000, párr. 162. Ver también: TPIY, Sala de Juicio, *Prosecutor v. Furundžija*, caso n° IT-95-17/1-T, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr. 249; *Prosecutor v. Kunarac*, caso n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, sentencia del 22 de febrero de 2001, párr. 39; *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, sentencia del 15 de marzo de 2002, párr. 88.

En el caso *Limaj* la Sala de Juicio sostuvo:

[el] tipo objetivo de la complicidad requiere que el apoyo, aliento o asistencia del cómplice haya tenido un efecto sustancial en la comisión del crimen. No se requiere una relación causal entre la conducta del cómplice y la comisión del crimen, ni la prueba de que esa conducta fue condición precedente para la comisión del crimen.⁽¹⁷⁾

En esta misma línea se destacan los casos *Simić*,⁽¹⁸⁾ *Orić*,⁽¹⁹⁾ *Delalić et al.*,⁽²⁰⁾ entre otros. La necesidad de verificar el efecto sustancial del aporte del partícipe puede hallarse también en un precedente del Tribunal para el genocidio camboyano, que nada dice sobre el elemento dirección específica.⁽²¹⁾

Por otra parte, hay casos del TPIY en los que expresamente se afirma que el elemento dirección específica no es esencial del *actus reus* de la instigación y la complicidad. En el caso *Blagojević*, la Sala de Apelaciones sostuvo que el elemento dirección específica no siempre fue considerado un elemento del *actus reus*. Ello se podía explicar porque ese elemento se presentaba de modo implícito en el hecho de que el acusado había provisto de asistencia al autor principal y ese aporte había tenido un efecto sustancial en la comisión del crimen.⁽²²⁾ Más recientemente, la Sala de Apelaciones entendió en el caso *Lukić y Lukić* que, a la luz de esta última jurisprudencia y del modo en que el elemento había sido tratado en casos anteriores, no

.....

(17) TPIY, Sala de Juicio, *Prosecutor v. Limaj*, caso n° IT-03-66-T, sentencia del 30 de mayo de 2005, párr. 517.

(18) TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Blagoje Simić*, caso n° IT-02-60-A, sentencia del 28 de noviembre de 2006, párr. 85.

(19) TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Orić*, caso n° IT-03-68-A, sentencia del 03 de julio de 2008, párr. 43.

(20) TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Delalic et al.*, caso n° IT-96-21-A, sentencia del 20 de febrero de 2001, párr. 352.

(21) CÁMARA EXTRAORDINARIA EN LAS CORTES DE CAMBOYA (CECC), Sala de Juicio, *Kaing Guek Eav alias Duch*, sentencia del 26 de julio de 2010, párrs. 532/535.

(22) TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, caso n° IT-02-60-A, sentencia del 09 de mayo de 2007, párr. 189. En igual sentido: TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Mrksić & Sijivancānin*, caso n° IT-95-13/1-A, sentencia del 05 de mayo de 2009, párr. 159.

había motivo alguno para apartarse de ese criterio, es decir, de aquel que sostiene que el elemento no es esencial del *actus reus*.⁽²³⁾

Hace pocos meses, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, TESL) revisó el fallo condenatorio del ex presidente de Liberia, Charles Taylor, y se refirió a esta misma cuestión.⁽²⁴⁾ En esta oportunidad, la Cámara sostuvo que el *actus reus* de la participación no exigía el elemento de la dirección específica.⁽²⁵⁾

En primer lugar, la Cámara recordó que, si bien al decidir, tomaba en cuenta las sentencias de los restantes tribunales internacionales, estas —evidentemente— no vinculaban al Tribunal.

En segundo lugar, señaló que no había nada en el Estatuto del TESL que indicase que dirección específica fuese un elemento de la responsabilidad por participación. Este elemento tampoco surgía de la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, ni del Proyecto de Código de Crímenes de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, ni de la práctica estatal.

De este modo concluyó que el *actus reus* de responsabilidad por participación solamente exigía que los actos del agente tengan un efecto sustancial en la comisión del crimen. Por último, sostuvo que la decisión de la Cámara de Apelaciones en *Perišić* no se había basado en el derecho consuetudinario, sino en la jurisprudencia del TPIY. Sobre este punto, también expuso sus dudas respecto del análisis realizado en *Perišić* ya que recordó fallos del TPIY en los que explícitamente se había dicho que el elemento de dirección específica no era exigible con arreglo al derecho consuetudinario internacional.

El desarrollo en la doctrina penal internacional es similar a la posición sentada en los antecedentes aquí mencionados. Solo haremos referencia a algunos autores. Antonio Cassese, al analizar la atribución de responsabilidad por participación, señala que el tipo objetivo exige asistencia material

.....

(23) TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Lukić & Lukić*, caso n° IT-98-32/1-A, sentencia del 04 de diciembre de 2012, párrs. 424/425.

(24) TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, *Prosecutor v. Charles Ghankah Taylor*, caso n° SCSL-03-01-A, sentencia del 26 de septiembre de 2013. Especialmente, véase los párrs. 471/481.

(25) *Ibid.*, párr. 466.

o moral y que esta tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen.⁽²⁶⁾ Por su parte, Gerhard Werle revisa las disposiciones sobre participación desde el Tribunal Militar de Nüremberg en adelante. Según él, estas disposiciones son rudimentarias. Afirma que recién en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se sistematizaron por primera vez las formas de intervención en los crímenes internacionales.⁽²⁷⁾ Al analizar el tipo objetivo de la participación sostiene que la jurisprudencia exige que la acción facilite el hecho principal o tenga un efecto sustancial en aquel. No hace referencia a la exigencia de un elemento típico más allá de este efecto sustancial.⁽²⁸⁾ Por último, Kai Ambos sostiene que la jurisprudencia sobre el tipo objetivo de participación punible requiere una colaboración material o moral que tenga un efecto sustancial en el hecho principal.⁽²⁹⁾

Es así que un análisis en materia de participación muestra que el elemento dirección específica no pertenece al derecho internacional consuetudinario, y que tampoco es un requisito consolidado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia internacional.

4. El elemento dirección específica

En esta sección, nos concentraremos en el elemento **dirección específica**. Primero, revisaremos qué fue lo que la Sala de Apelaciones sostuvo sobre él. Luego realizaremos algunas consideraciones sobre su exigencia como elemento de la responsabilidad por participación.

La Sala de Apelaciones consideró que la dirección específica era un elemento necesario del *actus reus* de la participación. En algunas ocasiones este elemento podía estar implícito en el del efecto sustancial. No obstante, en casos de contribuciones remotas en relación con el hecho principal, el elemento debía ser establecido explícitamente. Además, la Sala reconoció que algunas pruebas sobre el estado mental podían implicar la existencia del elemento.

.....

(26) CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 214.

(27) WERLE, GERHARD, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanche, 2005, p. 210 y ss.

(28) *Ibid.*, p. 221 y ss.

(29) AMBOS, KAI, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Bogotá, Temis, 2005, p. 247 y ss.

El caso de Perišić fue definido como uno en el que la contribución había sido remota. Ello, en función de que los ejércitos VJ y VRS estaban ubicados en regiones geográficas alejadas y que no se había probado la presencia de Perišić en el lugar donde habían ocurrido los hechos principales. Como el VRS no estaba dedicado exclusivamente a la comisión de crímenes, había que determinar si la política de cooperación del VJ había estado especialmente dirigida a ellos. El volumen de cooperación no implicaba que ella estuviera especialmente dirigida a la actividad ilícita. No se había identificado prueba que mostrase que Perišić hubiese instado la asistencia al VRS para la comisión de los crímenes. Por último, tampoco se habían presentado pruebas que mostrasen que él hubiese utilizado sus facultades para redirigir la asistencia prestada al VRS.

Ahora bien, en concreto, la Sala explicó lo siguiente: la dirección específica es un elemento del *actus reus*. Es decir, debe estar presente en el tipo objetivo de la participación. En algunos casos se prueba o se superpone con el elemento del efecto sustancial, que también pertenece al tipo objetivo. En otros casos puede considerarse probado a partir de algunas pruebas referidas al estado mental, es decir, al tipo subjetivo. En el caso de Perišić, en función de que su contribución había sido remota, el elemento debía ser demostrado de manera independiente. La Sala no explicó con claridad cuál era el contenido del elemento. Tampoco justificó por qué en algunos casos se consideró que el elemento estaba implícito, ya sea en el efecto sustancial o en el tipo subjetivo. Aunque se considere que el tipo objetivo de participación en el derecho penal internacional es demasiado amplio, recortes de responsabilidad como este —sin fundamentación ni explicación suficiente— no pueden ser bienvenidos.

5. Conclusiones

La conclusión principal de este trabajo es que, de acuerdo al derecho penal internacional, el elemento **dirección específica** no forma parte del tipo objetivo de la participación. Entendemos que el TPIY, al considerarlo como un elemento autónomo del *actus reus* de la participación, se apartó del desarrollo que hasta ese momento se había realizado en el derecho penal internacional en materia de participación criminal. Asimismo, consideramos que no se dieron buenos argumentos para fundar ese apartamiento.

Esta conclusión se fundamenta en las siguientes premisas:

1. No se verifica en la costumbre internacional la existencia de este elemento como parte del tipo objetivo de la participación.
2. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* no parecería exigir la verificación de este elemento ni le ha dado el significado que le atribuyó la Sala de Apelaciones en el "caso Perišić".
3. En particular, numerosos antecedentes jurisprudenciales que analizaron la participación criminal entendieron que el *actus reus* de la participación exigía que el aporte haya tenido un **efecto sustancial** en el crimen principal. Muchos de ellos no mencionan al elemento **dirección específica**, mientras que otros entienden que se encuentra implícito en el del efecto sustancial.
4. Exponentes del derecho penal internacional no consideran a la dirección específica un elemento del tipo objetivo de la participación y solo consideran relevante el efecto sustancial del aporte en el crimen principal.
5. La Sala de Apelaciones considera que debe verificarse el elemento dirección específica. Pero no fundamenta de manera suficiente el por qué, ni explica de qué se trata el elemento.



La participación criminal de comandantes en genocidios, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad

El caso *Perišić* (TPIY) y una inadecuada conclusión dogmática⁽¹⁾

RICARDO NARVÁEZ⁽²⁾



“Y basta que imaginemos por un momento qué sucedería con cualquiera de esas formas de gobierno si un número suficiente de personas actuara ‘irresponsablemente’ y negara su apoyo, aun sin resistencia activa ni rebelión, para ver qué arma tan eficaz podría ser esa actitud”

Hannah Arendt, Responsabilidad y juicio, 2007

1. Introducción

1.1. Los fallos de la Cámara de Juicio y la Cámara de Apelaciones en el caso *Perišić*

Daremos comienzo a este texto con una breve exposición de la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en adelante, TPIY), cuyos argumentos han motivado el presente estudio. Para facilitar su lectura, antes, hemos incluido una reseña de

(1) Este es un trabajo de investigación y de reflexión dirigido por el prof. Dr. Javier A. De Luca, Titular Asociado de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA. Colaboró la abogada Mariela Andrea Fernández en la búsqueda de jurisprudencia y el aporte crítico de información

(2) Abogado (UBA).

la sentencia de la instancia anterior, es decir, de la emitida por la Cámara de Juicio de ese Tribunal.⁽³⁾ Dada la extensión y variedad de temas abordados en las sentencias, solo expondremos aquellas cuestiones de hecho y derecho que nos interesan a los fines del presente trabajo.

El 6 de septiembre de 2011, la Cámara de Juicio del TPIY emitió sentencia en el caso *Prosecutor v. Momčilo Perišić*.⁽⁴⁾ Al momento de los hechos, el General Perišić era el Jefe del Estado Mayor (*Chief of the General Staff*) del Ejército de Yugoslavia (en adelante, VJ), cargo que lo hacía el oficial de más alto rango en el VJ.

Perišić fue acusado por la fiscalía de haber sido cómplice de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad perpetrados en Sarajevo y Srebrenica, Bosnia, entre 1993 y 1995 por el Ejército de la República Srpska (VRS). También se lo acusó de haber fracasado en prevenir crímenes perpetrados por sus subordinados y/o de castigarlos por sus conductas criminales. Estos crímenes incluyen aquellos cometidos en Sarajevo y Srebrenica, así como otros crímenes de homicidio, actos inhumanos y ataques a civiles relacionados con el bombardeo de Zagreb, Croacia, por el Ejército de la República Serbia de Krajina (SVK).

Antes de continuar con la exposición de la sentencia, conviene recordar que la tradición que informa la parte general del derecho penal internacional es la del *common law*. De esta tradición proviene la denominación de los presupuestos objetivos y subjetivos de la responsabilidad penal individual. A los primeros se los conoce con el nombre de *actus reus* y a los segundos con el de *mens rea*.

Respecto del *actus reus* de la responsabilidad por complicidad —art. 7(1) del Estatuto del TPIY— la Cámara de Juicio sostuvo, entre otras cosas, que consiste en actos u omisiones dirigidas a proveer de asistencia práctica, aliento o apoyo moral a la perpetración de crímenes que tienen un efecto sustancial en la perpetración del crimen. Agregó que la Cámara de

.....

(3) De acuerdo al art. 11 de su Estatuto, el TPIY está organizado en tres Cámaras de Juicio y una Cámara de Apelaciones, así como de un Registro y la oficina del fiscal (*Prosecutor*). El art. 25 establece que la Cámara de Apelaciones decide sobre los recursos de apelación deducidos por la persona condenada por la Cámara de Juicio o por el Fiscal. Puede confirmar, revocar o revisar las decisiones tomadas por la Cámara de Juicio. El estatuto se encuentra disponible [en línea] http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

(4) TPIY, Cámara de Juicio I, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, sentencia del 6 de septiembre de 2011.

Apelaciones había dicho expresamente que “la dirección específica” no era un elemento requerido del *actus reus* de complicidad.⁽⁵⁾ Para fundar esta afirmación citó el precedente *Mrkšić and Šljivančanin* de la Cámara de Apelaciones, que a su vez se remitió al precedente *Blagojević and Jokić*, donde había sostenido que el elemento “dirección específica” no siempre había sido incluido como elemento del *actus reus* de complicidad. Como consecuencia de esto, la Cámara de Juicio no se vio en la necesidad de constatar si el imputado había específicamente dirigido su ayuda a los crímenes cometidos por el VRS, pues no lo consideraba un requisito del *actus reus* de complicidad.

Con relación al *mens rea* de complicidad, indicó que requiere el conocimiento de que el acto llevado a cabo asiste a la comisión de crímenes específicos del perpetrador principal.⁽⁶⁾ Dijo que el cómplice debe conocer los elementos esenciales del crimen cometido por el perpetrador principal, incluyendo el aspecto subjetivo (*state of mind*) del perpetrador principal. No se requiere, aclaró, que el cómplice comparta el *mens rea* requerido para tales crímenes.⁽⁷⁾

Señaló, además, que recientemente la Cámara de Apelaciones había rechazado un requisito elevado de *mens rea* de complicidad, a saber, la proposición de que el cómplice necesita haber tenido la intención de proveer asistencia. Agregó que en casos de intención de crímenes específicos, el cómplice debe conocer las intenciones del perpetrador principal.⁽⁸⁾

Respecto de la responsabilidad del superior por fracasar en prevenir o castigar a sus subordinados —art. 7(3) del Estatuto del TPIY—, indicó, entre otras cosas, que esta forma de responsabilidad requiere: 1) la existencia de una relación de superior-subordinado; 2) que el superior conozca o tuviera razones para conocer que el acto criminal estaba por ser o había sido cometido, y 3) que el superior fracase en tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar al perpetrador.⁽⁹⁾

.....

(5) *Ibid.*, párr. 126.

(6) *Ibid.*, párr. 131.

(7) *Ibid.*, párr. 129.

(8) *Ibid.*, párr. 132.

(9) *Ibid.*, párr. 140.

En lo que aquí interesa, indicó que la existencia de la relación de superior-subordinado depende de dos factores: i) de si al momento de la comisión de los crímenes los perpetradores estaban subordinados al superior y ii) de si este ejerció efectivo control sobre ellos.⁽¹⁰⁾ Asimismo, dijo que la subordinación no necesita ser directa o formal. Señaló que un superior puede incurrir en este tipo de responsabilidad si fue *de iure* o *de facto* comandante, siempre que, en virtud de su posición, él fuera el superior en algún tipo formal o informal de jerarquía respecto del perpetrador y ejerciera control efectivo sobre tales subordinados.⁽¹¹⁾

En cuanto a los hechos, la Cámara de Juicio tuvo por probado que, desde septiembre de 1992 a noviembre de 1995, el Ejército de la República Srpska (VRS) había conducido una prolongada campaña de bombardeo en Sarajevo, que resultó en la muerte de cientos de civiles y otros miles de heridos. Tuvo por probado también que el VRS había cometido los crímenes de homicidio como crímenes contra la humanidad, homicidio como crimen de guerra, actos inhumanos como crimen contra la humanidad y ataques contra civiles como crimen de guerra.

En el verano de 1995, el VRS tomó el pueblo de Srebrenica, el cual había sido establecido como un área segura (*safe area*) para civiles por el Consejo de Seguridad de la ONU. Luego de ocupar Srebrenica, el VRS procedió a trasladar por la fuerza y masacrar a cientos de civiles musulmanes y personas que no estaban tomando parte activa en las hostilidades. La Cámara de Juicio tuvo por probado que el VRS había cometido crímenes de homicidio como crimen contra la humanidad, homicidio como crimen de guerra, actos inhumanos como crimen contra la humanidad, persecuciones como crimen contra la humanidad y exterminación como crimen contra la humanidad.⁽¹²⁾

Por otra parte, la Cámara de Juicio determinó que el Ejército de la República Serbia de Krajina (SVK) había disparado cohetes contra la ciudad de Zagreb el 2 de mayo de 1995, matando a 5 personas e hiriendo a 146. El ataque se repitió al día siguiente, matando a dos personas e hiriendo a 54. La Cámara tuvo por probado que el (SVK) había cometido crímenes de homicidio como crimen contra la humanidad, homicidio como crimen de

.....

