

El concepto de “guerra” en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario: particularidades del caso argentino

The Concept of “War” in International Human Rights Law and International Humanitarian Law: Particularities of The Argentine Case

María Sol Bucetto* <https://orcid.org/0000-0003-4215-3913>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v20i29.2387>

* Abogada - UBA. Candidata a magíster en Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Argentina. Correo electrónico: solbucetto@yahoo.com.ar

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional. (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Colores del alma. Óleo sobre lienzo 100 x 120 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com
Instagram.com/[juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com>
[facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

Las definiciones brindadas en los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario no proponen criterios lo suficientemente precisos para determinar de manera inequívoca el contenido de las categorías legales de conflictos armados. De este modo, otorga un amplio margen de apreciación para escapar de la protección del derecho humanitario y del respeto de los principios de humanidad, proporcionalidad y distinción. El caso argentino del régimen cívico-militar que se impuso durante los años 1976-1984 se constituye en un claro ejemplo de la “fragilidad” de la definición de los conflictos armados no internacionales y la escasa trascendencia de la intervención del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Palabras clave: *concepto de “guerra”, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, Argentina.*

ABSTRACT

The definitions provided in international humanitarian law instruments do not propose sufficiently precise criteria to unequivocally determine the content of the legal categories of armed conflicts. In this way, it grants a wide margin of appreciation to escape the protection of humanitarian law and respect for the principles of humanity, proportionality and distinction. The Argentine case of the civil-military regime that was imposed during the years 1976-1984 constitutes a clear example of the ‘fragility’ of the definition of non-international armed conflicts and the limited transcendence of the involvement of the International Committee of the Red Cross.

Key words: *concept of ‘war’, international human rights law, international humanitarian law, Argentina.*

I. INTRODUCCIÓN

El contexto que rodeó la imposición del régimen dictatorial en Argentina durante el período 1976-1984 estuvo caracterizado por la indefinición y el manejo de conceptos acorde a la conveniencia de las autoridades de turno.

En este sentido, para justificar su accionar, los altos mandos detrás del régimen cívico-militar autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”, recurrieron a la idea de que se había tratado de una guerra contra la subversión, y que los actos reprochados debían ser considerados como circunstancias inevitables de toda guerra. Esta concepción fue ideada desde los albores de la planificación del golpe de Estado y defendida hasta el juzgamiento de los jefes militares.

De este modo, pretendieron instalar el paradigma de que existían dos bandos enfrentados en una guerra en la cual las Fuerzas Armadas buscaban “restablecer la paz y el orden” (Doc. Final, 1983, 6)

Sin perjuicio de los motivos alegados, en el transcurso de los años bajo el mando dictatorial nunca se efectuó una declaración oficial del estado de guerra, al punto de negar los hechos que internacionalmente se denunciaban. Tampoco se les reconoció a los integrantes del “otro bando” la calidad de grupo beligerante.

Recién en 1981 el gobierno comenzó a referirse en foros internacionales a la existencia de una “guerra no declarada”, pero no fue hasta la elaboración del Documento Final que el gobierno militar confirmó el escenario que había utilizado como justificativo para su accionar represivo.

Esta ambivalencia por parte de los militares al momento de delimitar la existencia de una guerra les permitió escapar de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario –además de la legislación interna específica, que tampoco fue respetada–.

En cuanto al ámbito internacional, al tiempo en que sucedieron los hechos, Argentina se encontraba obligada –en lo que al caso respecta– por las disposiciones de las Convenciones de Ginebra para la Protección de las Víctimas de Guerra. En particular, atento a las partes presuntamente involucradas, la situación podría haber estado enmarcada dentro de la categoría de “conflicto armado que no sea

de índole internacional", razón por la cual podría haber tenido aplicación el art. 3 común a todas las convenciones de Ginebra.

En base a estas contradicciones, el objeto de este trabajo consistirá en analizar la "fragilidad" de la definición de los conflictos armados no internacionales, observando el amplio margen de apreciación que otorga a las autoridades para determinar si consideran oportuna la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario.

En el marco de los hechos estudiados, tomando en consideración los elementos constitutivos de la categoría de conflicto armado no internacional, se indagará sobre si efectivamente correspondía la calificación conforme los criterios definidos en los Convenios de Ginebra.

II. CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

II.a. Importancia de la conceptualización

Las situaciones de violencia y los conflictos armados han sido materia de regulación expresa a través de las normas de Derecho Internacional Humanitario, cuya regulación abarca múltiples aspectos entre los que merecen destacarse los referentes al empleo de medios, el tratamiento de prisioneros y la protección de combatientes y población civil.

Sus instrumentos han establecidos criterios clasificatorios en relación a los sujetos involucrados y los distintos niveles de intensidad de los conflictos. Entonces, en primer lugar, se debe determinar si una situación es un conflicto armado y si, por ello, está regida por el derecho internacional humanitario, para luego poder analizar si dicho conflicto reviste carácter internacional o no internacional en atención a sus características.

La definición jurídica de los casos receptados por cada instrumento permite identificar las obligaciones que incumben a las partes, en tanto las normas aplicables variarán conforme la inclusión en la tipología que corresponda.

II.b. Normativa aplicable

Sin perjuicio de que existen varios instrumentos que contienen normas respecto a situaciones que se presentan en el contexto de conflictos armados¹, la regulación por excelencia se encuentra provista por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales.