(10) *Ibid.*, párr. 142.

(11) *Ibid.*, párr. 143.

(12) *Ibid.*, párrs. 608/759.

guerra, actos inhumanos como crimen contra la humanidad y ataques a civiles como crímenes de guerra.⁽¹³⁾

Al analizar la responsabilidad por complicidad de Perišić, la Cámara de Juicio tomó en cuenta especialmente asistencia logística y mediante personal a los perpetradores.

Con relación al apoyo logístico, la Cámara de Juicio tuvo por probado que el General Perišić había supervisado la provisión de una extensa asistencia logística del Ejército de Yugoslavia al VRS y el SVK. La asistencia logística incluyó vastas cantidades de munición de infantería y artillería, combustible, repuestos, entrenamientos y asistencia técnica.

El ejército yugoslavo había provisto de asistencia logística a estos ejércitos antes de que Perišić asumiera su jefatura en agosto de 1993. Sin embargo, la asistencia logística se volvió más centralizada, estructurada y coordinada bajo su mando. La Cámara de Juicio tuvo por probado que Perišić había organizado un procedimiento en el Estado Mayor del Ejército de Yugoslavia para revisar los requerimientos de asistencia logística. También dijo que el imputado se reunía y discutía con los generales Mladić y Čeleketić, comandantes del VRS y SVK, respectivamente, sobre las necesidades de sus ejércitos.

La Cámara de Juicio señaló que el Consejo Supremo de Defensa de la República Federal de Yugoslavia (SDC) había concedido a Perišić y al Ejército de Yugoslavia la autoridad para proveer asistencia logística al VRS y al SVK. Aunque Perišić no era oficialmente un miembro del Consejo Supremo de Defensa, participaba en las reuniones de dicho Consejo, junto con sus miembros, particularmente Slobodan Milošević y Zoran Lilić, quienes entonces ejercían los cargos de Presidente de Serbia y Presidente de la República Federal de Yugoslavia, respectivamente. Perišić regularmente urgía al Consejo para continuar proveyendo de importante asistencia logística al VRS y SVK, insistiendo en que ellos no podían continuar la guerra sin un significativo apoyo militar.

Mientras la comunidad internacional había enviado personal a monitorear la frontera entre Yugoslavia y Bosnia por entrega de armas, las autoridades serbias lograron evadir esos monitoreos. Las sanciones de la comunidad

.....

(13) *Ibid.*, párrs. 564/596.

internacional no impidieron que el VRS y el SVK recibieran regularmente cantidades considerables de armamento de Serbia.

En cuanto a la asistencia mediante personal, la Cámara de Juicio sostuvo que una gran cantidad de oficiales del VRS y del SVK provenían del Ejército de Yugoslavia. Oficialmente, permanecían como miembros del Ejército de Yugoslavia aun cuando estaban peleando en Bosnia bajo las banderas del VRS y el SVK. Tuvo por probado que Perišić había propuesto e implementado cuidadosamente la idea de crear “Centros de Personal” para regularizar el estatus de estos oficiales y permitirles permanecer lícitamente como parte del Ejército de Yugoslavia. Los oficiales del VRS mantuvieron sus salarios y beneficios como miembros del Ejército de Yugoslavia a través de lo que se conoció como el 30° Centro de Personal, y los oficiales del SVK a través del 40° Centro de Personal.

Mientras muchos oficiales aceptaron voluntariamente la transferencia, Perišić dejó en claro que aquellos que se rehusaran a ser enviados al VRS o al SVK serían dados de baja del Ejército yugoslavo de una u otra manera.⁽¹⁴⁾ Perišić y otros oficiales yugoslavos buscaron mantener la función real de los Centros de Personal en secreto en orden a evitar críticas o sanciones de la comunidad internacional.

Respecto de los cargos de complicidad bajo el artículo 7(1) del Estatuto, la mayoría de la Cámara sostuvo que los crímenes estaban inextricablemente ligados a la estrategia de guerra del VRS. Señaló que el VRS regularmente no hacía distinción entre blancos civiles y militares. De hecho, comúnmente fijaba como objetivo a civiles musulmanes bosnios.⁽¹⁵⁾ Dijo que los crímenes reprochados en este caso no habían sido perpetrados por soldados actuando independientemente, sino que habían formado parte de una prolongada campaña supervisada por altos oficiales del VRS en la nómina del ejército yugoslavo, incluyendo al General Mladić.

La mayoría recordó que a Perišić no se lo acusaba de ayudar al VRS a hacer la guerra *per se* pero que, aun así, de acuerdo a la estrategia del VRS, no había una clara distinción entre una campaña militar contra tropas militares bosnias musulmanas y el ataque contra civiles musulmanes.⁽¹⁶⁾ Perišić

.....

(14) *Ibid.*, párrs. 803/809.

(15) *Ibid.*, párr. 1588.

(16) *Ibid.*, párr. 1588.

reiteradamente ejerció su autoridad para proveer asistencia logística y de personal que hizo posible para el VRS hacer la guerra que él sabía que abarcaba crímenes sistemáticos contra civiles musulmanes.

El sitio de Sarajevo y el subsiguiente bombardeo de sus civiles eran medios para implementar el objetivo serbobosnio de dividir a Sarajevo en sectores serbios y musulmanes. Los ataques contra civiles apuntaban a intimidar la población de Sarajevo para romper su espíritu y moral, así como a desestabilizar Bosnia y Herzegovina como país.⁽¹⁷⁾ Recordó, además, que Perišić fue puesto al tanto de los objetivos serbobosnios.

La mayoría recordó que otro objetivo serbobosnio era el de establecer un corredor en el valle del río Drina y la eliminación del mismo como frontera entre Serbia y la República Srpska.⁽¹⁸⁾ Dijo la Cámara que este objetivo había sido perseguido por medios criminales, pues los líderes serbobosnios buscaban eliminar los enclaves musulmanes en esa área. Una vez que el VRS tomó control sobre el enclave de Srebrenica, procedió a trasladar por la fuerza y masacrar a su población musulmana, perpetrando atrocidades a gran escala.

El VRS dependía en gran medida de la asistencia logística y del personal supervisado por Perišić en orden a conducir sus operaciones en Sarajevo y Srebrenica. La mayoría de la Cámara sostuvo que las acciones de Perišić habían tenido un efecto sustancial en los crímenes del VRS perpetrados porque sus operaciones militares comprendían crímenes sistemáticos contra civiles. Además del testimonio de testigos, la mayoría dijo apoyarse en numerosas fuentes de información para sus conclusiones, incluyendo formulario de entrega de materiales, legajos personales, reportes militares internos, grabaciones de comunicaciones y minutas del Consejo Supremo de Defensa que incluía discusiones entre Perišić, Slobodan Milošević, Zoran Lilić y otros altos oficiales.

La Cámara de Juicio tuvo por probado que Perišić supervisó la asistencia logística del Ejército Yugoslavo al VRS. Parte de esta ayuda fue entregada a unidades del VRS involucradas en perpetrar los crímenes reprochados. En conjunto, la asistencia logística del ejército yugoslavo fue crítica para las operaciones del VRS porque sus recursos eran limitados, su situación

.....

(17) *Ibid.*, párrs. 1589/1590.

(18) *Ibid.*, párr. 1591.

financiera era desesperante y sus reservas de municiones estaban al borde de agotarse mientras la guerra progresaba.

Señaló que, además de haber orquestado el sistema de asistencia logística, Perišić había asumido un papel principal en el establecimiento del 30° Centro de Personal para servir a las necesidades claves de oficiales del VRS. Aparte del General Mladić, entre los miembros del 30° Centro de Personal había oficiales de alto rango responsables por crímenes en Sarajevo y/o Srebrenica. Estos oficiales continuaron recibiendo sus salarios como miembros regulares del ejército yugoslavo. Más aún, mantuvieron todos sus derechos y beneficios como miembros, recibiendo compensación por servicio bajo condiciones difíciles, pensiones, vivienda, así como seguro médico y tratamientos para ellos y sus familias.

La mayoría de la Cámara de Juicio tuvo por probado que Perišić apuntó a ayudar al VRS a retener y reclutar oficiales calificados mediante la provisión de tales derechos y beneficios como incentivos para servir en el VRS. Dijo que Perišić estaba al tanto de que la paga de esos salarios era, en sus propias palabras, de "gran ayuda" al VRS. La República Srpska tenía serias dificultades para remunerar al personal del VRS a la luz de sus graves problemas financieros.

Finalmente, la mayoría de la Cámara tuvo por probado que Perišić tenía conocimiento de que las operaciones del VRS abarcaban graves crímenes contra civiles. Perišić había recibido información de varias fuentes con relación a la conducta criminal del VRS y las intenciones discriminatorias contra los musulmanes. Dijo que bajo la dirección del General Perišić, los órganos de seguridad e inteligencia del Ejército yugoslavo monitoreaban las opiniones de la comunidad internacional y los medios internacionales sobre el conflicto en Bosnia y Herzegovina.

En particular, sostuvo que Perišić había sido alertado del hecho de que el VRS estaba conduciendo una campaña con francotiradores y bombardeo contra civiles durante el sitio de Sarajevo. Señaló que estos ataques regulares habían sido bien documentados y ampliamente reportados durante un periodo de tres años. Dijo también que Perišić no podría haber razonablemente descartado esta información simplemente porque él y sus aliados la consideraban parcial contra los serbios. El hecho de que aquella información pudiera, en ciertas instancias, ser parcial, no socava el hecho de que Perišić tenía noticia de los crímenes del VRS en Sarajevo, a saber, ataques contra civiles y actos inhumanos.

Con relación a las atrocidades perpetradas durante la toma de Srebrenica en julio de 1995, la mayoría del Tribunal subrayó que, tiempo antes de esta tragedia, Perišić ya había sido notificado de que el VRS tenía propensión a atacar objetivos civiles. Más aún, sostuvo, él estaba al tanto de las crecientes tensiones en el área de Srebrenica y que el VRS estaba preparando un ataque militar allí. Dijo la mayoría que Perišić sabía que era altamente probable que el VRS trasladara por la fuerza a los bosnios musulmanes y que cometería matanzas y otros abusos con intención discriminatoria una vez que Srebrenica cayera bajo control del VRS. En otras palabras, Perišić sabía de la probabilidad de que el VRS perpetrara estos crímenes de homicidio, actos inhumanos y persecución en Srebrenica. Sin embargo, la Cámara unánimemente consideró que la evidencia no establecía más allá de la duda razonable que Perišić había podido razonablemente prever, basado en su conocimiento de la conducta anterior del VRS, que este ejército se embarcaría en la exterminación radical y sistemática de miles de musulmanes en Srebrenica.

Luego, la Cámara de Juicio siguió con el análisis de los cargos por violaciones al art. 7(3) del Estatuto. Además de los cargos por complicidad, Perišić había sido acusado de fracasar en prevenir crímenes perpetrados por sus subordinados y/o castigarlos por sus conductas criminales.

Como primer elemento de análisis, la Cámara de Juicio procedió a constatar si había existido una relación de superior-subordinado respecto de Perišić y los perpetradores, es decir, los miembros del 30° y del 40° Centro de Personal provistos al VRS y al SVK. Recordó que Perišić, como Jefe del Estado Mayor del VJ durante los hechos, era el oficial de más alto rango, subordinado solo al presidente de la República Federal de Yugoslavia. El Tribunal tuvo por probado que el imputado era el de superior del VJ respecto del personal que prestaba servicio en el 40° Centro de Personal, incluyendo a Milan Čeleketić, así como de los oficiales que prestaban servicio en el 30° Centro de Personal, incluyendo a Ratko Mladić, entre otros.⁽¹⁹⁾

La Cámara de Juicio recordó que tanto el VRS como el SVK dependían fuertemente de la asistencia de la República Federal de Yugoslavia y del VJ en orden a funcionar como un ejército y hacer la guerra. Esta dependencia —dijo— comprendía diferentes formas de asistencia, incluyendo logística, personal y apoyo en comunicaciones. También recordó que el

.....

(19) *Ibid.*, párrs. 1655/1668.

pago de salarios y otros beneficios eran vitales para el núcleo de estos ejércitos. El Tribunal entendió que esta dependencia demostraba al menos el potencial para ejercer control por parte de Perišić y que luego correspondía constatar si el imputado había convertido este control potencial en efectivo.⁽²⁰⁾ Para esto tomó en cuenta que Perišić y la dirección de la República Federal de Yugoslavia trataron de mantener su intervención en el conflicto, así como sus vínculos con el SVK y el VRS, secretos en orden a evitar críticas o sanciones de la comunidad internacional.⁽²¹⁾ Las conclusiones sobre la responsabilidad de Perišić como superior fueron obtenidas por mayoría.

La Cámara de Juicio recordó que Perišić era el superior *de iure* de los miembros del 40° Centro de Personal, quienes mantuvieron posiciones de comando claves en el SVK. Indicó que esto significaba que tenía *de iure* el poder de emitir órdenes a los miembros del 40° Cuerpo de Personal, destinarlos a puestos específicos y, finalmente, con la excepción de oficiales con cargo mayor a coronel, darlos de baja del ejército. La Cámara también señaló que Perišić hizo uso efectivo de ese poder *de iure* respecto de los soldados del VJ que prestaban servicio en el SVK.⁽²²⁾ Para determinar la existencia del control efectivo, la Cámara de Juicio tomó en cuenta que Perišić podía iniciar procedimientos disciplinarios contra estos oficiales y que si no se iniciaron fue por la política del SDC de mantener en secreto la participación del VJ en la guerra de Croacia.⁽²³⁾

La Cámara de Juicio señaló que, al ostentar la más alta posición militar en el VJ, normalmente no se esperaba que Perišić interfiriese en el comando a nivel operacional. Sin embargo, la Cámara notó que el imputado estaba bien informado sobre la situación en el SVK y el VRS a través de, entre otros, un sistema regular de reportes, enviados a él por aquellos ejércitos. Con

(20) *Ibid.*, párr. 1753.

(21) *Ibid.*, párr. 1754. Vale la pena transcribir aquí un párrafo citado por la Cámara de Juicio, que pertenece a la sentencia de apelación del caso *Tadić*: “El indebido énfasis sobre las estructuras ostensibles y declaraciones abiertas de los beligerantes, en oposición a un análisis matizado de la realidad de sus relaciones, puede tácitamente sugerirle a los grupos que están de facto en control de fuerzas militares que la responsabilidad por los actos de tales fuerzas puede ser evadida simplemente con recurrir a la restructuración superficial de tales fuerzas o por una declaración superficial de que las fuerzas reconstituidas son en lo sucesivo independientes de sus antiguos patrocinantes”.

(22) *Ibid.*, párr. 1755.

(23) *Ibid.*, párrs. 1758/1760.

este conocimiento, Perišić ocasionalmente enviaba instrucciones y otras directivas militares a los oficiales del 40° Centro de Personal. Para la Cámara, el hecho de que las órdenes provinieran de Milosevic prueba que el imputado era considerado como una persona con autoridad sobre el SVK. Asimismo, sostuvo que la baja frecuencia de intervenciones de Perišić no necesariamente debía poner en duda su capacidad para ejercer el control sobre ese Ejército. Aclaró que, mientras los objetivos del VJ coincidían con los del SVK o del VRS, no había necesidad para que Perišić interviniera.⁽²⁴⁾

La Cámara de Juicio recordó que cuando el VJ emitía instrucciones al SVK, estas no siempre eran cumplidas, tal como sucedió cuando Čeleketić ignoró la orden de Perišić de no bombardear Zagreb. Sin embargo, la Cámara indicó que esta conducta debía ser considerada en el contexto de la existencia de cadenas de comando paralelas. Señaló que la evidencia mostraba que Perišić había emitido ciertas órdenes de comando al SVK y que su acatamiento demostraba su capacidad general de emitir órdenes. De igual manera, la Cámara tomó en consideración que cuando Mrkšić fue nombrado comandante del Estado Mayor del SVK luego del bombardeo de Zagreb, él recibió órdenes directamente de Perišić, no del presidente del RSK.⁽²⁵⁾

La Cámara de Juicio también consideró que la capacidad del imputado de hacer recomendaciones independientes respecto de las promociones, y su capacidad de terminar los contratos profesionales de soldados del VJ que prestaban servicio en el 40° Centro de Personal son indicios en favor de la existencia de un control efectivo. Por estas razones la Cámara tuvo por probado que Perišić tenía control efectivo sobre los miembros del 40° Centro de Personal, incluyendo a los perpetradores de los crímenes cometidos en Zagreb. En consecuencia, la mayoría de la Cámara sostuvo que al momento de los hechos existió una relación de superior/subordinado entre el imputado y los perpetradores.⁽²⁶⁾

El análisis de la Cámara pasó luego a examinar la existencia de un control efectivo respecto de los miembros aportados del 30° Centro de Personal. En este caso, la Cámara entendió que la evidencia presentada no conducía a afirmar el control efectivo sobre los miembros del 30° Centro de Per-

(24) *Ibid.*, párrs. 1761/1762.

(25) *Ibid.*, párrs. 1763/1764.

(26) *Ibid.*, párrs. 1768/1769.

sonal responsables por los crímenes en Sarajevo y Srebrenica como única conclusión razonable.⁽²⁷⁾

Con relación a los otros elementos de la responsabilidad del superior, la Cámara tuvo por probado que Perišić supo sobre el bombardeo en Zagreb y el rol de Čeleketić en aquel incidente.⁽²⁸⁾ Asimismo, también concluyó que Perišić había fracasado en tomar las medidas razonables y necesarias para castigar a sus subordinados que prestaban servicio en el 40° Centro de Personal por los crímenes cometidos en Zagreb el 2 y el 3 de mayo de 1995. Sobre la base de este análisis, la Cámara de Juicio concluyó por mayoría que al momento de los hechos había existido una relación superior-subordinado entre Perišić y los perpetradores de los crímenes relacionados con el bombardeo de Zagreb; que Perišić supo que estos crímenes fueron cometidos por sus subordinados y, finalmente, que fracasó en castigarlos por su conducta. Al mismo tiempo, la Cámara de Juicio concluyó que no se había establecido más allá de la duda razonable que Perišić fuera responsable de fracasar en prevenir y/o castigar a los perpetradores de los crímenes cometidos en Sarajevo y Srebrenica.⁽²⁹⁾

La defensa de Perišić recurrió esta sentencia por considerar que la Cámara de Juicio había errado al sostener que el elemento “dirección específica” no es un requisito del *actus reus* de la responsabilidad por complicidad. Asimismo, rechazó la existencia de una relación de superior-subordinado entre Perišić y los miembros del VJ aportados al SVK al momento del bombardeo de Zagreb el 2 y el 3 de mayo de 1995.

El 28 de febrero de 2013, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia emitió su sentencia de apelación en el caso *Prosecutor v. Momčilo Perišić*,⁽³⁰⁾ en la que resolvió absolver al general Perišić de los delitos por los que lo había condenado la Cámara de Juicio.

Sobre el primero de los agravios, la Cámara de Apelaciones recordó que el elemento “dirección específica” había sido descrito por primera vez como un requisito del *actus reus* de la responsabilidad por complicidad en

.....

(27) *Ibid.*, párr. 1777.

(28) *Ibid.*, párr. 1780.

(29) *Ibid.*, párr. 1785.

(30) TPIY, *Appeals Chamber, Prosecutor v. Momčilo Perišić*, sentencia del 28 de febrero de 2013.

el fallo de apelación del precedente *Tadić*.⁽³¹⁾ Dijo que hasta el momento no había encontrado razones contundentes para apartarse de la definición de responsabilidad por complicidad adoptada en aquel precedente.⁽³²⁾ Indicó que las subsecuentes sentencias de apelación se habían referido explícitamente a la “dirección específica” al enumerar los elementos de la complicidad.

Agregó que el precedente sobre el cual la Cámara de Juicio se había basado para sostener que la “dirección específica” no era un elemento requerido por el *actus reus* de complicidad en realidad sostenía que este elemento no era un ingrediente esencial del *actus reus* de complicidad⁽³³⁾ y que este precedente no representaba la “cuidadosa consideración” requerida para apartarse de sus decisiones previas.⁽³⁴⁾ Dijo también que aquella referencia fue hecha en un párrafo sobre *mens rea* en lugar de *actus reus*. Señaló que la fórmula “no es un ingrediente esencial”, no pretendía apartarse de su jurisprudencia previa que establecía que la dirección específica es un elemento de la responsabilidad por complicidad. En consecuencia, la Cámara de Apelaciones sostuvo que la dirección específica es un elemento del *actus reus* de la responsabilidad por complicidad y que debe probarse más allá de la duda razonable.⁽³⁵⁾ No obstante, la Cámara de Apelaciones también notó que las anteriores sentencias de apelación no habían realizado un análisis extendido sobre el elemento de dirección específica y que esto se explicaba porque las anteriores decisiones de la Cámara sobre complicidad involucraban actos relevantes geográficamente próximos a los perpetradores principales.⁽³⁶⁾ Cuando esa proximidad está presente —dijo— el elemento de dirección específica puede ser demostrado implícitamente a través de la discusión de otros elementos de la responsabilidad por complicidad (*aiding and abetting liability*), tales como la contribución sustancial. Sostuvo que en esos casos la existencia del elemento de dirección específica, que demuestra el nexo

.....

(31) TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, sentencia del 15 de julio de 1999.

(32) TPIY, *Appeals Chamber, Prosecutor v. Momčilo Perišić*, cit., párr. 28.

(33) *Ibid.*, párr. 32.

(34) *Ibid.*, párr. 34.

(35) *Ibid.*, párr. 36.

(36) *Ibid.*, párr. 37.

culpable entre la asistencia del acusado cómplice y los crímenes de los perpetradores principales será autoevidente.⁽³⁷⁾ Por el contrario, cuando el acusado se encuentra alejado de los crímenes relevantes, la evidencia que prueba otros elementos de la complicidad puede no ser suficiente para probar la dirección específica. En esas circunstancias la Cámara sostuvo que se requiere una explícita consideración del elemento “dirección específica”.⁽³⁸⁾

En lo que concierne al caso, la Cámara de Apelaciones subrayó que la ayuda de Perišić fue remota con relación a los crímenes de los perpetradores principales.⁽³⁹⁾ Tomó en cuenta que el VRS era independiente del VJ y que los dos ejércitos estaban asentados en regiones geográficas separadas. Recordó que la Cámara de Juicio no había hecho referencia a evidencia alguna a que Perišić hubiera estado físicamente presente cuando los actos criminales relevantes eran planeados o cometidos.⁽⁴⁰⁾ Para el Tribunal, en estas circunstancias hubiera sido necesario hacer un análisis explícito del elemento de “dirección específica” en orden a establecer el nexo necesario entre la ayuda que el imputado suministró y los crímenes cometidos por los perpetradores principales. Sobre esta cuestión, la Cámara de Apelaciones aclaró que en la mayoría de las situaciones, el suministro de ayuda general que pudiera ser utilizada tanto para actividades lícitas e ilícitas no es de por sí suficiente para probar que esta ayuda estaba dirigida específicamente a los crímenes de los perpetradores principales.⁽⁴¹⁾ Dijo también que su revisión solo incluiría la cuestión sobre los elementos del *actus reus*. Respecto del *mens rea* de complicidad, sostuvo que requiere el conocimiento de que la asistencia ayuda a la comisión de actos criminales, así como conocimiento de los elementos esenciales de dichos actos.⁽⁴²⁾

La Cámara de Apelaciones recordó que el VRS no estaba ni *de iure* ni *de facto* subordinado al VJ. También señaló que la Cámara de Juicio no tuvo

.....

(37) *Ibid.*, párr. 38.

(38) *Ibid.*, párr. 39.

(39) *Ibid.*, párr. 42.

(40) *Ibid.*

(41) *Ibid.*, párr. 44.

(42) *Ibid.*, párr. 48.

por probado más allá de la duda razonable que Perišić ejerciera control efectivo sobre las tropas del VJ provistas al VRS.⁽⁴³⁾

Al revisar la prueba sobre el rol del imputado en diagramar e implementar la política de apoyar al VRS, la Cámara de Apelaciones recordó que Perišić cumplía funciones como oficial de más alto rango en el VJ al momento de los hechos y que era responsable de organizar las operaciones del VJ y de mantener al ejército listo para el combate. Agregó que Perišić estaba subordinado al Presidente de la República Federal de Yugoslavia, y que la última autoridad en política de defensa y prioridades de operaciones para el VJ descansaba sobre el Consejo Supremo de Defensa de la República Federal de Yugoslavia (SDC). Destacó que mientras a las reuniones del SDC asistían muchos individuos, incluido el imputado, las decisiones finales del SDC eran tomadas por líderes políticos.⁽⁴⁴⁾

La Cámara de Apelaciones señaló que la decisión de proveer de ayuda del VJ al VRS fue tomada por el SDC antes de que el imputado fuera nombrado Jefe del Estado Mayor del VJ y que el SDC continuó apoyando esta política mientras Perišić estuvo en ese cargo, quien regularmente asistió y participó activamente en las reuniones del SDC. Perišić era la autoridad delegada por el SDC para administrar la asistencia al VRS. Sin embargo, el SDC mantenía el poder de revisar tanto pedidos particulares de ayuda como la política general de proveer ayuda al VRS.⁽⁴⁵⁾

La Cámara de Apelaciones recordó que la máxima autoridad del SDC sobre la política de ayudar al VRS no liberaba, por sí misma, de responsabilidad criminal al General Perišić. Para evaluar esta circunstancia, la Cámara de Apelaciones señala que primero debe comenzar por considerar si la política del SDC de ayudar al VRS estaba en sí dirigida a facilitar actividades criminales y que esto se podría demostrar probando que el VRS era una organización cuyo único y exclusivo propósito era la comisión de crímenes o que el SDC apuntó su ayuda hacia los crímenes del VRS.⁽⁴⁶⁾

Con relación a estas cuestiones, la Cámara de Apelaciones señaló que la Cámara de Juicio no caracterizó al VRS como una organización criminal.

.....

(43) *Ibid.*, párr. 46.

(44) *Ibid.*, párr. 49.

(45) *Ibid.*, párr. 50.

(46) *Ibid.*, párr. 52.

En lugar de ello, la Cámara de Apelaciones consideró que se trataba de un ejército peleando una guerra. Toma en cuenta que la Cámara de Juicio sostuvo que la estrategia del VRS estaba “inextricablemente” ligada a crímenes contra civiles, pero que no había concluido que todas las actividades del VRS en Sarajevo o Srebrenica eran de naturaleza criminal. Indicó que la Cámara de Juicio había limitado sus conclusiones a caracterizar como criminal ciertas acciones del VRS en el contexto de operaciones en Sarajevo y Srebrenica. En estas circunstancias, la Cámara de Apelaciones consideró que la política de proveer asistencia al esfuerzo general de guerra del VRS no constituye, en sí, demostración de que la ayuda facilitada por el imputado estuviera específicamente dirigida a ayudar a los crímenes del VRS en Sarajevo y Srebrenica.⁽⁴⁷⁾

Con relación al siguiente punto de análisis, la Cámara de Apelaciones consideró que ni las conclusiones de la Cámara de Juicio ni la revisión de la prueba realizada en esta instancia ofrecían fundamento para concluir que la política del SDC estaba directamente dirigida hacia los crímenes del VRS. En lugar de ello la Cámara de Apelaciones dijo que las discusiones del SDC abordaban las dificultades en proveer niveles particulares de ayuda solicitada por el VRS, salarios para el personal del VJ aportado al VRS, y cómo reaccionar cuando miembros del VJ proveían suministros al VRS sin aprobación oficial.⁽⁴⁸⁾ La Cámara de Apelaciones observó que, aunque la Cámara de Juicio consideró la magnitud de la ayuda provista al VRS al concluir que la asistencia del VJ substancialmente contribuyó a los crímenes del VRS en Sarajevo y Srebrenica, la evidencia en relación al volumen de la asistencia no necesariamente establecía una dirección específica. Al considerar la prueba en su totalidad, la Cámara de Apelaciones consideró que una interpretación razonable de la prueba del caso es que el SDC dirigió una asistencia militar de gran escala a los esfuerzos de guerra del VRS, no a la comisión de crímenes del VRS.⁽⁴⁹⁾ En consecuencia, sostuvo, la dirección específica de la ayuda del VJ hacia los crímenes del VRS no es la única inferencia que puede extraerse de la totalidad de la evidencia del expediente, aun considerando la magnitud de la asistencia del VJ.

.....

(47) *Ibid.*, párr. 53.

(48) *Ibid.*, párr. 55.

(49) *Ibid.*, párr. 57.

Al valorar si Perišić había implementado la política del SDC de ayudar al esfuerzo de guerra del VRS en una manera que redirigía la ayuda hacia los crímenes del VRS o si había tomado acciones separadas al mismo efecto, la Cámara de Apelaciones notó, en primer lugar, que la evidencia relacionada a las discusiones del imputado en las reuniones del SDC no sugiere que hubiera abogado por dirigir específicamente la ayuda a apoyar los crímenes del VRS.⁽⁵⁰⁾ Dijo que durante los encuentros Perišić argumentó en favor de mantener la ayuda al VRS y de que se adoptasen medidas legales y financieras que facilitaran dicha ayuda. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones no encontró prueba de que Perišić apoyara la provisión de asistencia específicamente dirigida a las actividades criminales del VRS. En su lugar, sostuvo que la prueba del expediente sugiere que las acciones relevantes de Perišić estaban dirigidas a ayudar el esfuerzo general de guerra del VRS.⁽⁵¹⁾

La Cámara de Apelaciones observó que Perišić tenía considerable discreción para proveer ayuda al VRS, incluyendo el poder de denegar pedidos de ayuda no presentados a través de los canales oficiales. Dijo que aunque era posible que el imputado pudiera haber usado su poder para desviar ayuda aprobada por el SDC hacia las actividades criminales del VRS, la Cámara de Juicio no había arribado a ninguna conclusión en ese sentido. Asimismo, valoró que la prueba relevante también sugiere que Perišić simplemente dirigió la asistencia hacia el esfuerzo general de guerra del VRS dentro de los parámetros fijados por el SDC.⁽⁵²⁾

La Cámara de Apelaciones también recordó que los indicios que demostraban la naturaleza y distribución de la ayuda del VJ también podrían servir como prueba circunstancial de una dirección específica. Con respecto al tipo específico de asistencia facilitada por el VJ a través del imputado, la Cámara de Apelaciones dijo que ni el traslado de soldado del VJ al VRS ni la provisión de ayuda logística aparecen incompatibles con operaciones militares lícitas. La Cámara de Apelaciones consideró que la prueba en el expediente no demostraba que el imputado había tomado medidas, en contextos por fuera de la política del SDC, para ayudar a los crímenes del VRS.

.....

(50) *Ibid.*, párr. 59.

(51) *Ibid.*, párr. 60.

(52) *Ibid.*, párr. 61.

El Tribunal también notó que la Cámara de Juicio había considerado prueba extensa que sugería que Perišić sabía de los crímenes que estaban siendo cometidos por el VRS, especialmente respecto de Sarajevo. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones recordó que la evidencia sobre el conocimiento de crímenes, por sí sola, no establece el requisito de dirección específica, que es un elemento del *actus reus*, separado del *mens rea*. Dijo que los indicios que demuestran que Perišić supo de los crímenes en Sarajevo y Srebrenica pueden servir como evidencia circunstancial de una dirección específica; sin embargo —sostuvo—, la constatación de la dirección específica debe ser la única inferencia razonable luego de revisar el plexo probatorio como un todo.⁽⁵³⁾

La Cámara de Apelaciones recordó nuevamente que el VRS desarrolló, *inter alia*, actividades de combate lícitas y que no era exclusivamente una organización criminal. En este contexto, la Cámara de Apelaciones consideró que una razonable interpretación de la evidencia circunstancial relevante es que, mientras Perišić podría haber sabido de los crímenes del VRS, la ayuda del VJ que él facilitó estaba dirigida hacia el esfuerzo general de guerra del VRS en lugar de los crímenes del VRS. Por tanto, la Cámara de Apelaciones sostuvo que no se había probado más allá de la duda razonable que Perišić facilitó asistencia específicamente dirigida a los crímenes del VRS en Sarajevo y Srebrenica.⁽⁵⁴⁾

La Cámara de Apelaciones consideró que la asistencia de un ejército a los esfuerzos de guerra de otro ejército es insuficiente, en sí mismo, para dar lugar a la responsabilidad criminal si no se prueba que la asistencia relevante estuvo específicamente dirigida hacia actividades criminales. Subrayó, sin embargo, que esta conclusión no debe ser interpretada como si estuviera habilitando a que los líderes militares evadan su responsabilidad mediante la subcontratación de la comisión de actos criminales. Así, señaló que si se prueba que un grupo militar, en apariencia independiente, se encuentra bajo el control de oficiales de otro grupo militar, el último puede ser responsabilizado por los crímenes cometidos por sus fuerzas títeres. Asimismo, se dijo que la ayuda de una fuerza militar específicamente dirigida hacia los crímenes cometidos por otra fuerza también puede dar lugar a responsabilidad por complicidad (*aiding and abetting liability*).

.....

(53) *Ibid.*, párr. 68.

(54) *Ibid.*, párr. 69.

Sin embargo, aclaró que para que un acusado incurra en responsabilidad criminal debe establecerse un vínculo suficiente (*sufficient link*) entre los actos del individuo acusado de ser cómplice en un crimen y el delito que a él o ella se reprocha haber asistido.⁽⁵⁵⁾

Seguidamente, la Cámara de Apelaciones pasó a tratar el agravio referido a la responsabilidad de Perišić como superior respecto de los miembros del VJ aportados al SVK al momento del bombardeo de Zagreb el 2 y el 3 de mayo de 1995. Comenzó por señalar que pese a que dos testigos (Rašeta y Orlić) afirmaron que Perišić no había ejercido control efectivo sobre los perpetradores de los crímenes cometidos en Zagreb, la Cámara de Juicio tuvo por probado que el imputado había ejercido tal control. La Cámara de Apelaciones notó que la Cámara de Juicio había valorado como creíble el testimonio de estos dos testigos en varios párrafos no relacionados con el efectivo control. Subrayó también que, por el rol que cumplían, se trataba de testigos relevantes para dilucidar esta cuestión.⁽⁵⁶⁾ Por tanto, la Cámara de Apelaciones entendió que la falta de un análisis explícito de los testimonios de estos testigos constituía una falla en brindar una opinión razonada por parte de la Cámara de Juicio.⁽⁵⁷⁾ En vista de ello, la Cámara de Apelaciones procedió a revisar nuevamente la prueba relevante sobre esta cuestión. Dividió este análisis en tres cuestiones.

Como primera cuestión, la Cámara de Apelaciones analizó las instrucciones de Perišić de no bombardear Zagreb. Recordó que el imputado había instruido a Čeleketić —oficial provisto al SVK a través del 40° Centro de Personal— que no bombardeara Zagreb, no obstante lo cual este continuó con el bombardeo en base a órdenes de Martić, el presidente de la República Serbia de Krajina (RSK). Valoró conversaciones de las que surgía que ni Perišić ni Milošević creían que Čeleketić estuviera bajo su efectivo control.⁽⁵⁸⁾ En consecuencia, la Cámara sostuvo que la incapacidad del imputado de controlar acciones significantes de Čeleketić durante el bombardeo de Zagreb resultaba inconsistente con el ejercicio de control efectivo sobre los perpetradores de aquellos crímenes.

.....

(55) *Ibid.*, párr. 72.

(56) *Ibid.*, párrs. 91/94.

(57) *Ibid.*, párr. 95.

(58) *Ibid.*, párrs. 98/100.