En lo que refiere a la categoría que nos ocupa en este trabajo, estos convenios nos proporcionan elementos definitorios que sujetan la determinación de la existencia de un conflicto armado no internacional al cumplimiento de ciertas condiciones objetivas, poniendo un límite al poder discrecional del gobierno de reconocer el estado de beligerancia.

1. Entre los instrumentos que contienen normas referidas a los conflictos armados vale resaltar el Estatuto de la Corte Penal Internacional y las Reglas de la Haya.

II.b.1. El artículo 3 común de los convenios de Ginebra

En primera instancia, los cuatro Convenios tienen en común el artículo 3 que se aplica a un “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”². Este es el único artículo aplicable a estos conflictos, siempre que un acuerdo especial entre las partes no ponga total o parcialmente en vigor, para ambas partes, otras disposiciones convencionales³. Por este motivo, se ha considerado que constituye una “Convención en miniatura”

El modo en que el artículo ha quedado plasmado presupone la existencia de un “conflicto armado”, es decir, que la situación alcanza un nivel de intensidad que permite distinguirla de otras formas de violencia en las cuales no se aplica el derecho internacional humanitario, a saber, “situaciones de disturbios o tensiones internas, actos de violencia aislados y esporádicos, y otros actos de naturaleza similar”. Este nivel mínimo se alcanza cuando la situación puede definirse como de “violencia armada prolongada” y debe evaluarse conforme a dos criterios fundamentales: la intensidad de la violencia y la organización de las partes⁴.

Respecto a la intensidad de la violencia, los datos que se deben contemplar incluyen, por ejemplo, la naturaleza colectiva⁵ de las hostilidades y el hecho de que el Estado tenga que recurrir a las fuerzas armadas porque la policía no está en condiciones de controlar la situación. Asimismo, serán elementos a tener en cuenta la duración del conflicto, la frecuencia de las acciones violentas y las operaciones militares, la naturaleza de las armas empleadas, el desplazamiento de la población civil y el control del territorio por parte de fuerzas de oposición, la cantidad de víctimas⁶.

En relación a las partes involucradas, puede tratarse de un conflicto armado en que participen uno o más grupos armados no gubernamentales. Según el caso, las hostilidades se pueden suscitarse entre el o los grupos armados y las fuerzas armadas de un Estado, o sólo entre grupos armados.

Los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados “partes en el conflicto”, en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo,

2. Dado que los cuatro Convenios de Ginebra han sido ratificados universalmente, el requisito de que el conflicto armado ocurra “en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes” ha perdido su importancia en la práctica.

3. Jean PICTET, 1998. “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, en: PICTET, Jean y otros, *Comentario a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR - Plaza & Janés Editores Colombia S. A., Bogotá, disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>

4. Sylvain Vité, 2009. “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, *International Review of the Red Cross*, N° 873 de la versión original, marzo de 2009.

5. En la Conferencia del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) de 1962, dedicada a los conflictos internos, se consideró el conflicto armado desde una definición mucho más amplia, entendiendo que toda acción hostil dirigida contra un gobierno legal entrará dentro del ámbito de aplicación del art. 3 “si ella representa un carácter colectivo y un mínimo de organización”.

6. Sylvain Vité 2009, op. cit.

que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares⁷.

Los elementos desarrollados previamente no son condiciones que deban existir simultáneamente, sino que basta con que concurren los presupuestos de alguno de ellos para que se configure un conflicto armado no internacional.

Una vez confirmada la presencia del conflicto, el artículo 3 garantiza, al menos⁸, la aplicación de normas humanitarias reconocidas como esenciales por los pueblos civilizados y da una base legal a las intervenciones caritativas del Comité Internacional de la Cruz Roja o de cualquier otro organismo humanitario imparcial. De esta forma, tiene cuidado de puntualizar que las disposiciones aplicables representan un mínimo obligatorio, de manera de constituir un estímulo para superar ese mínimo⁹.

Este artículo garantiza, en cualquier circunstancia, a las personas que no participen directamente en las hostilidades un "trato humano", sin desigualdades basadas en raza, color, religión o creencias, sexo, nacimiento, fortuna o cualquier otro criterio análogo. En la misma línea, establece cuatro prohibiciones absolutas que se consideran incompatibles con un trato humanitario, relacionadas con los atentados a la vida y la integridad corporal, la toma de rehenes; los atentados a la dignidad personal, las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo enjuiciamiento, por un tribunal regularmente constituido y dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Además, recepta el principio de que los heridos y los enfermos serán recogidos y atendidos.

La obligación para cada una de las partes es incondicional y automática, ya que deliberadamente se omitió la cláusula de reciprocidad¹⁰. Su observancia tampoco está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

Por último, vale remarcar que el hecho de aplicar el artículo 3 no constituye en sí mismo, por parte de un Gobierno legal, ningún reconocimiento de poder alguno a la parte adversa, no limita su derecho a reprimir una rebelión por todos los medios, incluido el uso de las armas ni afecta en nada a su derecho a perseguir judicialmente, juzgar y condenar a sus adversarios por sus crímenes, de conformidad con la propia ley¹¹.