La Cámara de Apelaciones, luego, analizó la capacidad de Perišić de emitir órdenes de comando a soldados aportados a través del 40° Centro de Personal. En primer lugar, recordó que dos testigos, que la Cámara de Juicio había considerado creíbles, declararon que Perišić no había emitido órdenes de comando respecto de ellos mientras estaban sirviendo en el SVK. La Cámara también consideró que el uso de términos no coercitivos en algunas comunicaciones sugiere que Perišić no ejerció control sobre los soldados del VJ aportados a través del 40° Centro de Personal. Además, valoró que el 7 de diciembre de 1994 Perišić transmitió órdenes de Milošević a Čeleketić y al presidente de la RSK. La Cámara consideró que, dado que el presidente de la RKS no estaba formalmente vinculado al VJ, las órdenes transmitidas no eran instrucciones dirigidas a soldados dentro de la cadena de comando del VJ. Además notó que, en respuesta a esta orden, Čeleketić se dirigió directamente a Milošević, omitiendo a Perišić y la cadena de comando del VJ. Igualmente consideró respecto de otra orden emitida el 24 de marzo de 1995, dirigida tanto a oficiales del VJ aportados al SVK como a otros sujetos que no estaban bajo su autoridad. Finalmente, dijo que la mejor relación existente entre Mrkšić —quien reemplazó a Čeleketić— y Perišić tampoco demostraba que el imputado hubiera ejercido control efectivo sobre los perpetradores de los crímenes de Zagreb. En conclusión, la Cámara sostuvo que mientras algunas pruebas sugerían la existencia del poder de Perišić para emitir órdenes de comando a soldados aportados a través del 40° Centro de Personal al momento del bombardeo de Zagreb, esta interpretación no era la única razonable.⁽⁵⁹⁾

Por último, con relación al poder disciplinario de Perišić sobre miembros del VJ aportados al SVK, la Cámara de Apelaciones señaló que Perišić estuvo involucrado en los procedimientos disciplinarios contra soldados del VJ aportados a través del 40° Centro de Personal luego de la caída de la República Serbia de Krajina, varios meses luego de ocurridos los crímenes en Zagreb. Sin embargo, la Cámara valoró prueba de que las fuerzas del SVK estuvieron bajo control directo del VJ luego de la caída de la República Serbia de Krajina. En estas circunstancias, la Cámara de Apelación consideró que una interpretación razonable de esta evidencia era que el imputado solo obtuvo poder disciplinario sobre los miembros

.....

(59) *Ibid.*, párrs. 102/107.

del VJ aportados al SVK luego del bombardeo de Zagreb.⁽⁶⁰⁾ La Cámara de Apelaciones también tomó en consideración el hecho de que el imputado tenía cierto control sobre las promociones y reasignaciones dentro del 40° Centro de Personal. También notó que Perišić estaba muy involucrado en las operaciones del SVK a través de su manejo de la ayuda del VJ, y poseía el poder de aprobar o denegar cualquier pedido particular de asistencia o traslados. Para la Cámara de Apelaciones esta prueba sugiere que tenía alguna influencia sobre los miembros del VJ aportados al SVK.⁽⁶¹⁾

La Cámara de Apelaciones concluye que, mientras alguna prueba en el expediente es consistente con que Perišić tuviera control efectivo sobre los soldados aportados a través del 40° Centro de Personal, otra prueba del expediente sugiere que durante el bombardeo de Zagreb, el acusado no poseía control efectivo sobre los miembros de los perpetradores acusados de los crímenes cometidos en Zagreb. En consecuencia, no se pudo establecer responsabilidad penal del superior.⁽⁶²⁾

Para la Cámara de Apelaciones existe una interpretación razonable alternativa del expediente, según la cual Perišić podía influenciar, pero no poseía control efectivo sobre los perpetradores del bombardeo de Zagreb al momento de los hechos. Meses después Perišić puede haber adquirido control efectivo sobre los soldados del VJ aportados al SVK. Sin embargo, dijo, un superior no puede ser responsabilizado por no haber castigado crímenes cometidos por sus subordinados antes de que él asumiera el comando sobre aquellos.⁽⁶³⁾

Finalmente, dijo que afirmar que Perišić ejerció control efectivo sobre los perpetradores del bombardeo de Zagreb al momento de los hechos no es la única inferencia razonable de la totalidad de la evidencia circunstancial en este caso. Por tanto, la Cámara de Apelaciones concluyó que el control efectivo de Perišić no ha sido establecido más allá de la duda razonable.⁽⁶⁴⁾

.....

(60) *Ibid.*, párrs. 108/111.

(61) *Ibid.*, párrs. 112/113.

(62) *Ibid.*, párr. 116.

(63) *Ibid.*, párr. 117.

(64) *Ibid.*, párr. 118.

1.2. Repercusiones. Objeto del estudio

Esta decisión y otras recientes absoluciones no pasaron desapercibidas para los medios masivos de comunicación, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de sus decisiones. La prensa mundial mostró la sorpresa que provocaron.⁽⁶⁵⁾ La cuestión es actualmente un escándalo jurídico y político.⁽⁶⁶⁾ Por ello, el objeto de este trabajo consiste en determinar sus posibles consecuencias a nivel local y mundial.

En nuestro país la decisión fue rápidamente comentada desde una nota editorial del diario *La Nación*.⁽⁶⁷⁾ Rara vez se difunden en los medios masivos de comunicación las sentencias de los tribunales internacionales *ad hoc*; menos aún en un lugar tan destacado como una editorial de opinión. Hacia el final del texto se comprende la razón de la importancia que le asignó ese periódico. Allí se lee: "El precedente y sus pautas, por sus implicancias y trascendencia respecto de los cientos de acusados de haber presuntamente participado en delitos aberrantes, debiera ser tenido en cuenta por nuestros tribunales, que con alguna frecuencia no se refieren circunstanciadamente a los casos jurisprudenciales más recientes". Los delitos aberrantes a los que hace referencia la editorial son, obviamente, los crímenes de lesa humanidad cometidos en nuestro país durante el terrorismo de Estado.

(65) Véase, por ejemplo, "Hague Judge Faults Acquittals of Serb and Croat Commanders", en *The New York Times*, 14/06/2013, [en línea] <http://www.nytimes.com/2013/06/14/world/europe/hague-judge-faults-acquittals-of-serb-and-croat-commanders.html>; "La justicia encalla en La Haya" en *El País*, 16/07/2013, [en línea] http://elpais.com/elpais/2013/07/08/opinion/1373278775_989675.html; "Hague war crimes ruling threatens to undermine future prosecutions" en *The Guardian*, 13/08/2013, [en línea] <http://www.theguardian.com/law/2013/aug/13/hague-war-crimes-ruling-prosecutions-serb>; "Croatia's 'war crime' is no longer a cricrime after UN tribunal verdict" en *The Guardian*, 16/11/2012, [en línea] <http://www.theguardian.com/world/2012/nov/16/croatia-war-crime-analysis>

(66) Véase "What Happened to the Hague Tribunal?" en *The New York Times*, 02/06/2013, [en línea] <http://www.nytimes.com/2013/06/03/opinion/global/what-happened-to-the-hague-tribunal.html>; "A Tribunal's Legal Stumble", en *The New York Times*, 09/07/2013, [en línea] <http://www.nytimes.com/2013/07/10/opinion/global/a-tribunals-legal-stumble.html>; "International Judge Is Removed From Case Over Apparent Bias", en *The New York Times*, 30/08/2013, [en línea] <http://www.nytimes.com/2013/08/31/world/europe/international-judge-is-removed-from-case-over-apparent-bias.html>; "La Haya se cubre de sombras" en *El País*, 30/06/2013, [en línea] http://internacional.elpais.com/internacional/2013/06/30/actualidad/1372602894_696290.html; "L'ONU prie d'enquêter sur «l'indépendance, l'impartialité et l'intégrité» du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie" en *Le Monde*, 28/06/2013, [en línea] http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/acheter.cgi?offre=ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=1237287&xmtmc=perisi&xtr=1

(67) "Trascendente fallo del Tribunal Penal Internacional", en *La Nación*, Bs. As., 11/03/2013, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1561947-trascendente-fallo-del-tribunal-penal-internacional>

Sin embargo, como se verá, pareciera que esta recomendación no tiene fundamento jurídico, sino que constituye un simple deseo absolutorio.

2. La jurisprudencia del TPIY y su aplicación en el ámbito interno

2.1. El seguimiento de su doctrina y la fuerza de su reciente jurisprudencia

El primer inconveniente que encontramos en una simple importación de algunas doctrinas a nuestro ámbito es que se pretende aplicar requisitos de responsabilidad penal individual del derecho penal internacional a las categorías de autoría y participación del derecho interno, que son las que actualmente están siendo aplicadas por nuestros tribunales.

Existe un primer problema que da por tierra con el intento de aplicar la jurisprudencia internacional a nuestro ámbito sin el debido contralor y protocolos de "importación". Es elemental señalar que, a diferencia de lo que ocurre con otros tribunales internacionales, la jurisprudencia del TPIY no es vinculante para nuestro país. No hay principio, norma o instrumento que obligue a nuestros tribunales a seguir la jurisprudencia del TPIY ni sus decisiones son la única fuente disponible sobre derecho penal internacional.⁽⁶⁸⁾ Como Tribunal *ad hoc*, sus decisiones se limitan a ciertos hechos, descriptos en el art. 1 de su Estatuto.⁽⁶⁹⁾ Instituido en 1993, su misión es la de juzgar las atrocidades cometidas en la ex-Yugoslavia desde 1991 y, territorialmente, su jurisdicción se encuentra definida en el art. 8.⁽⁷⁰⁾ Mediante su jurisprudencia, el TPIY ciertamente ha contribuido a precisar los elementos que constituyen un delito en el marco de su Estatuto, así como los elementos de la responsabilidad penal individual.⁽⁷¹⁾ Su jurisprudencia es, sin dudas, muy interesante desde el punto de vista académico al

(68) Sobre las fuentes del derecho penal internacional en nuestro idioma, AMBOS, KAI, *La parte general del derecho penal internacional*, Montevideo, KAS, p. 34 y ss.; WERLE, GERHARD, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 104 y ss., entre otros.

(69) "Art. 1°. *The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute*".

(70) "Art. 8°. *The territorial jurisdiction of the International Tribunal shall extend to the territory of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, including its land surface, airspace and territorial waters*".

(71) POCAR, FAUSTO, "Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia", [en línea] http://legal.un.org/avl/pdf/ha/icty/icty_s.pdf

momento de interpretar la ley penal internacional, dado el volumen de su producción en comparación con otros tribunales internacionales. Pero debe tenerse presente que se trata solo de una de las tantas fuentes del derecho penal internacional y que se basa en la interpretación de los delitos previstos por su propio estatuto. No es una suerte de legislador internacional en materia de crímenes de guerra ni el último interprete del Derecho Penal Internacional. Más adelante aportaremos varias razones para no seguir el criterio aplicado por la Cámara de Apelaciones en Perišić. En general, podría sostenerse que la fuerza de su jurisprudencia en relación a otros tribunales reposa sobre el valor de autoridad que se le asigna, pero este débil argumento tambalea frente a los cuestionamientos que se le dirigen. Existen otras fuentes, así como abundante material doctrinario. No siempre parecen coincidir en lo que consideran que deben constituir los elementos de estos ilícitos internacionales.

Decíamos que la jurisprudencia del TPIY no es vinculante para nuestro país. Diferente es lo que ocurre con la competencia de la Corte Penal Internacional —de jurisdicción complementaria— o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En este último caso su jurisprudencia más reciente sí es vinculante. Este Tribunal es el órgano de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o la Convención). Nuestro Estado ha aceptado las obligaciones convencionales consagradas en dicho instrumento y, en ejercicio de su soberanía, ha admitido la competencia de la Corte IDH. Por ende, debe asumir sus obligaciones y se encuentra obligado a la aplicación de la Convención.⁽⁷²⁾ Es de aplicación aquel principio reconocido internacionalmente según el cual los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales. Se ha señalado que “es improcedente invocar la soberanía estatal para no ajustar la interpretación de las normas de derechos humanos a los criterios de la Corte IDH, toda vez que esta constituye el último intérprete en la materia”.⁽⁷³⁾

.....

(72) Este ha sido el criterio sostenido por la CORTE IDH en el “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, en REY, SEBASTIÁN, *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Bs. As., Editores del Puerto, 2012, p. 317.

(73) RÚA, ALEJANDRO, “Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cosa juzgada en el ámbito interno”, pp. 416/417, en Rey, Sebastián, *op. cit.*, p. 331. Ver caso “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional” de la CSJN argentina, del 6 de agosto de 2013.

2.2. Inconvenientes para la aplicación de Perišić al caso argentino

Muchos de los problemas abordados en este acápite son consecuencia de las dificultades que tienen los tribunales penales internacionales para limitar la extensión de la intervención criminal, que muchas veces dejan librada a conceptos poco claros y de orientación causalista.⁽⁷⁴⁾ En la práctica esto ha llevado a que se pretenda encontrar el límite en el plano subjetivo, exigiendo requisitos elevados, pero esto puede dar lugar a resultados absurdos. El tipo de complicidad en el derecho penal internacional es particularmente amplio. En el caso bajo estudio se puede apreciar que la casuística presente en la jurisprudencia internacional tampoco colabora en la elaboración de reglas generales de imputación.

En los argumentos de las sentencias de la Cámara de Juicio y de la Cámara de Apelaciones se puede leer que una de las cuestiones controvertidas es si la "dirección específica" es un elemento del *actus reus* de complicidad, es decir, uno de sus presupuestos objetivos. No obstante, también se puede apreciar que no es del todo clara la distinción con los requisitos del *mens rea*, pues la "dirección específica" parece un elemento extraño del aspecto objetivo del ilícito. Tal es la confusión que la Cámara de Apelaciones sostuvo que el precedente sobre el cual se apoyó la Cámara de Juicio para negar el requisito estaba en realidad refiriéndose al *mens rea*. Ocurre que en la realidad solo puede determinarse hacia qué objetivo estaba específicamente direccionado un aporte luego de analizar cuál era el fin que el agente tenía en mente. Por ello, aquí intentaremos abordar el problema sin excluir las hipótesis, sino explorando sus consecuencias objetivas y subjetivas.

Al comienzo, se señaló que el derecho penal internacional se nutre de la tradición del *common law*. También mencionamos que los elementos que constituyen de la responsabilidad penal individual son divididos en aquellos que pertenecen al *actus reus* y aquellos del *mens rea*, lo que equivale a dividir los elementos del delito en objetivos y subjetivos. Estas categorías pueden resultar confusas en países donde se utiliza la dogmática penal continental europea, que ha dejado atrás este modelo. La doctrina y la jurisprudencia de nuestro ámbito se nutren de esta última tradición, que mayormente sostiene una teoría del delito estratificada con elementos objetivos y subjetivos en ellos, aunque difieran en la preferencia de

.....

(74) AMBOS, KAI, *La parte general...*, op. cit., pp. 77, 146 y 166.

unos sobre otros. Si bien esto no es un obstáculo para la utilización de los argumentos contenidos en la jurisprudencia de este Tribunal, sí obliga al juzgador interno a extremar la prudencia con la que incorpora estos argumentos, pues se trata de sistemas diferentes.

El elemento “dirección específica”, como es entendido por la Cámara de Apelaciones del TPIY en la sentencia comentada, podría interpretarse como un elemento subjetivo del tipo en el cual la producción del resultado es el fin mismo de la voluntad del sujeto activo. En el mejor de los casos, lo resuelto por el TPIY en *Perišić* es equivalente a exigir dolo directo de primer grado en la participación secundaria. Tenemos, ahora sí, el obstáculo que señalamos al comienzo, pues la doctrina y la jurisprudencia seguidas en nuestro ámbito coinciden en señalar que para la complicidad basta con el dolo eventual.⁽⁷⁵⁾

Aún si el criterio de la Cámara de Apelaciones fuese acertado, no parece haber identidad entre ambas formas de participación como para hacer una remisión a la jurisprudencia del TPIY. Al comentar el art. 25(3)(c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI), Kai Ambos señala que la amplitud de su tipo objetivo tuvo como consecuencia la necesidad de limitarlo exigiendo requisitos subjetivos especiales, lo cual no se condice con la mayoría de los derechos nacionales.⁽⁷⁶⁾ En el ámbito interno este problema es resuelto desde antiguo mediante la apelación a las teorías de la causalidad y de la autoría y, desde hace unos años, de la imputación objetiva; intentar corregir los problemas que causa

.....

(75) Ver, entre tantos, ZAFFARONI, RAÚL E.; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2002, p. 797; WELZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. en español, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 140 y 143; MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Barcelona, Ariel, 1962, p. 539; JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Granada, Comares, 1993, p. 633; D’ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ, *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2009, p. 808; CHIARA DÍAZ, CARLOS A., *Código Penal y normas complementarias comentado, concordado y anotado*, t. II, Rosario, Nova Tesis, 2011, p. 645; ABOSO, GUSTAVO EDUARDO, *Código Penal de la República Argentina*, Bs. As., BdeF, 2012, p. 323; CFED. CAS. PENAL, Sala IV, “Diamante, Gustavo D. y otros”, La Ley, 2001-F, 167; CCrim. San Martín, Sala II, c. 25.581, “Jaimez”, 1996/05/03, JPBA, t. 98, p. 48, f. 123; CNCCorr., Sala IV, “D.M.F. y otro”, 11 de noviembre de 1994, c. 2149, citado en DONNA, EDGARDO; DE LA FUENTE, EDGARDO; MAIZA, MARÍA y PIÑA, ROXANA, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2003, CNAC. PENAL Ec., Sala B, “Perego, Alberto A. s/ Inc. de apel. En ‘Norca SRL’”, 15/11/2004, LL, “Suplemento Penal”, 2005-73; CNAC. PENAL Ec., Sala B, “G., J. R. y otros”, 30/05/2005.

(76) AMBOS, KAI, *La parte general...*, op. cit., p. 267.

un tipo objetivo tan amplio mediante la exigencia de un tipo subjetivo tan limitado puede dar lugar a resultados absurdos.

Tampoco en el derecho penal internacional parece haber acuerdo sobre esta cuestión. En relación a esta misma norma Flavio Noto remarca que la mayoría de la doctrina considera que un requisito subjetivo tan elevado —equivalente al dolo directo de primer grado— prácticamente convertiría en letra muerta las previsiones del estatuto, pues resultaría muy difícil probar que el cómplice actuó con una intención que iba más allá de la simple ganancia financiera.⁽⁷⁷⁾ Quienes se han manifestado a favor, también parecen tener en mente la libertad de llevar adelante negocios (a sabiendas de que facilitan actos criminales) sin riesgo de ser criminalizados.⁽⁷⁸⁾ Parece que los intereses empresariales son de gran influencia en materia de complicidad con las graves violaciones a los derechos humanos. También en relación a las previsiones del ECPI se ha dicho que proteger a quien facilita a sabiendas, no solo es un error desde el punto de vista criminológico, sino que también es contrario objeto y propósito del Estatuto.⁽⁷⁹⁾ Verbitsky y Bohoslavsky recuerdan que esta cuestión de la complicidad empresarial ya se encontraba mencionada en la jurisprudencia del Tribunal Militar de Núremberg, donde se dijo lo siguiente:

Aquellos que ejecutan el plan no evaden su responsabilidad demostrando que actuaron bajo la dirección de la persona que lo concibió (...). Esa persona debió tener la cooperación de políticos, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocios. Cuando, con conocimiento de los propósitos de aquella persona, le prestaron cooperación, ellos mismos formaron parte del plan que esta había iniciado. Ellos no pueden ser considerados inocentes (...) si sabían lo que estaban haciendo.⁽⁸⁰⁾

.....

(77) NOTO, FLAVIO, *Secondary Liability in International Criminal Law. A Study on Aiding and Abetting or otherwise Assisting the Commission of International Crimes*, Dike, 2013, p. 179.

(78) Flavio Noto dice que “One commentator has welcomed a *dolus directus* in the 1st degree threshold for allowing ‘the citizen to carry on with normal daily and social business relationships’”. *Business* podría traducirse también como “asuntos”, pero en este contexto resulta claro que se refiere a “negocios”.

(79) NOTO, FLAVIO, *Secondary Liability ...*, *op. cit.*, p. 180.

(80) VERBITSKY, HORACIO y BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, “Terrorismo de Estado y economía: de Núremberg a Buenos Aires”, en Verbitsky y Bohoslavsky (eds.), *Cuentas pendientes*, Bs. As., Siglo XXI, 2013, p. 13.

En 2008 la Comisión Internacional de Juristas (en adelante la Comisión o CIJ) elaboró un informe sobre la complicidad empresarial donde expresó qué estándares debían tener en cuenta las empresas prudentes para no ser responsabilizadas.⁽⁸¹⁾ El volumen II de este informe de la Comisión está dedicado al estudio de los estándares del Derecho Penal Internacional. Objetivamente, entendió que la asistencia debería contribuir “directa y sustancialmente” a la comisión del delito.⁽⁸²⁾ Este requisito fue interpretado por la Comisión como una forma de evitar que se castiguen las contribuciones que han sido irrelevantes o triviales.⁽⁸³⁾ Esto es muy diferente a exigir que la contribución esté “específicamente dirigida” a la comisión del delito. Aplicando el criterio de la Comisión, difícilmente se habría arribado al resultado obtenido por la Cámara de Apelaciones, dada la magnitud y la importancia de la contribución de Perišić al VRS y SVK, a sabiendas de que sus esfuerzos de guerra comprendían la realización de actos criminales.

Subjetivamente, la Comisión recordó que el ECPI determina que una persona será responsable cuando “con el propósito de facilitar” la comisión de ese crimen colabore en la comisión o la tentativa de comisión del crimen. Ya nos hemos referido a este problema. Señaló, además, que este requisito más estricto se aparta de la jurisprudencia de apelación de los tribunales *ad hoc*.⁽⁸⁴⁾ De todas formas, la Comisión observa que “los directivos de empresas que saben que sus actos facilitarán la comisión de un crimen, o instigarán a cometerlo o proporcionarán apoyo moral, y, sin embargo, deciden proseguir con su conducta, correrán el riesgo grave de que se les considere responsables penalmente como cooperadores no necesarios”.⁽⁸⁵⁾

También resulta útil repasar las consideraciones de la Comisión en lo atinente a la responsabilidad empresarial, contenidas en el volumen 1 del Informe. Subjetivamente, la Comisión entendió que una corporación podía ser responsabilizada

.....

(81) COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Complicidad empresarial y responsabilidad legal*, vols. 1, 2 y 3, Ginebra, 2008, [en línea] www.icij.org

(82) COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *op. cit.*, vol. 2, p. 19.

(83) *Ibid.*, vol. 2, p. 20.

(84) *Ibid.*, vol. 2, p. 23.

(85) *Ibid.*, vol. 2, p. 24.

... si la empresa o sus empleados activamente desean habilitar, exacerbar o facilitar las violaciones manifiestas a los derechos humanos; o aunque no lo deseen, saben o deberían haber sabido a partir del conjunto de circunstancias que existía el riesgo de que su conducta contribuyera a la comisión de violaciones de los derechos humanos, o ignoran ese riesgo de manera voluntaria.⁽⁸⁶⁾

En otras palabras, pareciera que para la Comisión la responsabilidad empresarial por complicidad se vería satisfecha con el dolo eventual.⁽⁸⁷⁾

También hizo referencia a la proximidad entre la empresa y el autor de las violaciones, pero en términos muy diferentes al criterio empleado por la Cámara de Apelaciones del TPIY. Dijo la Comisión que una corporación podía ser responsabilizada si “la empresa o sus empleados tienen una relación próxima con el autor principal de las violaciones manifiestas de los derechos humanos o con las víctimas de las violaciones, bien debido a su proximidad geográfica, bien debido a la duración, frecuencia, intensidad o naturaleza de la relación, interacciones o transacciones correspondientes”. Aclaró que “cuanto más cercanos estén la empresa o sus empleados de las situaciones o a los sujetos involucrados, tanto más probable es que la conducta de la empresa dé lugar desde el punto de vista jurídico a la responsabilidad legal por haber habilitado o exacerbado los abusos, y tanto más probable es que el derecho considere que la empresa conocía el riesgo o debería haberlo conocido”.⁽⁸⁸⁾ Como se puede apreciar, la “proximidad geográfica” es solo una de las formas en que una empresa puede estar próxima al perpetrador. Así, se dice que “esta proximidad puede ser espacial, temporal o derivada de la relación entre la empresa y el autor del crimen”.⁽⁸⁹⁾ Sobre esto volveremos más adelante. Lo interesante aquí es que se toma en cuenta a la proximidad por la “naturaleza de la relación, interacciones o transacciones correspondientes”. Recordemos que en el caso que nos ocupa había sido demostrada la casi total dependencia del SVK y el VRS respecto del VJ y la relación entre sus miembros, a punto tal que muchos oficiales de alto rango de los primeros habían sido provistos por el último. De todas formas, por la vaguedad de este criterio, consideramos más apropiada la solución de

(86) *Ibid.*, vol. 1, p. 11.

(87) *Ibid.*, vol. 1, pp. 23/24.

(88) *Ibid.*, vol. 1, p. 12.

(89) *Ibid.*, vol. 1, p. 29.

recurrir a las teorías de la imputación objetiva para el caso argentino. Lo relevante es subrayar que lo resuelto por la Cámara de Apelaciones no es más que una de las posibles soluciones y que se encuentra lejos de ser un criterio mayoritario o pacíficamente aceptado por la comunidad internacional.

En el informe también se hacen otras observaciones útiles. Examina algunas de las defensas más comunes esgrimidas por las empresas. Una de ellas es la fórmula: "Estábamos desempeñando una actividad empresarial lícita". Al respecto, la Comisión sostuvo que este hecho no exime a la empresa de responsabilidad legal cuando se establece un vínculo causal necesario con la violación manifiesta de los derechos humanos (junto al conocimiento o previsibilidad). Similares consideraciones podrían hacerse respecto del criterio aplicado por la Cámara de Apelaciones cuando señala que, mediante su asistencia, el VJ estaba lícitamente contribuyendo al esfuerzo general de guerra del VRS. Otra defensa común pretende evadir responsabilidad diciendo que su negocio se encontraba localizado en otro país. Al respecto, la Comisión indicó que esto carecía de relevancia, especialmente en un mundo como el nuestro, donde predomina la tecnología y las comunicaciones instantáneas.⁽⁹⁰⁾ Uno de los parámetros propuestos por la Comisión es el de las relaciones económicas y políticas, donde lo relevante es el control del mercado que tiene la empresa o su acceso a las esferas de poder y a información privilegiada.⁽⁹¹⁾

Por otra parte, no es posible soslayar que en el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado en nuestro país se reprocha a los responsables la comisión de delitos previstos en el Código Penal de la Nación, conforme su redacción vigente al momento de los hechos. Las formas de autoría y participación son las previstas en el Título VII del mencionado cuerpo legal, y no las provenientes del derecho penal internacional. Esto no impide que los tribunales internos tomen algunos de los argumentos de los tribunales penales internacionales para explicar, por ejemplo, algún detalle sobre los conocimientos que poseía un militar en alguna circunstancia dada. El desarrollo de los elementos que conforman la responsabilidad penal individual es relativamente reciente y un tanto caótico en el derecho penal internacional, lo cual se debe a la difícil tarea de compatibilizar sistemas y lenguajes distintos

.....

(90) *Ibid.*, vol. 1, p. 21.

(91) *Ibid.*, vol. 1, p. 30.

en todo el mundo.⁽⁹²⁾ Es natural que muchos de sus elementos estén aún en discusión. Werle señala lo rudimentario y fragmentario de las disposiciones del derecho penal internacional en materia de participación.⁽⁹³⁾ Muchos de los problemas que se presentan el derecho penal internacional se deben al conflicto de intereses de las potencias bélicas por dejar impunes los crímenes que cometen aún hoy. Por eso es común que los textos sobre derecho penal internacional contengan algún capítulo dedicado a explicar cómo estos conflictos de intereses derivaron en la defectuosa legislación internacional que esforzadamente intentan racionalizar. El caso más conocido es el del genocidio, que solo admite ser cometido con dolo directo, mientras en los ordenamientos jurídicos internos el homicidio simple admite el dolo eventual. Todo ello ha derivado en que muchos de los conceptos del derecho penal internacional no sean asimilables al de los ordenamientos jurídicos internos.

Para agregar más desconcierto, hay quienes dudan de que la Cámara de Apelaciones haya sostenido un *mens rea* de complicidad basado en el propósito del autor al afirmar que la contribución del cómplice debía estar "específicamente dirigido" a asistir la comisión de un delito. Flavio Noto expone el problema diciendo que "este requisito se originó en Tadić, donde la Cámara de Apelaciones *ex proprio motu* explicó la distinción entre *joint criminal enterprise* y *aiding and abetting* en un *obiter dictum*. Los tribunales *ad hoc* se han esforzado por darle un significado a este requerimiento. Como resultado, ha surgido una variedad desconcertante de significados. En *Blagojević and Jokić*, la Cámara de Apelaciones sostuvo que el requisito de dirección específica estaba relacionado con el requerimiento del efecto sustancial, luego de que la defensa había sostenido que el acusado no podía ser responsabilizado por complicidad en tanto él "meramente había realizado sus normales o rutinarios deberes". En *Strugar*, la Cámara de Juicio había sostenido que hacía al requerimiento del efecto directo. Esto fue rebatido en Orić, donde la Cámara de Juicio explicó que este requerimiento estaba "obviamente meramente indicando la necesaria 'dirección específica' para cometer el crimen". En *Mrkšić et al.*, la Cámara de Apelaciones sostuvo que esto era un elemento del *actus reus* pero, particularmente, no uno esencial, y en última instancia eludió una

(92) Pueden verse los trabajos de George Fletcher, como "Rethinking Criminal Law", y también en obras conjuntas con Francisco Muñoz Conde. Es un asunto muy viejo.

(93) WERLE, GERHARD, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 210.

explicación clara al sostener que la dirección específica solo había sido un requisito ocasional en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Absurdamente, la Cámara de Apelaciones también sostuvo que en los casos en que la dirección específica había sido requerida, no lo había sido como un elemento esencial.⁽⁹⁴⁾ Ante este panorama no parece posible afirmar que la doctrina de Perišić sea jurisprudencia generalizada y aceptada pacíficamente. Por lo tanto, tampoco reúne las características necesarias para ser tenida en cuenta por nuestros tribunales.

Folgueiro señala que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) concluyó en el caso “Akayesu”⁽⁹⁵⁾ que un cómplice de genocidio no necesariamente debe poseer el *dolus specialis* de genocidio. Bastará con que el cómplice conozca o tenga razones para sospechar que el acto principal constituye un caso de genocidio.⁽⁹⁶⁾ Es más, el TPIR en aquella oportunidad sostuvo que si el acusado ayudó y alentó a sabiendas la comisión de un homicidio cuando sabía o tenía razones para saber que el principal estaba actuando con intención de genocidio, el acusado sería cómplice de genocidio, aun si no compartía la intención del homicida de destruir el grupo. Naturalmente, esto nos recuerda el caso de Adolf Eichmann —también mencionado por el TPIR—, quien se presentaba como un simple operario. El TPIR recordó que “las conclusiones de la Corte israelí en este caso apoyan el principio de que el *mens rea*, o intención especial, requerida para la complicidad en genocidio es el conocimiento del plan genocida, unido con el *actus reus* de participación en la ejecución de tal plan”.⁽⁹⁷⁾ Folgueiro concluye que quienes suministren los medios necesarios para que un Estado lleve adelante un plan de genocidio y quienes tomen parte de él como eslabones de su cadena administrativa deben ser considerados cómplices en la ejecución del genocidio, si conocen que su acción contribuye a un plan general de destruir un grupo.⁽⁹⁸⁾ Flavio Noto,

(94) NOTO FLAVIO, *Secondary Liability ...*, *op. cit.*, p. 130. La traducción es nuestra en cada oportunidad en que citamos esta obra. La bastardilla está en el original, excepto por las palabras en inglés.

(95) TPIR, *The prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*. Sobre esta cuestión, ver párrs. 540, 541 y 545.

(96) FOLGUEIRO, HERNÁN L., “El crimen de genocidio. Análisis del art. 6° del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, en Parenti-Filippini-Folgueiro, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Derecho Internacional*, 1ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2007, p. 175.

(97) TPIR, *The prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*, fallo cit., el destacado se encuentra en el original, párr. 544.

(98) FOLGUEIRO, HERNÁN L., “El crimen...”, *op. cit.*, p. 176.

por su parte, apunta la autocontradicción del TPIR en este precedente.⁽⁹⁹⁾ Mientras por un lado fija un estándar de *mens rea* de complicidad mayor al simple conocimiento al requerir que el acusado tenga el “deseo de que el crimen de hecho se cometa”,⁽¹⁰⁰⁾ al mismo tiempo afirmó que el cómplice “ni siquiera necesita desear que la ofensa principal sea cometida”.⁽¹⁰¹⁾ Nuevamente, nos parece que estamos ante una cuestión sumamente confusa y discutida en el derecho penal internacional como para que algún tribunal pueda adoptar la doctrina de Perišić.

Otra de las cuestiones centrales tratadas en el fallo es la referida la proximidad geográfica de Perišić respecto de los perpetradores como dato relevante para determinar si el aporte estaba específicamente dirigido a la comisión de los crímenes cometidos por sus subordinados. Pero el criterio aplicado por la Cámara de Apelaciones en ese caso no tiene ninguna utilidad en el caso argentino. Al respecto, el Tribunal sostuvo que:

cuando la proximidad geográfica está presente, el elemento de dirección específica puede ser demostrado implícitamente a través de la discusión de otros elementos de la responsabilidad de complicidad, como la contribución substancial. (...) En tal caso, la existencia del elemento de dirección específica, que demuestra el nexo culpable entre el la asistencia cómplice del acusado y los crímenes del perpetrador principal, serán auto evidentes.⁽¹⁰²⁾

... cuando un acusado de complicidad se encuentra lejos de los crímenes relevantes, la evidencia que prueba otros elementos de la complicidad pueden no ser suficientes para probar la dirección específica. En tales circunstancias, la Cámara de Apelaciones, con la disidencia del juez Liu, sostiene que se requiere una consideración explícita de la dirección específica.⁽¹⁰³⁾

... una distancia temporal significativa entre las acciones de un acusado individual y el crimen que él o ella supuestamente asistieron,

.....

(99) NOTO, FLAVIO, *Secondary Liability ...*, op. cit., 2013, p. 128.

(100) TPIR, *The prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*, fallo cit., párr. 476.

(101) *Ibid.*, párrs. 538/539.

(102) *Ibid.*, párr. 38.

(103) *Ibid.*, párr. 39.

hace descender la probabilidad de una conexión entre el crimen y las acciones individuales del acusado. El mismo razonamiento se aplica, por analogía, a otros factores que separan los actos de un individuo acusado de complicidad de los crímenes que él o ella supuestamente han facilitado. Esos factores pueden incluir, pero no se encuentra limitado a, la distancia geográfica.⁽¹⁰⁴⁾

En el caso argentino, cuya doctrina y jurisprudencia ha tenido proyección internacional a fenómenos similares, se ha aplicado la construcción dogmática de Claus Roxin. El profesor de Múnich sostiene que en esta clase de delitos sucede algo que los distingue:

... mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato.⁽¹⁰⁵⁾

El criterio aplicado por la Cámara de Apelaciones en *Perišić* claramente responde al criterio opuesto, sin ningún dato de la realidad o experiencia histórica que lo avale.

La postura de Roxin se ajusta mucho mejor a la realidad de esta clase de crímenes, en general, y al terrorismo de Estado como lo conocimos en nuestro país, en particular. Es que, como lo sostuvo el Tribunal regional de Jerusalén en el caso Eichmann,

... la proximidad o lejanía de uno o de otro, de entre estos muchos delincuentes, al que mató realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores en la cadena de mando, a los 'inductores', en la nomenclatura de nuestro legislador.⁽¹⁰⁶⁾

.....

(104) *Ibid.*, párr. 40.

(105) ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 274.

(106) ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio...*, op. cit., p. 274.