7. CICR, "Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario?", Documento de opinión, marzo de 2008.

8. La limitación de las normas a aplicar a los conflictos armados no internacionales fue uno de los temas más debatidos en la Conferencia Diplomática de 1949, dado que había Estados que proponían que sólo debían aplicarse los principios de los Convenios o únicamente los del Preámbulo. Finalmente, triunfó la propuesta del Segundo Grupo de Trabajo, que elaboró un texto que contenía la definición de principios humanitarios y un mínimo de normas imperativas a aplicar. Para ahondar en el tema puede consultarse Jean Pictet, 1998, op. cit.

9. Jean Pictet, 1998, op. cit.

10. La condición de reciprocidad fue otro de los temas de mayor debate en el seno de las conferencias preparatorias con el Comité Internacional de la Cruz Roja, siendo que el Proyecto de Estocolmo llegó a aprobarse sometiendo al III y IV Convenio a la condición de que la parte adversa se conformase también a él.

11. Jean Pictet, 1998, op. cit.

II.b.2. El Protocolo Adicional II. Reseña

El Protocolo II Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional fue aprobado en 1977 y desarrolla y completa el artículo 3 común sin modificar sus actuales condiciones de aplicación.

Su ámbito de aplicación es más acotado que el que establece el artículo 3, ya que exige que las fuerzas no estatales tengan un nivel de organización particularmente alto, es decir que estén “bajo la dirección de un mando responsable” y ejerzan el control territorial¹², de modo tal de poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas¹³. Sin embargo, esta definición restringida debe aplicarse sólo en relación a los Estados parte del Protocolo, y no con el derecho de los conflictos armados no internacionales en general.

Además de introducir la exigencia del control territorial, el Protocolo no se aplica a los conflictos armados que ocurren sólo entre grupos armados no estatales. Esto implica que, a diferencia del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que no establece esa restricción, este instrumento se aplica expresamente sólo a los conflictos armados entre fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados.

En cuanto a los compromisos asumidos, el Protocolo recepta nuevamente el principio del trato humano y especifica las obligaciones de protección respecto de los heridos, enfermos y náufragos y la población civil.

III. EL CASO DE LA DICTADURA ARGENTINA DE 1976-1984

III.a. Contexto político y social

Los años que precedieron a la dictadura de 1976 - 1984 fueron de inestabilidad y agitación social, de cambios gubernamentales continuos y golpes de Estado. Durante la década del 70 la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto desde la extrema derecha como de la extrema izquierda¹⁴.

Resulta trascendental tomar en cuenta que el resto de la región se encontraba gobernada por férreas dictaduras militares que violaban sistemáticamente los derechos humanos. De este modo, el régimen argentino se enmarcaba dentro de una actuación coordinada y de apoyo mutuo entre los diferentes

12. El nivel de control territorial también ha generado controversias entre los Estados. Al respecto, en su Comentario de los Protocolos adicionales, el CICR adoptó una posición intermedia y manifestó que la exigencia mencionada en el Protocolo implica que se necesita “cierta estabilidad en el control de una porción del territorio, aunque sea modesta”

13. Sylvain Vité, 2009, op. cit.

14 CONADEP, *Nunca Más: Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas*, (Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, diciembre 1985).

regímenes dictatoriales del Cono Sur y con el apoyo de Estados Unidos: la Operación Cóndor inspirados en la Doctrina de Seguridad Nacional y en la lucha contra el potencial enemigo interno, el comunismo.

En este contexto, la primera experiencia de la "guerra antisubversiva" se libró en 1975 con el "Operativo Independencia", a través del cual el Ejército pasaba a ocupar buena parte de la provincia de Tucumán con el objetivo de "aniquilar" el foco guerrillero que se encontraba presente desde finales de 1974. El accionar en Tucumán configuró el modelo represivo que más tarde se aplicaría a escala nacional.

El 24 de marzo de 1976 el régimen cívico-militar, autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional", tomó el poder mediante un golpe de Estado y a partir de allí aplicó el terrorismo de Estado empleando la tortura, la desaparición sistemática de opositores y la consideración de que la guerra era total y de que el enemigo podía hallarse en toda la sociedad. Además, en 1982 se desató el conflicto armado internacional con Gran Bretaña por la soberanía de las Islas Malvinas.

En 1983, con el retorno de la democracia, el presidente electo Raúl Alfonsín propuso dotar a las Fuerzas Armadas de una clara doctrina de defensa nacional, eliminando definitivamente la llamada doctrina de la seguridad nacional, que tantos trastornos ha ocasionado a la vida interna e internacional del país, al fijar como objetivos de las organizaciones militares determinados fines políticos o ideológicos que no eran los aceptados por la Nación misma como comunidad democrática¹⁵.

A partir de allí se inició el proceso de justicia transicional desde la búsqueda de verdad y la justicia, con la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y el Juicio a las Juntas Militares en 1985.

La "Causa 13" consistía en procesos penales a los integrantes de las tres Juntas Militares sobre los delitos de homicidio, privación de libertad y aplicación de tormentos a los detenidos, pues se consideraban como delitos aislados y no se juzgó conforme a la comisión de delitos de lesa humanidad. Esta causa fue instruida, en un principio, por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas pero frente a la demora injustificada del tribunal militar en la instrucción, el caso fue derivado a la justicia civil a través la Cámara Federal¹⁶.

15. Discurso del Presidente Raúl Alfonsín ante la Asamblea Legislativa. Texto no leído por el Señor Presidente de la Nación y que fuera entregado a los señores legisladores antes del acto. Garcete, Horacio y Goldwaser Yankelevich, Nathalie (ed.), *Raúl Alfonsín por Raúl Alfonsín: discursos presidenciales ante la asamblea legislativa 1983-1989*, (Universidad de Buenos Aires Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018).