La cuestión no debe confundirse con un problema probatorio. No se trata aquí de un supuesto de responsabilidad objetiva, como muchas veces se ha pretendido. Es solo que la especial relevancia que la Cámara de Apelaciones atribuye a los factores temporales y geográficos desconoce la realidad del control que ejerce esta clase de criminal. Podría inclusive afirmarse que el tipo de conflicto armado en el que participó Perišić ha quedado en el tiempo. El desarrollo vertiginoso de las telecomunicaciones y la informática permite llevar adelante una guerra desde un cómodo sillón, igual a como se juegan los videojuegos.⁽¹⁰⁷⁾ Los aportes pueden ser tan sutiles que, a veces, no es necesaria la participación militar.

De aplicarse el criterio de la Cámara de Apelaciones bastaría con una valoración de la prueba un tanto ritualista o ingenua para concluir en la ausencia de ese "nexo de culpabilidad". Efectivamente eso fue lo que sucedió en el caso que comentamos, ya que se tomó en consideración preferentemente aquello que estaba en la superficie, ignorando que todo aquello no era más que una pantalla. Aplicar semejante ritualismo actualmente resulta sumamente peligroso. A diario nos llegan noticias de crímenes de guerra cometidos por supuestos "ejércitos de liberación" o "rebeldes" cuya independencia de las potencias bélicas debe ser puesta en duda por cualquier persona sensata, al apreciar la clase y cantidad de armamento que emplean.⁽¹⁰⁸⁾

Finalmente, es dable aclarar que mientras Roxin está argumentando sobre la autoría mediata, la Cámara de Apelaciones está proponiendo un estándar de imputación para la complicidad. La diferencia es irrelevante si entendemos que estamos hablando del establecimiento de un nexo entre el acusado y su aporte. Lo que pretendemos mostrar es que la distancia geográfica es un factor casi irrelevante en esta clase de delitos, en los que el dominio sobre lo que ocurre aumenta en la medida en que se asciende en la pirámide jerárquica, y no por la proximidad geográfica o temporal. Al menos en este caso encontramos que no es posible construir un criterio de imputación fundado en la proximidad geográfica cuando cualquier aproximación a la realidad de esta clase de crímenes demuestra que las distancias nada tienen que ver con el poder ni con la naturaleza del aporte.

.....

(107) Tanto es así que Verbitsky advierte que actualmente el Pentágono ya recluta a sus soldados de entre los más hábiles con el joystick. Verbitsky, Horacio, "La noche más oscura", en *Página 12*, 10/12/2013, [en línea] <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-213590-2013-02-10.html>

(108) Sobre esta cuestión nos remitimos al párr. 1754 de la sentencia de la Cámara de Juicio.

Más arriba se señaló que el concepto de “proximidad” admite otros sentidos, entre los que debe incluirse la naturaleza de la relación. Como se dijo, en nuestro ámbito interno este problema sería resuelto apelando a las teorías de la imputación objetiva, mientras que en el plano subjetivo se admitiría el dolo eventual.

Nuevamente, no pretendemos aquí refutar los argumentos empleados por el Tribunal, sino mostrar su inaplicabilidad al caso argentino y a los conflictos modernos. Con relación al caso argentino, piénsese lo que ocurriría respecto de los aportes realizados por civiles. Creemos que podría derivar en resultados absurdos. Piénsese en los empresarios que realizaban aportes al terrorismo de Estado mediante la identificación para el secuestro de obreros o mediante apoyo logístico y financiero. Muchos de esos casos aún no han llegado a la etapa oral del proceso. Si bien a medida que pasa el tiempo muchos nos vamos convenciendo de que los verdaderos “hombres de atrás” sean coautores o instigadores del terrorismo de Estado pertenecen a la sociedad civil.

La prudencia con que se deben juzgar estos casos aconseja tomar en cuenta otras razones más, esta vez, de índole política. Como se ha visto, las últimas decisiones del Tribunal de Apelaciones han despertado demasiadas controversias y rechazos. Muchas de sus decisiones recientes están teñidas de sospechas en tanto no parecen representar criterios aceptados por las naciones civilizadas. Sería lamentable que el proceso de juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos en nuestro país se viera manchado por intrigas internacionales de las que nuestro Estado es ajeno.

3. La práctica en Argentina

Ya dijimos que en el ámbito interno se ha juzgado a los responsables por crímenes de lesa humanidad cometidos durante el terrorismo subsumiendo sus conductas en disposiciones de derecho interno conforme su interpretación por la doctrina y jurisprudencia aplicables, y que esto impide aplicar íntegramente los requisitos de formas de participación propias del derecho penal internacional. Hicimos una breve referencia a la cuestión de la complicidad y las discusiones sobre los elementos que la constituyen. Ahora bien, especial atención merece la cuestión de la responsabilidad de los superiores por los crímenes ejecutados por sus subordinados. Nos limitaremos a hacer una breve descripción del panorama actual.

Hasta el momento nuestros tribunales han optado por aplicar las disposiciones de derecho interno sobre autoría y participación, ya sean los arts. 513⁽¹⁰⁹⁾ y 514⁽¹¹⁰⁾ del viejo Código de Justicia Militar (CJM) o el art. 45 del Código Penal (CP). Esto quiere decir que no ha habido sentencias en las que se haya condenado a los responsables de aquellos delitos aplicando las categorías de “responsabilidad penal del superior” o la de “complicidad” (*aiding and abetting*) a cometer crímenes de guerra, provenientes del derecho penal internacional.

La aplicación del derecho interno, sin embargo, no ha sido siempre igual. En cuanto a la responsabilidad del superior por los hechos ejecutados por sus subordinados, la mayor parte de la jurisprudencia ha optado por considerarlos autores mediatos, aplicando la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, conforme fuera formulada por Claus Roxin.⁽¹¹¹⁾ Este camino fue inaugurado por la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en la causa 13/84, también conocida como “Juicio a las Juntas”.⁽¹¹²⁾

Curiosamente, la Cámara no llegó a esta conclusión aplicando el art. 45 CP —como actualmente se hace—, sino por aplicación de los arts. 514 y 514 CJM, pues entendió que en ellos se preveía un supuesto de autoría mediata para quien ordena a su subordinado la comisión de un delito. Para arribar a esta conclusión, la Cámara constató que estuvieran presentes todos los elementos que requiere esta teoría y, además, sostuvo que los

... procesados se encontraban en pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas, y en su carácter de comandante en jefe, emitieron las órdenes ilícitas, dentro del marco de operaciones

.....

(109) “En los delitos de jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las reglas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos por este Código, para determinadas infracciones”.

(110) “Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y solo será considerado cómplice el inferior, cuando este se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”.

(111) En nuestro idioma, véase ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio...*, op. cit., p. 269 y ss.; del mismo autor, “Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año I, n° 3, La Ley, pp. 3/18. En particular sobre el caso en Argentina, ver DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, “Autoría en aparatos organizados de poder. Caso argentino”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires - 2011: Testimonio de derecho penal. Homenaje a Andrés José D’Alessio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 141 y ss.

(112) CSJN, Fallos: 309:5.

destinadas a combatir la subversión terrorista, actividad esta última que resulta indudablemente vinculada con el cumplimiento de las funciones que a aquellos les correspondía desempeñar en virtud de expresas disposiciones legales.

De todas formas, y a modo de *obiter dictum*, aclaró que se podría haber arribado a la misma conclusión por aplicación de las disposiciones del Código Penal. Esta opción ha recibido críticas, pero ellas están más bien referidas a la forma en que se ha aplicado mas no a la teoría en sí, que a nuestro juicio es la que mejor describe lo sucedido en nuestro país.

A pocos años de la reanudación del proceso de juzgamiento de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos se ha acumulado suficiente prueba testimonial y documental que da cuenta de cómo funcionaba el aparato. Muchos de aquellos testimonios se han convertido en libros que dieron origen a su propio género sobre la violencia de aquellos años. Algunos de los responsables, al amparo de las leyes de obediencia debida y punto final, publicaron sus memorias, dando detalles de sus experiencias.⁽¹¹³⁾ Hacia el final de su vida, el propio Videla reconoció los hechos y su responsabilidad en una entrevista periodística.⁽¹¹⁴⁾ Tampoco son secretos los reglamentos que formalmente organizaron la actuación de las fuerzas de represión. Alguna vez el General Riveros dijo “Hicimos la guerra con la doctrina en la mano”. Hoy sabemos que se refería a la doctrina francesa sobre la guerra revolucionaria.⁽¹¹⁵⁾ Todas esas fuentes pueden diferir en sus valoraciones de aquella violencia, pero coinciden en la descripción del aparato de terror, donde cada engranaje domina la parte del aparato a su cargo.

En el caso argentino también se verifica la fungibilidad de los engranajes de la maquinaria de represión y la libertad de los ejecutores. Quienes no comulgaban con el plan sistemático de exterminio podían dar un paso

.....

(113) BIGNONE, REYNALDO B. A., *El último de facto II. Quince años después. Memoria y testimonio*, San Miguel, edición del autor, 2000; VERGEZ, HÉCTOR, *Yo fui Vargas. Antiterrorismo por dentro*, Bs. As., edición del autor, 1995.

(114) REATO, CEFERINO, *Disposición final*, Bs. As., Sudamericana, 2012.

(115) La experiencia francesa fue sintetizada por el Coronel Roger Trinquier en su libro *La guerra Moderna*, cuya primera edición es de 1961. Es al terrorismo de Estado lo que el *Malleus Maleficarum* fue para la inquisición. Hay una traducción al castellano, titulada *La guerra moderna*, de Editorial Rioplatense. Sobre la escuela francesa, MONIQUE, MARIE ROBIN, *Los escuadrones de la muerte: la escuela francesa*, Bs. As., Sudamericana, 2005.

al costado, sin que sobre ellos caiga alguna clase de mal grave. Roxin también destaca que durante el nazismo tampoco se registraron casos de fusilamiento a quienes se negaran a cumplir órdenes.⁽¹¹⁶⁾ El sujeto re-nuente era reemplazado por otro que llevara adelante la orden, en este caso, por comulgar con el plan. Al respecto, De Luca cuenta lo siguiente:

Estos ejecutores realizaron hechos que al mismo tiempo son propios y ajenos. El de atrás dominaba una organización, un aparato, y el hecho particular del ejecutor era dominado por el de atrás a través de ese aparato, no de la manera tradicional de la autoría mediata. Existen documentos emitidos por oficiales con el grado de tenientes coroneles, una jerarquía intermedia del aparato organizado de poder, que explican cómo funcionaba esa organización y lo que ocurría en sus mentes. Allí, se señala que las misiones y órdenes de la lucha contra la ‘subversión’ fueron cumplidas con gusto, compenetrados por su espíritu de soldados y convencidos de la legitimidad de la posición asumida por las máximas jerarquías del Ejército, aun a costa de las implicaciones de índole espiritual, ético, moral y religiosas que aquellas le acarrearán, como personas y como católicos, y que todos los camaradas estaban al tanto de esas órdenes y misiones.⁽¹¹⁷⁾

Por último, insistimos en que para evaluar el dominio en esta clase de delitos es incorrecto apoyarse únicamente en aquello que “está escrito” o “explícito” o en “la superficie”, tal como lo hizo la Cámara de Apelaciones en el caso que nos ocupa. En general, pero especialmente en el caso argentino, esta clase de crímenes se lleva a cabo en la clandestinidad y tratando de mantener en secreto todo lo atinente a su organización, sus miembros, sus operaciones, sus víctimas, etc. Sería inútil buscar en los reglamentos militares alguna referencia atinente a los robos cometidos por los grupos de tareas o sobre la sustracción de menores. Las relaciones de poder muchas veces tampoco se corresponden con aquello que está escrito. Un ejemplo de ello fue el funcionamiento de la Zona de Defensa IV, creada formalmente el 21 de mayo de 1976 por Orden Parcial 405/1976, aunque ha sido acreditado en distintos juicios de lesa

(116) ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio...*, p. 271.

(117) DE LUCA, JAVIER A., *op. cit.*, p. 141 y ss.

humanidad llevados a cabo en la jurisdicción de San Martín que esa Zona de Defensa funcionaba desde octubre de 1975 y estaba a cargo del Cdo. de Institutos Militares. Contaba el testigo Juan Carlos Scarpatti que uno de sus torturadores le había manifestado que aquello funcionaba desde antes del Golpe por “zurda de la zurda”, es decir que era más clandestino que lo clandestino.⁽¹¹⁸⁾ Este peligro había sido lúcidamente advertido por la Cámara de Juicio en el citado párrafo 1754, mas ignorado por la Cámara de Apelaciones. Es probable que uno de los mayores inconvenientes de la decisión bajo estudio no esté en aquello que quedó escrito sino en lo que calló.

Siguiendo con la exposición, en la misma causa 13/84 pero en la sentencia de la Corte Suprema, los jueces Caballero y Belluscio rechazaron tanto la aplicación de los artículos del CJM, como la doctrina de la autoría mediata. Sostuvieron, en cambio, que los superiores debían responder como partícipes necesarios. Consideraron que los delitos cometidos por los imputados no eran de aquellos cometidos en ejecución de una orden de servicio sino que se trataba de delitos perpetrados en tiempo de paz, que atacan la vida o la libertad de las personas. Esta postura no tuvo repercusiones en la jurisprudencia posterior por la simple razón de que desconoce la realidad del fenómeno. La misma observación había hecho Roxin ante construcciones semejantes: es como decir que el holocausto no fue obra de Hitler.

Otros tribunales han optado por condenar a los responsables como coautores de los hechos ejecutados por sus subordinados, también en los términos del art. 45 CP. Tal ha sido el caso del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín respecto del General Riveros, quien al momento de los hechos ejercía la jefatura de la región que luego se denominó Zona de Defensa IV,⁽¹¹⁹⁾ es decir que era amo y señor de la vida y de la muerte en la zona norte del Gran Buenos Aires. Entendemos que en casos como este, en el que el sujeto ocupa un lugar intermedio en la cadena de mando, el agente debe ser responsabilizado como coautor mediato de los delitos ejecutados por sus subordinados.

.....

(118) TRIB. ORAL CRIM. FED. N° 1 SAN MARTÍN, causa N° 2630, apart. II.1., sentencia del 17/12/2013.

(119) TRIB. ORAL CRIM. FED. N° 1 SAN MARTÍN, causa n° 2005, “Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad”, sentencia del 12/08/2009.

4. ¿Aplicación del Derecho Penal Internacional?

El juzgamiento de estos crímenes subsumiendo los hechos en los delitos previstos en el Código Penal parece una cuestión pacíficamente aceptada en la jurisprudencia. Este problema no debe confundirse con el referido a la competencia de los tribunales civiles para juzgar delitos cometidos por militares, que tuvo lugar merced de la utilización de la facultad de asumir los procesos en caso de demora injustificada o negligencia en la actuación de los tribunales militares.⁽¹²⁰⁾ Entendemos que el juzgamiento de estos delitos subsumiéndolos en tipos penales vigentes al momento de los hechos es procedente en tanto se cumpla con la obligación de juzgar y sancionar a los autores y partícipes de las graves violaciones a los derechos humanos, regla esta que proviene del derecho de gentes.

Esta obligación no impone a los Estados la subsunción de los hechos en tipos penales del derecho penal internacional. Bien puede cumplirse subsumiéndolos en delitos comunes, lo cual en forma alguna resulta incompatible con su naturaleza de crímenes contra la humanidad, con todas las consecuencias que ello acarrea. Los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado ya se encontraban tipificados como delitos en el ordenamiento interno, por lo que no fue necesario aplicar la regla que permitiría la aplicación del derecho penal internacional.

Actualmente, el ECPI prevé el principio de complementariedad en su art. 17. Balmaceda entiende que esto

... significa que el Estado signatario, que asume una obligación exigible internacionalmente, se encuentra específicamente vinculado al deber de perseguir y reprimir estas conductas directamente en su territorio. Y con las normas que forman parte de su ordenamiento jurídico. (...) de no recurrir a esto, entra a

.....

(120) PARENTI, PABLO y PELLEGRINI, LISANDRO, "Argentina", en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo, KAS, 2009, p. 134. Estaba claro que cualquier intento de "autodepuración", es decir, de permitir que los militares fuesen juzgados por sus camaradas, no sería más que un remedo de juicio. Precisamente eso fue lo que sucedió hasta que la Cámara Federal se avocó al conocimiento del juicio. En numerosos expedientes que comenzaron como un sumario militar, se puede apreciar el ritualismo con que se instruía. El expediente se limitaba al requerimiento de informe a un puñado de organismos militares, los cuales, obviamente, devolvían resultados negativos.

regir el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional con respecto a tales casos.⁽¹²¹⁾

Es posible afirmar que actualmente el Estado argentino se encuentra cumpliendo con su obligación y esto ya está escrito en la historia.

Se trata de hechos tan aberrantes que suelen ser castigados por todas las legislaciones internas. Pese a ser considerados delitos en nuestro ordenamiento jurídico vigente al momento de los hechos, los obstáculos jurídicos y políticos para el juzgamiento de los responsables tuvieron como consecuencia que, por aplicación del principio de jurisdicción universal, jueces de otros estados comenzaran a juzgarlos. Esto ocurrió en detrimento de nuestra soberanía, pues el Estado Argentino estaba renunciando a ejercerla al no ejercer su jurisdicción, tal como resaltó el juez Zaffaroni en su voto en el fallo "Simón".⁽¹²²⁾

5. Algunas reflexiones criminológicas

Las decisiones que acabamos de comentar deben llamar la atención de quienes adhieren a la idea de que las masacres deben ser uno de los principales objetos de estudio de la criminología.⁽¹²³⁾ En varias oportunidades se ha señalado que el poder punitivo internacional no escapa a su carácter selectivo.⁽¹²⁴⁾ Pese a que recae sobre los peores criminales, es evidente que siempre quedan a salvo aquellos que pertenecen a las potencias bélicas que detentan el poder mundial. En nuestro país todavía está pendiente el juzgamiento de los responsables civiles del terrorismo de Estado que, como ya se dijo, algunos de ellos eran los verdaderos "hombres de atrás" o instigadores de la represión. En otras palabras,

.....