16. Hasta ese momento los delitos militares eran juzgados únicamente por el fuero militar, pero con la Ley 23.049, por la que se modificó el Código de Justicia Militar, se incorporó la posibilidad de que se juzgase a los militares a través de un tribunal civil en caso de advertir que el tribunal militar tramitase la causa con dilaciones injustificadas.

III.b. El justificativo de la “guerra contra la subversión” y la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario

El general Videla, en su declaración ante el Consejo Supremo, mantuvo su justificación de que el accionar subversivo al que se enfrentaba tenía como objeto la agresión a la Nación Argentina y la destrucción de su identidad¹⁷, y, en cambio, el accionar de las Fuerzas Armadas se dirigió a preservar la existencia de la Nación y de sus valores occidentales y cristianos.

En el mismo sentido, las defensas de los jefes militares insistieron en que se había tratado de una “guerra sucia”, y que los actos develados debían ser considerados como circunstancias inevitables de toda guerra.

Como se mencionara en el apartado anterior, la determinación de un contexto de conflicto armado (referido como “guerra contra la subversión” en este caso) establecerá la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario correspondientes.

III.b.1. La estrategia de los jefes militares

Los jefes militares, ante la inminencia del retorno de la democracia, dieron a conocer, en abril de 1983, un informe denominado “Documento Final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo”

En ese informe las Fuerzas Armadas ofrecían una versión justificatoria de su propio accionar presentándolo como un “acto de servicio para restablecer la paz y el orden”. El pasado se presentaba como una “guerra de consecuencias dolorosas pero inevitables, en la que, como en toda guerra, se habían cometido algunos errores y excesos”. Como parte de esos errores, se llega a afirmar que se utilizaron métodos injustos y contrarios a los derechos humanos, aunque éstos sólo serán castigados por Dios y por los consejos de guerra¹⁸.

Bajo la misma premisa, en septiembre del mismo año se dictó la “Ley de Autoamnistía”, que declaraba extinguidas:

...las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva”. Además, se añade que “los beneficios otorgados por esta ley se extienden [...] a todos los hechos de naturaleza penal realizados [...] con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir o poner fin

17. Alegando que desde finales de los años sesenta el país “comenzó a sufrir la agresión del terrorismo que, mediante el empleo de la violencia intentaba hacer efectivo un proyecto político destinado a subvertir los valores morales y éticos compartidos por la inmensa mayoría de los argentinos” (Documento Final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo, abril de 1983).

18. Documento Final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo, op. cit. Este documento, advertía, además, que “*quienes figuran en nóminas desaparecidos (...) se consideran muertos*”.

a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanzan a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores y comprende a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos¹⁹.

En cuanto a la actitud adoptada frente a la comunidad internacional, en un comienzo los jefes militares se limitaron a negar la existencia de los hechos que internacionalmente se denunciaban. En una segunda etapa -que va aproximadamente de 1978 a 1981- relativizaron la gravedad de los hechos y puso el acento en que la Argentina era víctima de una campaña internacional orquestada por la subversión desde el exterior. Finalmente, recién en 1981, en momentos en que la represión había disminuido cuantitativamente, el gobierno argentino comenzó a hablar en los foros internacionales de que había habido una "guerra no declarada"²⁰.

III.b.2. Los argumentos del fiscal y los jueces

Si bien en la sentencia del Juicio a las Juntas se dio por acreditado que a partir de 1970 el terrorismo se agudizó en forma gravísima y que ello se manifestó a través de los métodos empleados por los insurgentes, por su cantidad, por su estructura militar, por su capacidad ofensiva, por su poder de fuego y por los recursos económicos con que contaban, los jueces consideraron que no se había configurado el supuesto de una "guerra" en el sentido alegado por los acusados y que, por ende, para su juzgamiento correspondía la aplicación únicamente de las normas de Derecho Interno.

Uno de los argumentos argüidos por el fiscal Julio Strassera fue que no existió una identificación determinada del enemigo. De hecho, la represión clandestina se pretendía justificar bajo el sofisma de que "todos los detenidos son subversivos", ya que era la propia detención lo que convertía a una persona en subversivo. El carácter arbitrario e indiscriminado de la represión situó el centro de la suerte de la víctima fuera de ésta, pero continuó considerándola responsable de una conducta que no sólo no decidía, sino que incluso no podía llegar a comprender²¹.

Al respecto, los jueces ahondaron en el argumento y apoyaron su decisión en que en momento alguno tales grupos insurgentes fueron reconocidos como beligerantes, recibieron reconocimiento internacional, contaron con la capacidad de dictar normas con alguna eficacia general, y menos aún

19. Esta ley quedó derogada el 22 de diciembre de 1983, bajo el mandato democrático de Raúl Alfonsín, a través de la ley n° 23.040 que la declaró de nulidad absoluta e insanable, anulando los efectos para el pasado.

20. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares. Acusación del fiscal Julio Strassera. Extracto. 1985, disponible en <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/juntas/acusa.htm>. En este contexto, cabe recordar que recién el 17 de setiembre de 1981, el entonces embajador ante los Organismos Internacionales en Ginebra, Gabriel Martínez, declaró ante el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias de personas que "los años 1976 a 1978 habían constituido un periodo muy particular de guerra no declarada"

21. Ídem. Concebido esto, el segundo paso de este método perverso fue considerar que un subversivo es una especie de subhumano, de sanguijuela a quien se le puede torturar, matar.

tuvieron poder de hecho, para aplicarlas, ni hubo intervención en el conflicto de potencia extranjera alguna.

Otro punto introducido por el fiscal se refirió a que ninguno de los documentos liminares del proceso hablaba de una “guerra”, en el entendimiento de que de existir tal circunstancia no se hubiera omitido en la proclama revolucionaria. En la misma línea, insistió sobre la ausencia de registro de las distintas operaciones, lista de bajas propias y enemigas y nóminas de heridos. Resulta extraño, entendió el fiscal, que una banda de subversivos militarmente organizados, que contaba con armas modernas, no cause a las tropas represoras ni siquiera un herido, mientras todos sus integrantes mueren²².

Por su parte, los jueces introducen la posibilidad de que se hubiera tratado de una “guerra revolucionaria”, concibiéndola como una nueva forma de conflicto. Sobre este punto, acuden a la definición de Robert Thompson, quien puntualiza que ésta es “una forma de guerra que permite que una minoría, pequeña y despiadada, obtenga por la fuerza el control de un país, apoderándose, por lo tanto, del poder por medios violentos y anticonstitucionales” (“Guerra Revolucionaria y Estrategia Mundial (1945-1969)”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 20) Sin embargo, aun siguiendo esta hipótesis y la caracterización del estadio de la cuestión que realiza el informe del Estado Mayor General del Ejército, en modo alguno parece que las fuerzas insurgentes hubieran ejercido dominio sobre un espacio geográfico determinado, como paso previo a la instalación de un gobierno revolucionario, para la gestión de su reconocimiento internacional²³.

III.b.3. Conclusiones

A través de la sentencia del Juicio a las Juntas Militares quedó plasmado el reconocimiento de la situación política e institucional en que se insertó la acción de los procesados tendiente a reprimir el terrorismo subversivo en el país, que constituía una agresión contra la sociedad argentina y el Estado, emprendida sin derecho, y que éste debía reaccionar para evitar que su crecimiento pusiera en peligro la estabilidad de las instituciones.

Atento a que el contexto de la subversión terrorista no ha sido cuestionado, el dilema consiste en determinar si efectivamente se configuró una situación de conflicto armado. Así, el fiscal entendió que, o no hubo guerra y estamos frente a una manifestación de delincuencia común, o la hubo, y entonces enfrentamos a criminales de guerra²⁴.

22. Ídem.

23. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares, 9 de diciembre de 1985.

24. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares. Acusación del fiscal Julio Strassera, op. cit.

En primer lugar, es necesario precisar que el hecho de que no se hubiera efectuado una declaración oficial del estado de guerra no implica que la situación quedara exenta de la regulación de las normas de Derecho Internacional Humanitario, en tanto éstas se aplicarán en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja, aunque tal circunstancia no hubiera sido *reconocida* por alguna de las partes.

Habida cuenta de las tareas que le confieren los Convenios de Ginebra y conforme a su cometido reconocido internacionalmente, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) está habilitado para calificar jurídicamente un conflicto armado. Esa calificación determina el marco de acción jurídica y las obligaciones que por ello incumben a las partes en guerra y prepara el terreno para sus actividades destinadas a proteger a las víctimas del conflicto y a la población civil. En principio, el Comité comunica su evaluación jurídica de la situación a las partes en conflicto y les recuerda, formal o informalmente, sus obligaciones. La calificación no es vinculante para las partes o los terceros Estados, que sin embargo deben tenerla en cuenta de buena fe²⁵.

En el marco de su acción, el CICR se encontró ante situaciones que no llegaban a configurar conflictos armados, pero se evidenciaba la evidente necesidad de proteger a las víctimas, razón por la cual decidió distinguir algunas formas de violencia, denominadas "tensiones internas" o "disturbios interiores"²⁶ que no alcanzan el umbral de aplicabilidad del derecho internacional humanitario pero que quedan dentro del alcance de otras normativas. El CICR puede recurrir, por analogía, a conceptos enunciados en el derecho internacional humanitario o reglas consuetudinarias de la materia pero, en general, se basa en otras normas²⁷.

Ambas se caracterizan porque originan gran número de víctimas, pero las tensiones internas, que están a un nivel inferior con respecto a los disturbios interiores²⁸, puesto que no implican enfrentamientos violentos, son consideradas por el CICR como: "toda situación de grave tensión en un Estado, de

25. Editorial de la *International Review of the Red Cross*, N° 873 de la versión original, marzo de 2009.

26. Estos conceptos están mencionados en Protocolo Adicional II pero para excluirlos de su ámbito de aplicación.

27. Los textos a los que el CICR se remite habitualmente son las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos y el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, que forman un marco de referencia universal en materia penitenciaria.

28. Aunque esto no esté todavía completamente admitido en la doctrina del derecho internacional público, el CICR considera que se trata de una situación de disturbios interiores cuando: "sin que haya conflicto armado no internacional propiamente dicho, hay, dentro de un Estado, un enfrentamiento que presente cierta gravedad o duración e implique actos de violencia. Estos actos pueden ser de formas variables, desde actos espontáneos de rebelión hasta la lucha entre sí de grupos más o menos organizados, o contra las autoridades que están en el poder. En tales situaciones, que no necesariamente degeneran en una lucha abierta en la que se enfrentan dos partes bien identificadas (conflicto armado no internacional), las autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales incluso a las fuerzas armadas para restablecer el orden, ocasionando con ello muchas víctimas y haciendo necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias". (Christophe Swinarski 1984. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdl7w.htm#5>)

origen político, religioso, racial, social, económico, etc. y/o las secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores que afectan al territorio de un Estado”. Esta situación puede presentar una o todas las siguientes características: arrestos en masa, elevado número de detenidos políticos, probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de las garantías judiciales fundamentales, sea por razón de la promulgación del estado de excepción, sea por una situación de facto y/o alegaciones de desapariciones²⁹.

Como se ha indicado precedentemente, el CICR en situaciones de conflictos armados, tiene el derecho de ofrecer sus servicios. Sin embargo, también ha desplegado actividades en situaciones de disturbios interiores o de tensiones internas que, en ciertos casos, han llegado a ser, situaciones de conflicto armado no internacional.

En el caso que nos ocupa, durante el régimen militar de 1976-1983, las autoridades de facto solo autorizaron la visita del CICR a centros de detención oficiales y a ciertas categorías de detenidos, básicamente los que estaban a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, los denominados “detenidos PEN”, sin que lograra tener acceso a las autoridades militares en las posiciones con mayor decisión del gobierno y a unidades militares. A pesar de esto el CICR logró registrar a personas privadas de libertad en ese periodo de la historia argentina³⁰.

De todo lo expuesto no pueden extraerse demasiadas conclusiones, dado que ni la ausencia de declaración oficial del estado de guerra por parte del Estado ni la intervención del CICR confieren a la situación el carácter de conflicto armado no internacional o tensiones internas, en tanto la declaración pública no constituye un requisito indispensable y el CICR encuentra legitimación para prestar asistencia en ambos cuadros de situación.

A fin de esclarecer la situación, es necesario ahondar en otros aspectos, para lo cual resulta preciso analizar los presupuestos de existencia de los conflictos armados mencionados en el art. 3 común³¹ citados previamente.

De este modo, he de reiterar que la situación de conflicto se caracteriza por la existencia de dos partes que se enfrentan y que deben ser identificables; es decir, en la situación de conflicto armado no internacional, quienes se oponen a las autoridades estatales deben haber conseguido un grado de organización que les permita ser considerados como entidad constituida y, por lo tanto, identificable.

29. Christophe Swinarski, 1984, op. cit.

30. Alexandra. Manescu, “El CICR y su acción humanitaria durante el régimen militar (1976-1983) en la República Argentina”, op. cit. Un año antes del regreso de la democracia, en 1982, estalló la Guerra del Atlántico Sur entre Argentina y el Reino Unido de la Gran Bretaña provocando un desarrollo substancial de la Delegación del CICR en Buenos Aires, que atendió la acción de protección en el ámbito del conflicto armado internacional.

31. En este caso, no se tomará en consideración lo dispuesto por el Protocolo Adicional II, ya que Argentina es parte del mismo recién desde 1986, por lo cual los hechos no se encontrarían encuadrados dentro de la competencia temporal del Protocolo.

En la situación en la que una parte de la población del Estado ya no quiere someterse a la autoridad del Estado, pero que todavía no se ha constituido como fuerza organizada de oposición, falta este elemento constitutivo y no se puede, en tal caso, deducir que haya conflicto³².

Durante la dictadura de 1976-1984 los ataques estaban indiscriminadamente dirigidos. No existió patrón de conducta al cual la víctima pudiera someterse para estar a cubierto de una posible injuria. El terrorismo de Estado la ponía en una situación de absoluta impotencia en lo concerniente a la determinación de su conducta y, por ende, en la decisión de su destino³³.

El informe de la CONADEP (*"Nunca Más"*) expuso el sentimiento de indefensión popular y la tendencia consciente o inconsciente de justificar el horror: *"Por algo será"*. Porque la lucha contra los "subversivos" se había convertido en una represión demencialmente generalizada, porque el epíteto de subversivo tenía un alcance tan vasto como imprevisible³⁴.

Por otro lado, si bien no está descripto dentro de los elementos de art. 3 común, la doctrina reclama la concurrencia de una circunstancia que no está presente en los sucesos de esta causa para la aplicación del derecho internacional. Ella es el reconocimiento de beligerancia, que importará acordar al adversario el *jus belli*, según el cual los individuos en armas que sean capturados, deberán ser tratados como lo son los prisioneros de guerra y no como delincuentes³⁵.

Por último, en relación a los argumentos esgrimidos por los jefes militares, resulta difícil –por no decir imposible- concebir que el secuestro, la tortura o el asesinato constituyan "contingencias del combate". Las palabras del fiscal sobre este punto resultan perfectamente adecuadas: "¿Son objetivos militares los niños recién nacidos? ¿Se puede equiparar el saqueo del ajuar de una casa con la incautación del parque de artillería enemigo? No, señores jueces, éstos no fueron episodios no queridos pero inevitables. Fueron actos criminales comunes, que nada tienen que ver con la guerra"³⁶.

En el mismo sentido, el Informe *"Nunca Más"* identificó a los responsables más allá de las Juntas militares, desestimó las nociones de "errores" y de "excesos" y afirmó que los delitos "atroces y aberrantes" fueron la norma sistemática y no constituyeron excepciones de la represión³⁷.

32. Christophe. Swinarski, 1984, op. cit.

33. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares. Acusación del fiscal Julio Strassera, op. cit.

34. CONADEP, 1985, op. cit.

35. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares, op. cit.

36. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares. Acusación del fiscal Julio Strassera, op. cit.

37. CONADEP, 1985, op. cit.

Ahora bien, en atención a los argumentos expuestos, es posible concluir que los hechos que rodearon la dictadura cívico-militar de 1976-1984 no constituyeron un conflicto armado no internacional, en tanto no se han configurado ninguno de los presupuestos necesarios para su constitución. En particular, no se observó que existiera un escenario de “violencia armada prolongada” entre un grupo armado no gubernamental y el Estado, en tanto ni siquiera era posible identificar al “enemigo”, mucho menos reconocerlo como una entidad organizada.

No obstante, las circunstancias del caso, en especial que no se pueda distinguir las partes en conflicto y los métodos sistemáticos de tortura y desapariciones forzadas de personas, hacen posible que se conforme una situación de tensión interna.

Sobre estos casos, en la sentencia del Juicio a las Juntas se cita al constitucionalista Germán J. Bidart Campos quien sostiene que cuando la emergencia desencadena operaciones bélicas entre el gobierno constituido y los insurgentes, puedan aplicarse las leyes y usos de la guerra, aun cuando el primero considere a los segundos como delincuentes políticos. Ya no hay, entonces, delincuentes políticos, sino enemigos de guerra; ambas partes son bélicamente iguales y deben regirse por las leyes y usos de la guerra, como si la contienda fuera internacional (“Derecho Constitucional”, cit. T.I, p. 582)³⁸.

En este orden de ideas, en las situaciones de tensiones y disturbios interiores debieran aplicarse los usos y costumbres que la comunidad internacional acepta como tales y que extiende *de facto y por analogía*, la protección del derecho humanitario mucho más allá de los límites formales de su ámbito de aplicación. De esta forma los principios del Derecho Internacional Humanitario de humanidad, proporcionalidad y distinción debieron de haber sido respetados -circunstancia que tampoco sucedió en los hechos-.

IV. CONCLUSIONES

Es esencial, aunque delicado, calificar una situación de violencia armada y expresar esa calificación: ese problema de aplicación se considera el talón de Aquiles del derecho internacional humanitario³⁹. Se puede afirmar que detrás de tales conflictos siempre está vigente el orden jurídico nacional o internacional, captando y regulando el fenómeno, sin que de ellos quepa evadirse bajo ninguna forma⁴⁰.

Las definiciones brindadas en los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario no proponen criterios lo suficientemente precisos para determinar de manera inequívoca el contenido de las categorías.

38. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares, op. cit.

39. Editorial de la *International Review of the Red Cross*, N° 873 de la versión original, marzo de 2009.

40. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares, op. cit.

Dentro del margen de discreción a que dan lugar los términos generales de las categorías jurídicas, es habitual que los Estados se rehúsen a admitir que son parte en un conflicto armado. En cambio, prefieren restarle importancia al hecho presentándolo como una operación para mantener el orden público. Así evitan la aplicación del derecho humanitario. Esta tendencia se ve impulsada por el hecho de que no existe un organismo internacional independiente autorizado a tomar decisiones sistemáticamente en aquellos casos que podrían corresponderse con alguna forma de conflicto armado. Si bien el CICR informa a las partes involucradas en una situación de conflicto de las evaluaciones que realiza (a menos que ello no beneficie a las víctimas), las partes no están obligadas a aceptarlas. En esas condiciones, se torna aún más importante aclarar los conceptos pertinentes, con miras a reducir el margen de interpretación e incrementar la previsibilidad de aplicación del derecho internacional humanitario⁴¹.

Como se ha dicho, la mera existencia de un conflicto armado suele ser negada por los Estados para impedir que los rebeldes logren legitimidad. De este modo, es mucho más frecuente la situación en la que la guerra se hace sin que se le dé ese nombre.

En el caso de la dictadura argentina, sin embargo, la situación fue a la inversa. Los jefes militares pretendieron ampararse en el argumento de la existencia de una guerra para justificar su accionar represivo. Empero, nunca procuraron la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario que debe aplicarse a los conflictos armados no internacionales.

Por otra parte, los calificativos de "sucia" y "no convencional" carecen de entidad jurídica y son, por lo tanto, irrelevantes a la luz del derecho aplicable. Lo contrario llevaría a aceptar que un neologismo no fundado en norma jurídica alguna, puede alterar el derecho positivo conforme los intereses de quienes lo invocan⁴².

El objetivo general del Derecho Internacional Humanitario es garantizar que las víctimas se beneficien, al menos, de un trato acorde al principio de respeto de la persona humana. De esta forma, las víctimas y combatientes deberían poder gozar de la doble protección de las normas de aquel campo junto con las propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En términos éticos, las condiciones exigidas por el art. 3 común no deberían ser indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común⁴³.

41. Sylvain Vité 2009, op. cit.

42. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares. Acusación del fiscal Julio Strassera, op. cit.

43. Jean. Pictet 1998, op. cit.

Las razones esgrimidas por los jefes militares durante el Proceso de Reorganización Nacional y el Juicio a las Juntas Militares demuestran su empeño en aludir al derecho en ciertas circunstancias y ponerse totalmente fuera de él en otras, sobre la base de que existió una guerra. Para ello, han recurrido a una constante manipulación del concepto de “guerra” y lo han adecuado a sus necesidades. A tal fin, han sancionado normas con competencia temporal limitada al período en cuestión para poder crear derecho específico y sustraerse de las normas generales que debían regirlos.

Además, aunque se hubiera abonado a la idea de que efectivamente se estaba en presencia de una guerra, los métodos utilizados por los mandos militares, por su profunda inmoralidad y fundamentalmente porque exceden las necesidades del combate, no son permitidos ni siquiera en la guerra.

De tal magnitud han sido las vejaciones y crímenes perpetrados por el régimen cívico-militar que Nino afirma que es necesario materializar algún tipo de justicia retroactiva por las graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, planteando si es posible un juicio a lo que Hannah Arendt había llamado el “mal absoluto” y si éste cabe dentro de los límites del derecho⁴⁴.

REFERENCIA

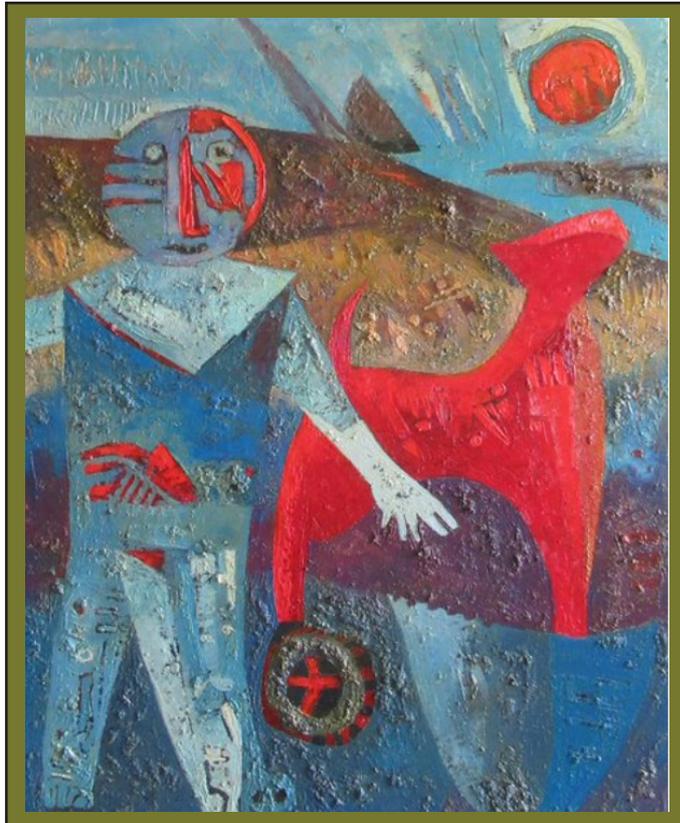
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares. Acusación del fiscal Julio Strassera. Extracto. 1985, disponible en <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/juntas/acusa.htm>
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa 13/84 Juicio a las Juntas Militares, 9 de diciembre de 1985.
- CICR, “¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?”, Documento de opinión, marzo de 2008.
- CONADEP, 1985. *Nunca Más: Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, diciembre 1985.
- Documento Final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo, abril de 1983.
- Garcete, Horacio y Goldwaser Yankelevich, Nathalie (ed.). *Raúl Alfonsín por Raúl Alfonsín: discursos presidenciales ante la asamblea legislativa 1983-1989*. Universidad de Buenos Aires: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

44. Carlos Nino. *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* (Buenos Aires: siglo XXI, 2015).

- Irigoien Barrenne- Espaliat, Jeannette y Larson, Astrid. "Las normas de derecho internacional humanitario que rigen los conflictos armados sin carácter internacional: su aplicación en Chile". Lecciones y Ensayos. Buenos Aires: p. 349-360, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/78/lecciones-y-ensayos-78-paginas-349-360.pdf>
- Manescu, Alexandra. "El CICR y su acción humanitaria durante el régimen militar (1976-1983) en la República Argentina". Discurso de la Jefa de Misión en Argentina, 14 de mayo de 2015, Buenos Aires, disponible en https://www.icrc.org/es/download/file/.../discurso_cicr-expo_jean_mohr_argentina.pdf
- Mompradé Vázquez, Laura. "El proceso de justicia transicional en Argentina. Evolución del paradigma de enjuiciamiento a los responsables de crímenes de esa humanidad", Universitat Autònoma de Barcelona: 29 de junio de 2018, disponible en https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2018/194296/TFG_lmompradevazquez.pdf
- Nino, Carlos. *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- Pictet, Jean. 1998. "Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional", en: PICTET, Jean y otros, *Comentario a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR - Plaza & Janés Editores Colombia S. A., Bogotá, disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>
- Swinarski, Christophe. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos: 1984, disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdl7w.htm#5>
- Vité, Sylvain. 2009. "Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales", *International Review of the Red Cross*, Nº 873 de la versión original, (marzo de 2009), disponible en <https://www.icrc.org/es/international-review/tipologia-de-los-conflictos-armados>

RECIBIDO: 16/02/2022

APROBADO: 18/04/2022



Niño con mascota roja. Óleo sobre lienzo 90 x 70 cm
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com
Instagram.com/[juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com>
[facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)