(121) BALMACEDA, PAUL HERNÁNDEZ, "Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno", en Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Woischnik, Jan (eds.), *Temas actuales de derecho penal internacional*, Montevideo, KAS, 2005, p. 118, [en línea] <http://www.kas.de/rspla/es/publications/6060/>

(122) CSJN, "Simón Héctor Julio y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.", Fallos: 328:2056.

(123) ZAFFARONI, E., *La palabra de los muertos*, Bs. As., Ediar, 2011, p. 419 y ss.; y "El crimen de Estado como objeto de la criminología", [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/resource/kbee:/sajj-portal/content/doctrina/doctrina/2013/55e70a70-2679-11e3-822e-00000a020351/CF130247F1.PDF>

(124) ZAFFARONI, ALAGIA, y SLOKAR, *Derecho penal...*, op. cit., p. 197; y ZOLO, DANILO, *La justicia de los vencedores*, Bs. As., Edhasa, 2007, p. 163. Para Zolo la violación al principio de igualdad es una de las características de lo que llama "modelo Núremberg" de justicia penal internacional.

recae sobre los más vulnerables o sobre quienes han perdido ese poder. Basta con mencionar que los principales tribunales penales internacionales *ad hoc* han sido creados para juzgar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos ocurridos en la ex-Yugoslavia y Ruanda, países bastante alejados del poder mundial. Lo mismo puede decirse de la actividad de la Corte Penal Internacional hasta el momento.⁽¹²⁵⁾ Cada tanto las potencias castigan a algunos de sus agentes —siempre soldados de bajo rango— para mostrar que “se ocupan” de los delitos cometidos por sus miembros. Suelen ser casos escandalosos mediatizados en los que los hechos no revisten interés militar alguno. El castigo en esos casos muchas veces parece no tener otro fin que el de calmar a la comunidad internacional y dar la apariencia de que la norma internacional sigue vigente. Pareciera que se castiga la torpeza en la delincuencia antes que el hecho aberrante.

¿Cómo podemos interpretar la reciente jurisprudencia del TPIY? Nadie podría afirmar que estos militares han recuperado su poder o que ahora pertenecen a potencias bélicas que les aseguren un bajo estado de vulnerabilidad. Si no se trata hechos aislados, pareciera que estamos frente a una excepción a la regla mencionada en el párrafo anterior, en la cual criminales, ya sin poder, han escapado a la selección. Sin embargo, creemos que nada de eso está ocurriendo. Lejos de una excepción, hay quienes consideran que estos fallos preparan la impunidad de militares de las grandes potencias en relación a crímenes perpetrados más allá de sus fronteras y por ejércitos mercenarios disfrazados de “rebeldes libertarios”. No estaríamos entonces ante a una excepción, sino que las absoluciones son funcionales a un esfuerzo mucho mayor por asegurar la invulnerabilidad de los militares y políticos de las grandes potencias involucradas en otros conflictos donde sí están en juego sus intereses.⁽¹²⁶⁾



.....

(125) Puede consultarse su situación actual [en línea] http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx

(126) ZOLO, DANILO, *La justicia...*, op. cit., p. 169; y *Terrorismo humanitario*, Barcelona, Bellaterra, 2011, p. 104.

Las inmunidades de los magistrados y la obligación estatal de investigar y juzgar los crímenes contra la humanidad

LUCIANO A. HAZAN⁽¹⁾ y ELIZABETH GÓMEZ ALCORTA⁽²⁾



1. Introducción

A casi diez años de la reapertura del proceso de juzgamiento por los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado en nuestro país, se presentan nuevos desafíos para su avance.

Aún subsisten ciertos ámbitos, espacios e intervenciones de la represión ilegal que no se han investigado o que recién en los últimos años se han comenzado a estudiar, ejemplos de ellos son las participaciones activas de diferentes sectores de la sociedad: judiciales, empresarios, religiosos, medios de comunicación, entre otros, en aquellos crímenes.

.....

(1) Coordinador del Programa Verdad y Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Integrante del Programa Verdad y Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El avance en este sentido implica nuevos retos para todos aquellos que trabajamos en pos del afianzamiento del proceso de verdad y justicia. Implica vencer diferentes resistencias y sortear distintos obstáculos, jurídicos y políticos.

En el marco de los nuevos impulsos en las investigaciones por hechos vinculados al terrorismo de Estado, analizaremos aquí algunos reparos respecto del juzgamiento de magistrados por su participación en los crímenes contra la humanidad.

Más allá de algunas diferencias, generalmente se les imputa a los jueces y fiscales su intervención en la tramitación de causas en las que se denunciaron hechos de torturas o privaciones ilegales de la libertad, se interpusieron *habeas corpus* respecto de detenidos políticos en centros clandestinos de detención, tortura y exterminio durante la última dictadura cívico-militar. Su actuación habría consistido en la omisión de hacer cesar los hechos denunciados o la omisión de investigarlos. Asimismo, se ha imputado a algunos magistrados su presencia en algún centro clandestino de detención, tortura y exterminio.

Estas participaciones evidencian que el terrorismo de Estado contó con la activa participación de una importante cantidad de miembros del Poder Judicial, quienes aseguraron la absoluta impunidad de los hechos que se encontraban obligados a investigar. Más allá de cada caso y actuación en particular, estas intervenciones son calificadas como delitos de lesa humanidad.

El juzgamiento de jueces y fiscales por su intervención en la represión ilegal implica sortear algunos obstáculos normativos, conocidos como privilegios constitucionales, centralmente su desafuero.

Por un lado, nos encontramos con los conocidos casos de Víctor Hermes Brusa —a la fecha único magistrado condenado por delitos de lesa humanidad—,⁽³⁾ Atilio Irineo Romano, Luis Francisco Miret, Rolando Carrizo

.....

(3) TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SANTA FE, causa n° 03/08, "Brusa, Víctor Hermes y otros S/ Inf. arts. 144, 1er. párrafo de la Ley N° 14.616; arts. 144 bis incs. 1° y 2° y 142 inc. 1° último párrafo de la Ley N° 23.077 y art. 55 del C. P", 22/12/2009. Brusa fue condenado a la pena de 21 años de prisión como autor del delito de apremios ilegales en perjuicio de Anitilde Bugna, Stella Vallejos, Ana María Cámara, José Ernesto Schulman, Alba Alicia Sánchez, Daniel Oscar García, Mariano Eusebio Ariel Millán y Roberto Cepeda (ocho hechos), en concurso real;

Elst, Guillermo Max Petra,⁽⁴⁾ quienes han sido removidos de sus cargos mediante una condena de desafuero del Jurado de Enjuiciamiento o han renunciado a sus funciones, por lo que su intervención en el proceso penal, una vez desafueros o aceptadas sus renunciaciones, ha sido idéntica a la de cualquier ciudadano imputado. Otros magistrados, como Ricardo Lona⁽⁵⁾ y Pedro Cornelio Hooft,⁽⁶⁾ han sorteado juicios políticos en los que finalmente fallaron en contra de su destitución.

El interrogante respecto del avance de los procesos penales en los que se investigan responsabilidades de magistrados —tanto jueces, fiscales o defensores oficiales— y las inmunidades que ellos gozan se vuelve central cuando las actuaciones versan sobre crímenes contra la humanidad.

Las inmunidades son privilegios de los que gozan las personas en función del cargo que ocupan.

La Constitución Nacional sólo otorga inmunidades a los miembros del Congreso —arts. 68 y 69— y a los miembros del Ministerio Público —art. 120—. Las primeras se refieren expresamente a la inmunidad de expresión y de arresto, aunque parte de la doctrina entiende que el art. 69 regula, a la vez, una inmunidad de jurisdicción penal.⁽⁷⁾

La reforma de la Constitución Nacional introdujo, en la Sección Cuarta del Título Primero, al Ministerio Público como un órgano independiente

.....

hechos cometidos en el marco de un plan sistemático y generalizado de represión por parte del Estado, considerándose por ello delitos de lesa humanidad.

(4) Todos ellos procesados. JFED. N° 1 DE MENDOZA, "F. c/ Guzzo Gabriel y Otros", Expte. 636-F. Actualmente, en trámite el debate oral y público ante el el Trib. Oral Crim. Fed. n° 1 de Mendoza.

(5) Respecto de Ricardo Lona el Jurado de Enjuiciamiento dictó sentencia en la causa n° 9 caratulada "Doctor Ricardo Lona s/ pedido de enjuiciamiento", el 18/02/ 2004, absolviéndolo de los cargos que se le imputaban. Finalmente, el 19/02/2004, el Poder Ejecutivo de la Nación le aceptó la renuncia al entonces magistrado —quien la había presentado a fin de evitar el juicio político—.

(6) El jurado de enjuiciamiento de magistrados de la provincia de Buenos Aires dictó el 28/04/2014 un fallo absolutorio en las causas: J. E. 12/06: "Duhalde, Eduardo Luis, Secretario de Derechos Humanos de la Nación acusa" y J. E. 14/06: "Representantes de Organismos de Derechos Humanos, de Organizaciones Sociales y Políticas. Acusan". En este caso intervino el órgano de enjuiciamiento de la provincia de Buenos Aires, porque Pedro Hooft se desempeña como magistrado provincial.

(7) EKMEKDJIAN, MIGUEL, *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As., Depalma, 1991. p. 369.

con autonomía funcional y autarquía financiera, asignándole como función la de promover la actuación de la justicia en la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. A tal fin, sus miembros gozan además de la intangibilidad de las remuneraciones, de **inmidades funcionales**.

Ninguna de las demás autoridades del Estado, ya sean del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, tienen establecidas inmidades constitucionalmente.

Si bien la figura de la inmidad es propia de los legisladores, tal como lo establecieron los constituyentes en 1853, lo cierto es que a fin de proteger la independencia de los jueces, se establecieron además de las garantías de inamovilidad o estabilidad en sus cargos y la intangibilidad de sus remuneraciones, previstas en art. 110 de la Carta Magna, resguardos adicionales, como las inmidades funcionales de los magistrados, las que, actualmente, están reguladas legalmente.⁽⁸⁾ Estos privilegios funcionales fueron establecidos para los miembros del Poder Judicial por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁽⁹⁾

Sin embargo, algunas constituciones provinciales establecen la existencia de inmidades para los magistrados.

Las inmidades funcionales que se establecen para los magistrados, generalmente, son la de opinión y de arresto. La primera de ellas implica que los jueces no pueden ser acusados por sus manifestaciones vertidas con motivo o en el ejercicio de sus funciones —centralmente en sus resoluciones o fallos— y la segunda que no pueden ser arrestados durante el ejercicio de sus funciones, a excepción que se lo sorprenda *in fraganti* en la comisión de un delito.⁽¹⁰⁾

A su vez, el derecho internacional distingue dos tipos de inmidades: la *ratione materiae* —funcional— y la *ratione personae* —personal—.

La inmidad *ratione materiae* cubre sólo los actos ejecutados durante el ejercicio de las funciones oficiales de algunos altos funcionarios y es

.....

(8) Mediante la ley 25.320, BO 13/09/2000.

(9) CSJN, "Scarsi de Trotti, Alcira c/ Williams, Benjamín"; "Irurzun, Ricardo Ernesto c/ Estado Nacional (Secretaría de Justicia) y otro s/ daños y perjuicios", 12/04/1994 (317:365);

(10) Las provincias de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Río Negro, Salta, San Juan y la Ciudad de Buenos Aires garantizan en sus constituciones la inmidad de arresto y opinión para los miembros del Poder Judicial. Las provincias de Córdoba y Santiago del Estero sólo contemplan la inmidad de arresto.

operativa incluso cuando ellos ya no se encuentran en funciones. Este privilegio impide que se inicien procesos judiciales en un país tercero por aquellos actos. La inmunidad *ratione personae*, por su parte, se extiende a los actos ejecutados fuera de la función oficial de ciertas autoridades estatales, incluso a aquellos cometidos antes de asumir el cargo o función. En definitiva, las inmunidades son privilegios que las constituciones o normas de inferior jerarquía otorgan a ciertas personas en razón de alguna función pública que cumple. Ellas no son permanentes, ni absolutas, ya que cesan cuando la persona no ocupa más el cargo o función y pueden ser limitadas por medio de ciertos procedimientos.

Estos privilegios no son de carácter protector o tuitivo de las personas, sino que se encuentran inspirados en la independencia de los poderes y en la autonomía de aquéllos. En el caso de los magistrados, importa asegurar la garantía de independencia de todo juez.

La CSJN ha referido en este sentido que "las inmunidades no son de carácter protector o tuitivo de las personas sino que se hallan fundadas en razones de carácter institucional".⁽¹¹⁾

A nivel nacional, tal como lo referimos, la regulación de las inmunidades de los magistrados se encuentra regulada mediante la ley 25.320. Esta norma establece que en los supuestos que se inicie una causa penal en la que se imputa la comisión de un hecho a un legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero las actuaciones judiciales continuarán su trámite hasta su conclusión.

Prevé, inclusive, que aquellos funcionarios puedan ser convocados a prestar declaración indagatoria; sin embargo, para el caso que aquellos no se presenten la autoridad judicial deberá solicitar el desafuero, la remoción o el juicio político, dependiendo el cargo que ejerza el funcionario imputado.

Los legisladores serán desaforados por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara que integra. El presidente, vicepresidente, el jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema son los funcionarios sujetos a juicios políticos. Por último, el resto de los magistrados deberán ser removidos en sus cargos mediante el proceso de remoción que lleva adelante un Jurado de Enjuiciamiento.

.....

(11) CSJN, "Castro, Ricardo S. y otros" (169:76); "Botto, José E. y otro" (252:184).

La ley de fueros establece la inmunidad de arresto para todas las autoridades antes referidas, aunque, tal como ya lo adelantamos, la Constitución Nacional los instituye para los legisladores. Este privilegio implica que sólo se podrá dictar una medida restrictiva de la libertad ambulatoria, cuando se haya desaforado, removido o destituido del cargo de acuerdo a qué funcionario se trate.

Frente al supuesto de que no se logre ello, el tribunal que interviene en las actuaciones penales declarará que no puede proceder a la detención y continuará con la tramitación de la causa.

En el caso de los magistrados, la intervención del Jurado de Enjuiciamiento, en definitiva, incidiría únicamente en lo que aquí interesa —es decir, más allá de la remoción de su cargo— en la posibilidad de arrestar, detener o privar de la libertad a un magistrado que se encuentra imputado por un delito.

Tal como lo ha sostenido cuantiosa jurisprudencia de la Corte Suprema, como de tribunales inferiores,⁽¹²⁾ no se advierte la existencia de obstáculos que impidan que se inicie o se desenvuelva el proceso penal hasta tanto el juez sea desaforado en razón de la decisión de un jury de enjuiciamiento. En todo caso, aquella decisión sólo será necesaria si para el progreso de la investigación se requiere alguna medida que haga ineludible la sujeción del magistrado a esa instancia judicial mediante coerción, afectación de su inmunidad de arresto u otro recurso análogo que ponga en trance sus funciones jurisdiccionales.

En este sentido, se puede afirmar que la inmunidad de la que gozan los magistrados no impide ni el inicio, ni la continuidad de una causa penal que investigue su posible responsabilidad respecto de algún hecho que pueda configurar un delito.

2. Deber del Estado de investigar delitos de lesa humanidad

Los delitos de lesa humanidad son crímenes del derecho internacional. De ello se deriva que su contenido, naturaleza y condiciones de responsabilidad son establecidos por el derecho internacional. Los Estados están obligados a juzgar y castigar a los responsables de esos delitos. La norma que así lo establece es una norma imperativa del derecho internacional que pertenece al *ius cogens* o derecho de gentes.

.....

(12) CSJN, "Criminal c/ Albarracín, H. y Jaime"; "Castro, Ricardo S. y otros"; CFED. CAS. PENAL, SALA II, "Hoof, Pedro C. Federico s/recurso de casación", Causa N° 13929.

El derecho de gentes se integra por un conjunto de normas y principios que resultan esenciales para la vida entre las naciones, los pueblos y los individuos. Estas normas son de cumplimiento obligatorio y, tal como lo reconoce el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), no pueden ser modificadas o revocadas por tratados o por leyes nacionales.

Desde la reforma constitucional de 1994, la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (1948), la Convención Universal de Derechos Humanos (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1985) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), tienen jerarquía constitucional.

Asimismo, el Estado argentino ha incorporado a su ordenamiento normativo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), la Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura (1985) y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

El derecho de gentes y el derecho penal internacional establecen que la responsabilidad penal individual, vinculada a ciertos delitos, puede surgir de normas imperativas para la comunidad internacional que establecen obligaciones directas no sólo para los Estados sino también para los individuos, para evitar así la impunidad de esos hechos de extrema gravedad, a menudo realizados desde el poder estatal o amparados por éste.

En el mismo sentido, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CSJN, los Estados se encuentran obligados a investigar y sancionar no sólo los delitos de lesa humanidad, sino también las graves violaciones a los derechos humanos.

En la actualidad existe consenso a nivel internacional con respecto a que la obligación de investigar, juzgar y castigar las graves violaciones a los derechos humanos constituye un paso ineludible para asegurar la paz y seguridad internacionales,

por lo que es considerada una norma imperativa de derecho internacional —*ius cogens*— que no admite objeciones o protestas por parte de ningún Estado sobre su existencia.⁽¹³⁾

Al respecto, en el “Caso Barrios Altos vs. el Perú”,⁽¹⁴⁾ la Corte se refirió a la obligación de los Estados partes en la Convención de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción. En este caso, la Corte precisó las implicaciones de esta garantía en relación con la vigencia de los derechos considerados inderogables y cuya afectación constituye una grave violación de los derechos humanos, así como la posibilidad de la comisión de un delito contra la humanidad. Asimismo, el tribunal estableció que el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos implicaba la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de hechos de la gravedad señalada.

A lo que debe sumarse la imposibilidad de interpretar la legislación de que no obstaculice la eficacia de las garantías de investigación, enjuiciamiento y sanción.

La jurisprudencia interamericana ha entendido que el deber de investigar, juzgar y castigar los delitos de lesa humanidad implica, necesariamente, la remoción de todo obstáculo normativo interno que impida aquel cumplimiento. Así se ha reconocido la preexistencia consuetudinaria y el carácter imprescriptible, inamnistiable e inindultable de los crímenes contra la humanidad.

En el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”,⁽¹⁵⁾ la Corte refirió que:

153. Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa...

.....

(13) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Bs. As., Del Puerto, 2012, p. 406.

(14) CORTE IDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, (Fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75.

(15) CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006.

En relación a los impedimentos de juzgamiento por los institutos de la cosa juzgada y de la garantía del *ne bis in ídem*, la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,⁽¹⁶⁾ refirió que:

La cosa juzgada es una consecuencia o efecto de una resolución judicial firme, sea esta una sentencia de condena o de absolución, o un auto de sobreseimiento, sea porque estas hayan sido consentidas (no impugnadas) o hayan sido ejecutoriadas (agotando la segunda instancia por haber sido impugnada), cuyo fundamento principal reside en la seguridad jurídica a que debe estar beneficiado todo ciudadano. Sin embargo, hoy por hoy se sostiene que la cosa juzgada no sólo puede tener como fundamento la seguridad jurídica, sino que también debe estar revestida del valor justicia, con el fin de desechar aquellas resoluciones que carecen de legitimidad por ser injustas. La cosa juzgada derivada de una resolución judicial que sea injusta, será una aparente seguridad jurídica, pero no real, porque lo que no es justo no puede tener protección por el derecho a través del fundamento de la seguridad jurídica. No es que el valor justicia deba prevalecer sobre la seguridad jurídica, sino que ambos se deben complementar, buscando un mismo horizonte. El derecho no puede validar, y peor aún, dar cumplimiento o ejecutar, aquellas resoluciones que han devenido en ilegítimas o fraudulentas, sea el plazo que haya transcurrido, por lo que la cosa juzgada aparente o irreal tiene su desarrollo en una presunción *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario. El valor justicia y la seguridad jurídica deben estar siempre enlazadas, por lo que no consideramos que sean fundamentos antagónicos o excluyentes, sino que pueden concurrir en un Estado Constitucional conforme a una interpretación unitaria y de concordancia práctica.

La jurisprudencia internacional ha tenido una amplia recepción en la jurisdicción local. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2004, se expidió respecto de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en los autos "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita",⁽¹⁷⁾ fallando en igual sentido que la Corte IDH.

.....

(16) CORTE IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", (Fondo), sentencia de 29 de julio de 1988.

(17) CSJN, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita", 24/08/2004.

En cuanto a la facultad de indultar responsables de estos delitos, nuestro más alto Tribunal refirió al resolver en la causa "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. de casación e inconstitucionalidad"⁽¹⁸⁾ que:

... ahora, en esa misma senda y en base al mismo plexo normativo antes expuesto, producto de una hermenéutica de normas y jurisprudencia nacional e internacional, le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad (consid. 29 del voto mayoritario).

Asimismo, resulta interesante destacar que tanto la jurisprudencia internacional como la nacional han entendido que el deber estatal de investigar y juzgar ciertos delitos, va más allá de los crímenes contra la humanidad, alcanzando a su vez, a casos de graves violaciones a los derechos humanos. La Corte IDH avanzó en este sentido especialmente en los precedentes "Bulacio vs. Argentina",⁽¹⁹⁾ "Vera Vera y otra vs. Ecuador",⁽²⁰⁾ "Familia Barrios vs. Venezuela",⁽²¹⁾ entre otros y nuestro más alto Tribunal en los fallos "Espósito"⁽²²⁾ y "Derecho".⁽²³⁾ En este sentido, en aquellos fallos se entendió que el instituto de la prescripción, como obstáculo para la investigación y juzgamiento no resulta oponible para los crímenes contra la humanidad, como así tampoco frente a graves violaciones a los derechos humanos.

.....

(18) CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. de casación e inconstitucionalidad", 13/07/2007.

(19) CORTE IDH, "Caso Bulacio vs. Argentina", (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 18 de septiembre de 2003.

(20) CORTE IDH, "Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador", (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 19 de mayo de 2011, Serie C, N° 226

(21) CORTE IDH, "Caso Familia Barrios vs. Venezuela", (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de noviembre de 2011, Serie C, N° 237.

(22) CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David", 23/12/ 2004 (Fallos: 327:5668).

(23) CSJN, "Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal", causa 24.079, 29/11/2011, luego de la decisión de la Corte IDH en el precedente "Caso Bueno Álves vs. Argentina".

A la vez, corresponde destacar que las inmunidades personales no son reconocidas como defensas en las jurisdicciones internacionales en casos de persecución por crímenes internacionales, como lo son los crímenes de guerra, de lesa humanidad, actos de tortura y genocidio. Esta defensa fue denegada normativamente en la Carta de Nuremberg (art. 7), la Convención contra el Genocidio (art. 4), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 7(2)), el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda (art. 6(2)) y el Estatuto de Roma de la Corte penal internacional (art. 27).⁽²⁴⁾

3. Conclusiones

El Estado argentino debe garantizar la investigación y el juzgamiento de los crímenes contra la humanidad, y a tal fin, se encuentra obligado a remover todos los obstáculos de la normativa local que impida el juzgamiento de los responsables de estos hechos.

En este sentido, y a la largo del proceso de juzgamiento por los crímenes cometidos durante el terrorismo de Estado, los Tribunales argentinos han entendido que la prescripción, la amnistía y la cosa juzgada no podían resultar oponibles en los casos de investigación de estos hechos.

De idéntica manera, los fueros o inmunidades que gozan los magistrados —que además no tienen jerarquía constitucional, como se ha mencionado— no pueden ser invocados para impedir el avance de estas actuaciones judiciales.

Es imperativo, por lo tanto, explorar distintos modos de asegurar la justicia. Los procesos judiciales respecto de magistrados pueden y deben iniciarse y continuar más allá de las funciones que desempeñen los imputados. Las inmunidades, que tienden a asegurar la imparcialidad de los jueces, simplemente impiden su arresto; por lo que cabe aún pensar los modos en que debe intervenir el Poder Judicial frente al caso de la negativa de algún magistrado a presentarse frente a una convocatoria a una declaración indagatoria.

Las alternativas y posibilidades son diferentes y variadas y exigen que la normativa local sea interpretada a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones que de allí surgen. Podrían ir desde

(24) También fue negada esta defensa por la Cámara de los Lores británica en la resolución del 25 de noviembre de 1998 respecto de Augusto Pinochet, entendiendo que como antiguo jefe de Estado no podía beneficiarse de la inmunidad funcional por tratarse de crímenes internacionales, los que eran materia de acusación.

el arresto a los exclusivos fines de que preste declaración indagatoria, seguida de la inmediata libertad del acusado una vez cumplido el acto. El objetivo constitucional de la declaración indagatoria es posibilitar el ejercicio del derecho de defensa a través de una clara presentación de los hechos materia de la imputación y de las pruebas en que se sustentan; por lo que otra vía aceptable y respetuosa de aquella garantía podría ser poner en conocimiento al imputado, por medio de una notificación personal de los hechos por lo que se lo acusa y la prueba en su contra; a fin de que pueda hacer uso de la posibilidad de presentar los descargos que estime necesario, tanto en audiencia o por escrito, de acuerdo a los arts. 73, 279, 303 CPPN.

Otra posibilidad podría configurarse a través de la presencia del magistrado instructor en el despacho del acusado a los fines de la notificación de la imputación en su contra.

De ningún modo podría ser un obstáculo para la investigación y el juzgamiento de un crimen contra la humanidad la imposibilidad de la detención de un magistrado regulada por la ley de fueros —ley 25.320—.

Sostener lo contrario, implicaría lisa y llanamente otorgar un *bill* de indemnidad a los magistrados que hayan intervenido en crímenes contra la humanidad, resultando ellos los únicos ciudadanos que gozan del beneficio de la impunidad por estos hechos.

En definitiva, tal como ha quedado establecido jurisprudencialmente en materia de investigación y juzgamiento de delitos de lesa humanidad no es posible invocar mecanismos de *jure* y de *facto* para garantizar la impunidad de los perpetradores de aquellas violaciones.



BIBLIOGRAFÍA



- ABOSO, GUSTAVO EDUARDO, *Código Penal de la República Argentina*, Bs. As., BdeF, 2012.
- AMBOS, KAI, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Bogotá, Temis, 2005.
- ASPIAZU, DANIEL; BASUALDO, EDUARDO y KHAVISSE, MIGUEL, *El nuevo poder económico en la Argentina de los años 80*, Bs. As., Legasa, 1989.
- AUAT, J.; PARENTI, P., “Procuración General de la Nación, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado (2011). Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado”, [en línea] http://www.mpf.gov.ar/docs/RepositorioW/DocumentosWeb/Links/Noticias/Delitos_sexuales_terrorismo_de_Estado.pdf
- LUCÍA, ANALÍA, “Género Violencia Sexual y contextos represivos”, *Grietas en el Silencio*, Rosario, Cladem, 2011.
- BASUALDO, EDUARDO M., *Deuda externa y poder económico en la Argentina*, Nueva América, 1987.
- BIGNONE, REYNALDO B. A., *El último de facto II. Quince años después. Memoria y testimonio*, San Miguel, edición del autor, 2000.
- BOHOLAVSKY, JUAN PABLO; OPGENHAFFEN, VEERLE, “Pasado y presente de la complicidad corporativa: responsabilidad bancaria por financiamiento de la dictadura militar argentina”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, [en línea] http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica10.pdf
- BRUNER, JEROME, *Realidad Mental y Mundos Posibles*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- CLARK, JANINE NATALYA, “Courting controversy. The ICTY’s Acquittal of Croatian Generals Gotovina and Markač”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2013.
- COSSIO, CARLOS, *La gnoseología del error*, Bs. As., La Ley, 1961.
- CHIARA DÍAZ, CARLOS A., *Código Penal y normas complementarias comentado, concordado y anotado*, t. II, Rosario, Nova Tesis, 2011.
- D’ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ, *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2009.
- DE LAUNEY, GUY, “*Momčilo Perišić Hague acquittal leaves little sense of justice*”, en *BBC News Europe*, 28 de febrero de 2013.
- DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, “Autoría en aparatos organizados de poder. Caso argentino”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires - 2011: Testimonio de derecho penal. Homenaje a Andrés José D’Alessio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012.

- DONNA, EDGARDO; DE LA FUENTE, EDGARDO; MAIZA, MARÍA y PIÑA, ROXANA, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2003.
- EVANS, MALCOLM (ed.), *International Law*, 3ª ed., Oxford, OUP, 2010.
- FEIERSTEIN, DANIEL, *El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina*, Bs. As., FCE, 2008.
- FERRER, ISABEL, “La Haya anula una sentencia contra un general serbio”, en *El País*, 28/02/2013.
- FERRER, ISABEL, “La Haya se cubre de sombras. Un juez del Tribunal para la ex-Yugoslavia denuncia que su presidente presionó para absolver a presuntos criminales de guerra”, en *El País*, 30/06/2013.
- FOLGUEIRO, HERNÁN L., “El crimen de genocidio. Análisis del art. 6º del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, en Parenti-Filippini-Folgueiro, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Derecho Internacional*, 1ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2007.
- GORDY, ERIC, “What Happened to the Hague Tribunal?”, en *International Herald Tribune*, 02/06/2013.
- HALL, JEROME y MUELLER, GERHARD O. W., *Criminal Law and Procedure. Cases and Readings*, 2ª ed., Bobbs-Merrel, 1965.
- HERNÁNDEZ BALMaceda, PAUL, “Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno”, en Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Wojschnik, Jan (eds.), *Temas actuales de derecho penal internacional*, Montevideo, KAS, 2005, [en línea] <http://www.kas.de/rs-pla/es/publications/6060/>
- HEYDECKER, JOE J. y LEEB, JOHANNES, *The Nuremberg Trial*, The World Publishing Co., 1958.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR MIDDLE-EAST AND BALKAN STUDIES (IFIMES), “ICTY: ‘Meronymization’ of our future”, [en línea] <http://www.ifimes.org/en/8603-ictymeronymization-of-our-future>, 27/03/2013.
- IRWIN, RACHEL, “Report New. International Justice ICTY. Do Overturned Convictions Undermine Hague Tribunal?”, en *Institute for War and Peace Reporting*, 20/03/2013.
- JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Granada, Comares, 1993.
- KLEIN NAOMI, *La doctrina del Shock*, Paidós, 2007.
- Law Reports of Trials of War Criminals*, The United Nations War Crimes Commission (comp.), Volumen IX, London, The United Nations War Crimes Commission By His Majesty’s Stationery Office, 1949.
- MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Barcelona, Ariel, 1962.
- MIGNONE, EMILIO, “La Desaparición: Crimen contra la Humanidad”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 24/25 de marzo de 1987.
- MONIQUE, MARIE ROBIN, *Los escuadrones de la muerte: la escuela francesa*, 1ª ed., Bs. As., Sudamericana, 2005.
- NOTO, FLAVIO, *Secondary Liability in International Criminal Law. A Study on Aiding and Abetting or otherwise Assisting the Commission of International Crimes*, Dike, 2013.
- NÚÑEZ DEL PRADO, FABIANA, “Definiendo la violación sexual en el derecho internacional: la contribución de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc”, en *Revista Agenda Internacional*, n° 30, año XIX, 2012.

- PAOLINI, ALEJANDRA, “Políticas de Terror y Violencia Sexual”, *Grietas en el silencio*, Rosario, Cladem, 2011.
- PARENTI, PABLO y PELLEGRINI, LISANDRO, “Argentina”, en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo, KAS, 2009.
- PELLEGRINI, LISANDRO, “El nexa entre los actos ilícitos y el ataque en los crímenes contra la humanidad. Comentario al fallo ‘Soraire, Andrés del Valle’ de la CSJN”.
- POCAR, FAUSTO, “El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. [en línea] http://legal.un.org/avl/pdf/ha/icty/icty_s.pdf, consultado el 25/12/2013
- REATO, CEFERINO, *Disposición Final*, 1ª ed., Bs. As., Sudamericana, 2012.
- Rey, Sebastián A., *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2012.
- ROTH, KENNETH, “A Tribunal’s Legal Stumble”, en *The New York Times*, 09/07/2013.
- ROUGES, ALBERTO, *Las jerarquías del Ser y la Eternidad*, Universidad Nacional de Tucumán, 1942.
- ROXIN, CLAUDIUS, “Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año I, n° 3, La Ley.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- SENSE TRIBUNAL, “‘Bombshell’ at the Tribunal”, La Haya, 13/06/2013.
- SENSE TRIBUNAL, “*In the wake of Momčilo Perišić Judgment (2). Judges Couldn’t see the wood for the trees*”, La Haya, 05/03/2013.
- SENSE TRIBUNAL, “*In the Wake of Momčilo Perišić’s Judgment (3). Specific Direction of Appeals Chamber’s la Test Judgments*”, La Haya, 06/02/2013.
- SENSE TRIBUNAL, “*In the wake of Momčilo Perišić Judgment, No consistency or rigour*”, La Haya, 04/02/2013.
- SENSE TRIBUNAL, “*Instead of Resignation, Meron Offers victims ‘New Chapter’*”, La Haya, 26/07/2013.
- SENSE TRIBUNAL, “*Perišić and Gotovina Judgments used in defense of the ‘Kosovo Four’*”, La Haya, 06/03/2013.
- SENSE TRIBUNAL, “*Prosecution seeks life sentence for Stanišić and Simatović*”, La Haya, 29/01/2013.
- SENSE TRIBUNAL, “*Stanišić and Simatović Judgment in ‘Dark Area’ of International Law*”, La Haya, 03/06/2013.
- SIMONS, MARLISE, “*Hague Judge Faults Acquittals of Serb and Croat Commanders*”, en *The New York Times*, 14 de junio de 2013.
- SIMONS, MARLISE, “*U.N. Court Acquits 2 Serbs of War Crimes*”, en *The New York Times*, 30/05/2013.
- STEWART, JAMES G., “*Specific Direction is Unprecedented: Results from Two Empirical Studies*”, [en línea] <http://www.ejiltalk.org/specific-direction-is-unprecedented-results-from-two-empirical-studies/>, consultado el 25/12/2013.
- STEWART, JAMES G., “*The ICTY Loses its Way on Complicity: Part 1*”, [en línea] <http://opinio-juris.org/2013/04/03/guest-post-the-icty-loses->

- its-way-on-complicity-part-1/, consultado el 25/12/2013.
- VERBITSKY, HORACIO y BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, “Terrorismo de Estado y economía: de Núremberg a Buenos Aires”, en Verbitsky / Bohoslavsky (eds.), *Cuentas pendientes*, Bs. As., Siglo XXI, 2013.
- VERGEZ, HÉCTOR, *Yo fui Vargas. Antiterrorismo por dentro*, 1ª ed., Bs. As., edición del autor, 1995.
- VIVES CHILLIDA, JULIO, “La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad”, [en línea] http://www.ehu.es/curso-derecho-internacional-vitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf
- WELZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. en español, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- WERLE, GERHARD, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- ZAFFARONI, E., “El crimen de Estado como objeto de la criminología”, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/resource/kbee:/saij-portal/content/doctrina/doctrina/2013/55e70a70-2679-11e3-822e-00000a020351/CF130247F1.PDF>
- ZAFFARONI, E., *La palabra de los muertos*, 1ª ed., Bs. As., Ediar, 2011.
- ZAFFARONI, RAÚL E.; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2002.
- ZAVALA GUILLÉN, ANA LAURA, “*Argentinian Transitional Justice Process: Women Behind*”, [en línea] <http://www.bradford.ac.uk/ssis/peace-conflict-and-development/latest-issue/Iss-20-Art-13-Final.pdf>
- ZOLO, DANILO, *La justicia de los vencedores*, Bs. As., Edhasa, 2007.
- ZOLO, DANILO, *Terrorismo humanitario*, Barcelona, Bellaterra, 2011.



Esta publicación con una tirada de 3000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en agosto de 2014.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar