REVISTA DE
DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL • GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)
NILO BATISTA (BRASIL)
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)
SERGIO MOCCIA (ITALIA)
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)
GLADYS ROMERO (ARGENTINA)
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)
JUAREZ TAVARES (BRASIL)
JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
RODRIGO CODINO

THOMSON REUTERS
LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
MARÍA LAURA BÖHM
MARIANO BORINSKY
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
HORACIO DIAS
JAVIER DE LA FUENTE
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
MARIANO GUTIÉRREZ
AGUSTINA IGLESIAS
JAVIER DE LUCA
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
GRACIELA OTANO
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
ROMINA ZARATE
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a **laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com** Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Exculpación por inexigibilidad penal individual
Por **Diego Manuel Luzón Peña** 3

La capacidad del omitente en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar
Por **Mauricio Ernesto Macagno** 15

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

La reforma del sistema penitenciario congolés en un contexto de crisis
Por **Raoul Kienge-Kienge Intudi** 25

La pena según Foucault
Por **Raúl F. Elhart** 35

DERECHO PROCESAL

DOCTRINA

El sistema procesal penal de los Estados Unidos: ¿Un modelo para el derecho procesal penal de la Unión Europea?
Por **Helmut Satzger** 45

El nuevo Código Procesal Penal
Por **Edmundo S. Hendler** 60

El juez con funciones de ejecución. Su regulación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación
Por **Luis R. Guillamondegui** 66

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

NOTA A FALLO

Medidas de seguridad: el test de proporcionalidad como remedio para la arbitrariedad
Por **Guillermina Leontina Sosa** 85

MEDIDAS DE SEGURIDAD / Internación del inimputable. Proporcionalidad. Control por el juez de ejecución penal. Disidencia (TCasación Penal, Buenos Aires) 85

Las atribuciones policiales en los operativos de prevención del delito y su indispensable escrutinio constitucional
Por **Ricardo S. Favarotto** 95

REQUISA PERSONAL / Operativo policial de control sobre transporte público. Examen sobre un individuo sin orden judicial. Mecanismo de selección injustificado y discriminatorio. Resistencia a la autoridad. Nulidad del procedimiento (JGarantías Nro. 5, Mar del Plata) 95

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

El derecho penal como obstáculo al cambio social: tres ejemplos de la España democrática
Por **Manuel Maroto Calatayud** 111

EJECUCIÓN DE LA PENA

NOTA A FALLO

Trabajo de los internos. ¿La inoportunidad e inconveniencia de un fallo?
Por **Jorge Kent** 133

TRABAJO PENITENCIARIO / Equiparación de los internos a los trabajadores no privados de su libertad. Principio de progresividad y reinserción social (CFCasación Penal) 133

ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

El anteproyecto de Código Penal y las figuras de genocidio y crímenes de lesa humanidad
Por **Daniel Feierstein** 165

Análisis del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2014 en relación con los crímenes de Derecho Internacional
Por **Sebastián Félix García Amuchástegui** 181

El anteproyecto de Código Penal y las figuras de genocidio y crímenes de lesa humanidad (*)

POR **DANIEL FEIERSTEIN**

Sumario: I. Introducción.— II. La figura de genocidio.— III. La figura de crímenes de lesa humanidad.

I. Introducción

El Anteproyecto de Código Penal preparado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (creada por dec. PEN 678/2012) intenta saldar una deuda fundamental de la legislación argentina, al proponer incorporar en el Código Penal las figuras de delitos aceptadas por el Estado argentino a partir de la ratificación de instrumentos internacionales como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Pese a la existencia de numerosos proyectos legislativos de incorporación de dichos delitos al Código Penal (la mayoría de los cuales propuso tipificaciones más avanzadas que las de las propias Convenciones), nuestro país aún continúa en deuda ya que, lamentablemente, ninguno de dichos proyectos logró tener tratamiento legislativo por el pleno de las Cámaras.

Es así que este Anteproyecto constituye una nueva y fundamental oportunidad de saldar dicha deuda, compromiso no sólo político y jurídico sino también moral, como modo de reconocer la lesividad peculiar de prácticas como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad para el conjunto de la población argentina.

Este trabajo buscará analizar las características de ambos tipos penales (genocidio y crímenes de lesa humanidad) desde sus primeras formulaciones hasta su expresión convencional, analizando las potencialidades, los límites, las contradicciones y los problemas de cada tipificación, a fin de permitir un análisis crítico del Anteproyecto y de sus avances o retrocesos en relación con la historia de evolución de la tipificación jurídica de los crímenes de Estado.

II. La figura de genocidio

1) Breve descripción de su surgimiento y discusiones a propósito de su formulación jurídica y sociológica

Hay consenso entre los historiadores acerca de que el término "genocidio" surge como un neologismo creado por el jurista Raphael Lemkin. (1) Dicho neologismo se estructura con el sufijo latino "*cidio*" (aniquilamiento) y el prefijo griego "*genos*", que ha dado mucho más lugar a discusión con respecto a su origen etimológico y a su traducción, sea que remita a un origen tribal común, a la comunión de elementos genéticos o al simple hecho de las características comunes que comparte un grupo, ambos significados presentes en el término griego "*genos*" y en su heredero latino "*gens*", ligado a los clanes familiares.

Matthias Bjornlund, Eric Markusen y Matthias Mennecke definen el genocidio como un concepto "esencialmente problemático" (2), al rastrear los

(*) Publicado originalmente en ZAFFARONI E. R. / CARLÉS R. (Directores) BAILONE M. (Coordinador): "Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario", Editorial La Ley Thomson Reuters, Bs. As., 2014.

(1) Para la definición de Raphael Lemkin, véase Axis Rule in Occupied Europe, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 1944 (traducción al español en El dominio del Eje en la Europa ocupada, Prometeo, Buenos Aires, 2009).

(2) Matthias BJORNLUND, Eric MARKUSEN y Martin MENNECKE; "¿Qué es el genocidio? En la búsqueda de un denominador común entre definiciones jurídicas y definiciones no jurídicas", en Daniel FEIERSTEIN (ed.); El genocidio: problemas teóricos y metodológicos, EDUNTREF, Buenos Aires, 2005. Trabajo presentado originalmente en

desacuerdos producidos al interior de la propia Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, las permanentes discusiones entre los historiadores y sociólogos y la complejidad de las discusiones desarrolladas por los Tribunales Penales Internacionales que juzgan los hechos de Ruanda y la ex Yugoslavia.

Pero en esta *definición problemática*, los autores establecen una esencia común del conjunto definicional —"el aniquilamiento sistemático de un grupo de población como tal"— y tres puntos centrales de divergencia: la cuestión de la "intencionalidad" del genocidio, el carácter de los grupos incluidos en la definición y el carácter total o parcial del aniquilamiento como elemento excluyente de la definición.

2) La discusión en las Naciones Unidas sobre la sanción de una Convención contra el Genocidio

Sin embargo, entre las primeras intuiciones de Lemkin y la sanción de una Convención sobre Genocidio, se recorrió una interesante historia en el derecho internacional, que se inicia con una de las herramientas más precisas y sintéticas de tipificación del genocidio (la resolución 96 [I] de las Naciones Unidas, aprobada el 11 de diciembre de 1946) por la que se convocó a los Estados miembros a reunirse para definir este nuevo tipo penal, como consecuencia directa de la conmoción producida internacionalmente por los crímenes de Estado llevados a cabo por el nazismo. Es llamativo que en los trabajos teóricos del siglo XXI tienda a omitirse cada vez más la existencia de esta primera pieza jurídica, generada por el estupor producido por el nazismo y la temprana e influyente obra de Raphael LEMKIN, *The Axis Rule in Occupied Europe*.

La resolución 96 (I) sostenía que "el genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas. Muchos crímenes de genocidio han ocurrido al ser destruidos completamente o en parte, grupos raciales, religiosos, políticos y otros. El castigo del crimen de genocidio es cuestión de preocupación internacional". (3)

La definición del crimen en esta primera resolución se basa en la analogía más certera, que es la que lo vincula con el homicidio, estableciendo las características del hecho por la tipología de la acción (muerte colectiva en el caso del genocidio, aplicada a grupos, frente a muerte individual en el caso del homicidio, aplicada a sujetos). Es destacable que, respetuosa del principio de igualdad ante la ley, la resolución no define el delito por las características de la víctima (lo que luego hará el texto final de la Convención, contraviniendo principios fundamentales de tipificación penal), sino que las víctimas se citan apenas como ejemplos de la práctica ("grupos raciales, religiosos, políticos u otros"). Es precisamente el término "otros" el que completa la tipificación al establecer que no es la identidad de la víctima la que define el delito (así como no define, en verdad, ningún tipo penal de ningún código penal moderno) sino las características de la acción material cometida.

En el marco de las discusiones en la Asamblea General de las Naciones Unidas, se produjo un bloqueo de la posibilidad de aprobación del primer proyecto de convención elaborado por el

inglés al Primer Encuentro Internacional "Análisis de las Prácticas Sociales Genocidas", Facultad de Derecho, UBA, 11-15 de noviembre de 2003. Un eje similar de análisis puede encontrarse en el conjunto de los estudios sobre genocidio en los últimos veinte años, partiendo de la temprana obra de Leo KUPER; Genocide. Its Political Use in the Twentieth Century, Yale University Press, New Haven & London, 1981, pasando por el clásico de Frank CHALK y Kurt JONASSOHN, The History and Sociology of Genocide: Analysis and Case Studies, Yale University Press, New Haven, 1990 (traducción al español en Historia y sociología del genocidio, Prometeo, 2011) o revisando las discusiones conceptuales de publicaciones especializadas como el Journal of Genocide Research, el Journal of Genocide Studies and Prevention o la Revista de Estudios sobre Genocidio. Puede consultarse una actualización de todas estas discusiones en la sólida compilación de Donald BLOXHAM y Dirk MOSES, Oxford Handbook of Genocide Studies, Oxford University Press, Oxford & New York, 2010.

(3) Para el seguimiento de la discusión del concepto de genocidio en las Naciones Unidas en la segunda posguerra en detalle, véase el trabajo de Hernán FOLGUEIRO, "El crimen de genocidio en el derecho internacional", en Daniel FEIERSTEIN y Guillermo LEVY (comp.); Hasta que la muerte nos separe. Poder y prácticas sociales genocidas en América Latina, Ediciones al Margen, Buenos Aires, 2004.

grupo de expertos designados al efecto (Raphael Lemkin, Donnedieu de Vabres y Vespasiano Pella) por parte de un conjunto de Estados en donde destacaban la Unión Soviética, Gran Bretaña y Sudáfrica. La principal objeción de estos Estados radicaba en la inclusión en dicho proyecto de los "grupos políticos", lo cual se veía como una intromisión de la normativa internacional en la soberanía estatal (léase el derecho de cada Estado a cometer un genocidio contra los opositores políticos que operan dentro de sus límites). Otro conjunto de Estados, liderados por Francia y Yugoslavia, insistían en que la exclusión de los grupos políticos implicaría una legitimación de la modalidad más común de ejercicio del aniquilamiento de poblaciones, esto es, del delito que se pretendía definir, sancionar y prevenir en la Convención.

Ante el estancamiento de las negociaciones, fue el propio Raphael Lemkin —uno de los lobistas principales de la Convención, interesado en aprobarla pese a las limitaciones que se le querían imponer— quien encontró un argumento menos escandaloso que el de los Estados para justificar la exclusión de un grupo de población (los grupos políticos) de la protección ofrecida por la Convención, al sostener que los grupos políticos "carecen de la persistencia, firmeza o permanencia que otros grupos ofrecen". (4)

Llama la atención que el propio Lemkin, creador de la figura de "genocidio", había escrito que "genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos, en el mismo sentido que homicidio es la negación a un individuo de su derecho a la existencia", una excelente y sintética definición jurídica del crimen, que fuera retomada por la resolución 96 (I).

También es sintomático que la definición que Lemkin utiliza en su libro, aun cuando refiere centralmente al caso de los grupos nacionales, no se basa en la delimitación de grupos sino que describe el genocidio de un modo mucho más enriquecedor, como en el siguiente párrafo: "El genocidio tiene dos etapas: una, la destrucción del patrón nacional del grupo oprimido; la otra, la imposición del patrón nacional del opresor. De forma sucesiva, esta imposición puede realizarse sobre la población oprimida a la cual se le permite permanecer en el lugar, o tan sólo sobre el territorio, después de la remoción de la población y cuando los mismos ciudadanos de la nación opresora hayan colonizado el área". (5) Sus esfuerzos para hacer avanzar la discusión internacional, su carácter de lobista y su centramiento en la experiencia del nazismo —atravesada fundamentalmente por la cuestión nacional— lo llevaron a alterar sus propias definiciones, avalando el escándalo jurídico de una definición legal que, por primera vez en el derecho interno o internacional, vulneró y continúa vulnerando el principio básico de la igualdad ante la ley.

En contraposición con el cambio de opinión de Lemkin y su aval a la exclusión de los grupos políticos, otro de los expertos citados por la Comisión —Donnedieu de Vabres, quien había representado a Francia en los juicios de Nürenberg— sostuvo que la exclusión expresa de los grupos políticos podía interpretarse como "la legitimación de un crimen de esa clase que se perpetrara contra un grupo político". (6)

Es decir, en la dura discusión entablada en el seno de las Naciones Unidas había tres cuestiones en juego:

a) Si la definición de genocidio debía ser universal (como toda tipificación penal) o limitarse a ciertos grupos, vulnerando de este modo el principio universal de la igualdad ante la ley.

b) Si la limitación era una ayuda para facilitar la aprobación de la Convención por el mayor número de Estados, pero, contrapuesto a esto.

c) Si dejar explícitamente afuera de la tipificación a determinados grupos no podía constituir un modo de legitimar su aniquilamiento.

Discusiones teóricas, discusiones políticas y consecuencias de la tipificación se hallaban presentes ya en estas primeras deliberaciones.

El art. 2º del primer proyecto de Naciones Unidas (el artículo de tipificación) había sido re-

(4) Raphael LEMKIN;"Genocide as a Crime under International Law", The American Journal of International Law, Vol. XLI, 1947, pág. 149.

(5) Las citas son de Axis RULE in Occupied Europe, op. cit., capítulo 9.

(6) MARTÍNEZ, José Agustín, "El Nuevo Delito de Genocidio" (primera parte), Revista de Derecho Penal, Año III, Nro. 1, Ediar, Buenos Aires, 1947.

dactado de un modo tal que incluía a los grupos políticos, pero sin ser tan general como la resolución 96 (I) y restringiendo el concepto ahora a cuatro casos: nacional, racial, religioso o político. Dice dicho artículo que "En esta Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos deliberados siguientes, cometidos con el propósito de destruir un grupo nacional, racial, religioso o político, por motivos fundados en el origen racial o nacional, en las creencias religiosas o en las opiniones políticas de sus miembros: 1) matando a los miembros del grupo; 2) perjudicando la integridad física de los miembros del grupo; 3) infligiendo a los miembros del grupo medidas o condiciones de vida dirigidas a ocasionar la muerte; 4) imponiendo medidas tendientes a prevenir los nacimientos dentro del grupo".

Luego de dos años de arduas negociaciones y desacuerdos, las Naciones Unidas terminaron excluyendo a los grupos políticos de la nueva tipología jurídica —el apoyo a esta versión final por parte de los Estados Unidos y los países del Caribe (junto a una maniobra que permitió votar la cuestión por segunda vez, ante una primera votación en la que los grupos políticos habían sido incluidos en la Convención)— fue central para quebrar la resistencia de Estados como Francia y Yugoslavia a la exclusión de dichos grupos.

Es así que en el art. 2º de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, sancionada el 9 de diciembre de 1948, se terminó redactando que "se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo".

Pese a que las propuestas y los proyectos previos postulaban lo contrario, y más allá de las advertencias de Donnedieu de Vabres, los *grupos políticos* fueron finalmente excluidos de la definición, con lo cual culminó el pasaje de una primera definición *extensiva* (la expresada en la resolución 96 (I) y en los primeros borradores de Convención) a una definición cada vez más *restrictiva*. Por otra parte, la restricción finalmente sancionada en la Convención resultó explícitamente arbitraria, al incluirse dentro de los "grupos protegidos" a quienes poseen una "ideología religiosa", pero no así a quienes comparten una "ideología política", cuando ambos constituyen, más allá de sus importantes diferencias, dos sistemas de creencias que no difieren en la "voluntariedad", concepto que Lemkin había creado para tratar de justificar lo injustificable: la vulneración de la igualdad ante la ley en la construcción del tipo penal de genocidio.

La pregunta que podría hacerse entonces es: ¿qué consecuencias implicó esta exclusión en tanto discurso de verdad y en tanto viabilidad de la Convención como herramienta jurídica de sanción y prevención del genocidio?

Tal como temía Donnedieu de Vabres, y a juzgar por los hechos ocurridos entre 1950 y 1989 (donde la negativización de la alteridad transitó hegemónicamente las figuras de la autonomía política, mucho más que las de la diferenciación étnico-nacional o religiosa), cabría citar aquí la hipótesis provocativa de Ward Churchill (aun cuando no siempre suelen ser las hipótesis más enriquecedoras), quien señaló que algunos Estados habían querido "estrechar los parámetros definicionales de la Convención tanto como fuera necesario a fin de excluir muchas de sus pasadas, presentes y anticipadas prácticas" (7) excluyendo *a priori* de su definición a los sujetos sociales que efectivamente podrían ser víctimas del aniquilamiento estatal.

De este modo, la Convención se terminó convirtiendo en el clásico resultado de los grandes eventos internacionales: una herramienta suficientemente inocua para transformarse apenas en un instrumento que operara sobre el pasado pero nunca en una herramienta para prevenir el futuro. (8) Entre su sanción en 1948 y fines del

(7) Ward CHURCHILL, A Little Matter of Genocide: Holocaust and Denial in the Americas, 1492 to the Present, City Lights Books, San Francisco, 1997, p. 410. Véase también KUPER, Genocide. Its Political Use in the Twentieth Century, Yale University Press, New Haven, 1981, pp. 24-30.

(8) Llama la atención, en este sentido, la intervención de la Delegación de Brasil en las discusiones sobre la Convención, quien consideraba que "sería imposible, en esta parte del mundo, una intensificación de la animosidad política que pudiera derivar en movimientos del tipo de un pogrom" (citado en Beth Van SCHAACK, "The crime of

siglo XX, la Convención no fue aplicada por las Naciones Unidas y allí donde algunos trabajos destacan la "falta de voluntad" de los Estados sería conveniente sumar su defectuosa redacción. Los fenómenos genocidas siempre cuentan con intencionalidades políticas. La exclusión de los motivos políticos, por lo tanto, no sólo vulneró el derecho de igualdad ante la ley, sino que volvió inoperante la propia Convención, dándole un argumento fundamental a cualquier defensor de los genocidas: siempre que fuera posible probar el motivo político de la matanza, la Convención perdería su posibilidad de aplicación.

Cabría desafiar a cualquier historiador a encontrar un crimen masivo estatal en los siglos XIX o XX que carezca de motivos políticos (incluido, sin dudas, el propio nazismo, cuyo diseño del conjunto de víctimas fue explicitada por sus numerosos perpetradores invocando el análisis político de la realidad europea de la época y del rol jugado en dicha situación por judíos, gitanos, disidentes políticos u homosexuales, entre otros grupos).

Los discursos que defienden la definición de la Convención al tiempo que se exasperan por sus dificultades de implementación se asemejan al perro que intenta morderse la cola, girando en círculos alrededor de una tarea imposible, buscando una meta que se aleja como producto de sus propios movimientos.

Sin embargo, numerosos documentos internacionales abordaron la cuestión durante todo el siglo XX, cuyo caso más resonante fue el Informe preparado para las mismas Naciones Unidas por el consultor nombrado al efecto, Benjamín Whitaker, a comienzos de los años ochenta.

3) El principio de igualdad ante la ley: ¿desigualdad ante la muerte?

La necesidad de tipificar el delito de genocidio se volvió un tema de preocupación general luego de que la propia Europa se sintiera conmocionada internamente por el paroxismo de las prácticas genocidas que no la alarmaran tanto cuando se trataba de pueblos coloniales, es decir, de los que siempre habían sido "otros". La vorágine del nazismo puso en evidencia el problema del genocidio hacia la población del propio Estado, como un modo de delito que no permitía su subsunción en la mera acumulación de acciones homicidas singulares y que, por otra parte, tampoco podía continuar siendo ignorado.

El aniquilamiento de un grupo de población por su carácter de tal parecía distinguirse claramente del homicidio reiterado o asesinato múltiple, única figura con la que contaba el derecho penal a la hora de enfrentarse a este delito. Fueron los caracteres peculiares de la práctica e, insistimos, las discusiones éticas desatadas por las consecuencias del nazismo y de los campos de concentración y exterminio, los que obligaron a las Naciones Unidas a sancionar un nuevo tipo penal internacional.

Sin embargo, y pese a la importancia de haber dado surgimiento a este nuevo delito, que conmociona gran parte de los fundamentos mismos de un derecho penal individualista, el hecho de haber definido la práctica genocida de un modo restrictivo, centrando dicha tipificación en el carácter de las víctimas, implicó la sanción de una figura jurídica que tiende a vulnerar principios elementales del derecho, cuanto menos desde su concepción contractualista de fines del siglo XVIII, siendo el más importante de ellos la columna vertebral de toda la pirámide legislativa, el principio de "igualdad ante la ley" y, vinculado a éste, la imposibilidad de jerarquización de la vida humana.

En la definición adoptada por la Convención, el genocidio queda restringido a cuatro grupos (étnico, nacional, racial o religioso). Al especificar esta restricción, sin embargo, se diseñó por primera vez un tipo penal que tiene la particularidad de establecer un derecho *diferenciado*. La misma práctica, con la misma sistematicidad, el mismo horror, análoga saña, sólo es pasible de ser identificada como tal si las víctimas de dicha práctica tienen determinadas características en común, pero no otras.

Es decir, si un Estado genocida decidiera aniquilar a los "delincuentes natos" (catalogados como "feos" en la estética lombrosiana e identificables como tales) y estableciera para ello campos de reclusión y exterminio y luego redujera sus cuerpos a cenizas para eliminar su posible reaparición y aniquilara también a sus hijos por el peligro

---

political genocide: Repairing the Genocide Convention´s Blind Spot", Yale Law Journal, 106, 1997, págs. 2259-2292). Los hechos ocurridos en América Latina durante los siguientes cuarenta años se encargarían de contradecir los pronósticos del representante brasileño.

biológico que representan, ello no constituiría delito de genocidio en función de esta definición dado que los "delincuentes natos" (o los "feos") no constituyen un grupo étnico o racial (en todo caso, están sobre-representados en varios) ni, menos aún, un grupo nacional o religioso.

Y esta distinción en la tipología, este "derecho diferenciado" que establece "categorías de víctimas" no resulta gratuita, habida cuenta de las consecuencias que impone el delito de genocidio en sus procedimientos, dado que permite el quiebre de las garantías de prescripción y de territorialidad, en función de la gravedad del hecho de que se trata. Es decir, al definir un hecho como "genocida", las consecuencias penales y los efectos en la lucha contra la impunidad y por la preservación de la memoria pasan a ser cualitativamente distintas.

A diferencia de la construcción penal de los "agravantes" de los diversos delitos, no es posible encontrar en toda la codificación penal argentina ningún caso de construcción típica que se base no en la definición de la práctica sino (así como parece hacerlo la definición restrictiva del genocidio) en las características de la víctima. La forma básica de tipificación (el primer artículo de cada tipo de delito) remite siempre a una construcción generalizadora al modo de la redacción del art.79 (homicidio) en la forma de "el que matare a otro", donde las características de dicho "otro" no modifican la práctica. Un homicidio siempre será un homicidio, se mate a quien se mate.

En todo caso, algunos agravantes aumentan la pena, dado que se considera igual de grave matar, pero la relación familiar del victimario con la víctima puede introducir un matiz a un delito que, de todos modos, sólo puede tipificarse por el carácter de la práctica (matar), así como todo otro delito.

El modelo se reitera en cada tipificación y, aun en el caso de los agravantes o atenuantes, siempre se remite a una diferenciación basada en dos características principales: la edad (un estado transitorio, que agrava o determina ciertos delitos como la violación, lo cual tiene un nivel lógico comprensible) y la relación de parentesco (característica que opera en verdad más sobre el victimario que sobre la víctima, agravando el delito).

Es decir, los delitos no son definidos por la víctima que los padece y, si bien algunos agravantes o atenuantes sí se vinculan con las características de la víctima, esta vinculación se hace de modo de no alterar el principio de igualdad ante la ley. No refiere a "grupos de personas" protegidos o desprotegidos sino a características transitorias de las personas (la edad o el parentesco) que, en el caso de hallarse presentes al momento de cometerse el delito, pueden permitir una diferenciación cuantitativa (atenuante o agravante) en las penas, nunca una diferenciación cualitativa de la acción. (9)

Pero el problema de la *tipificación personalizada* para el genocidio (y su excepcionalidad) no es un mero accidente, sino que ya ha tenido jurisprudencia en las discusiones sobre la posible no subsunción típica del genocidio ocurrido en Camboya en los años setenta y en la negación sistemática de los genocidios latinoamericanos de las décadas del setenta y ochenta —tanto en el Cono Sur como en América Central— por su "inadecuación tipológica".

Este "tratamiento especial", ahora de signo contrario, en verdad no hace más que legitimar el propio orden excluyente que pretende juzgar, al establecer que la muerte de algunos tiene más valor que la de otros. Es decir, el marcaje y la cosificación de algunos grupos —y su continuidad en tanto práctica de exclusión y aniquilamiento— parecieran contener en sí una negatividad superior al mismo proceso aplicado en grupos distintos. Cabe entonces preguntarse: ¿cómo se construye la noción de grupo? ¿Cómo se construye la noción de identidad? ¿Cómo se construye la noción de

(9) En todo el Código Penal Argentino aparecen tan sólo dos casos de inclusión de una característica personal no igualitaria (ni edad ni parentesco) como agravante (jamás como pura tipificación, como en el caso de genocidio) y ambos, de todos modos, son discutibles. El art. 120, que califica el estupro, como sub-especie agravante de la violación, remite al concepto de "honestidad" de la mujer de 12 a 15 años para calificar a la práctica como tal (concepto que, de todos modos, ha sido revisado justamente por su vulneración al concepto de igualdad... ¿cómo se define esta "honestidad"? ¿Quién la comprueba, quién la confirma?). El art. 142 incluye, en su primer inciso, un agravante para el delito de privación de libertad si éste se realizare "con violencias o amenazas con fines religiosos o de venganza". De todos modos, y pese a ser discutible, el agravante no parte de una condición de la víctima sino de la intencionalidad de la acción aunque, nuevamente para no vulnerar el principio de igualdad ante la ley, sería pertinente incluir cualquier otra amenaza particularizada (étnica, política, ideológica, etc.).

inocencia? ¿Qué efectos contiene a futuro para la prevención de las prácticas sociales genocidas?

El éxito de esta perspectiva (que podríamos llamar hegemónica, dado que recorre las tipificaciones penales sobre genocidio de gran parte de los Estados que han logrado expresar la Convención en sus propios ordenamientos jurídicos) radica en el contenido *sedante* de este modelo que, al remitir a una secuencia de negatividad pretérita, disuelve su acción en la sanción del pasado, sin demasiadas consecuencias para el análisis del presente.

De todos modos, vale rescatar algunos casos de tipificación penal del genocidio durante la década del noventa, que han incorporado la figura de los grupos políticos (o figuras más amplias como la de "cualquier grupo", "cualquier colectividad", etc.), como es el caso de la tipificación del genocidio en los códigos penales de Bangladesh, Costa Rica, Eslovenia, Etiopía, Francia, Finlandia, Lituania, Panamá, Perú, Portugal, Rumania y Uruguay, entre algunos otros Estados, tendencia pequeña pero creciente y que debería ser modelo para pensar el Anteproyecto argentino, en lo que hace a esta figura.

Durante las tres últimas décadas, numerosas reflexiones jurídicas se han alzado en contraposición a las líneas hegemónicas de tipificación jurídica del genocidio (esto sin tomar en cuenta las simultáneas discusiones en el campo histórico y sociológico).

Cabría destacar tres de ellas: el Informe Whitaker para los años ochenta (10), los escritos del juez español Baltasar Garzón en relación con las dictaduras latinoamericanas a fines de los años noventa enriquecidos con muchos de los fallos argentinos en el siglo XXI y las discusiones y análisis de los Tribunales Penales Internacionales en relación a los hechos ocurridos en la ex Yugoslavia y en Ruanda. (11)

En nuestro país, hemos tenido luego los fallos de distintos tribunales (a esta altura suman casi una decena) que han considerado viable y necesaria la calificación como genocidio de los hechos vividos en nuestro país en las décadas del 70 y 80.

4) El Informe Whitaker

El Informe Whitaker tiene como antecedentes los Informes del Relator Especial Nicodeme Ruhashyankiko, presentados entre 1973 y 1978 a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas y el Cuestionario Especial remitido a los gobiernos, organismos especializados, organizaciones regionales y organizaciones no gubernamentales entre 1984 y 1985 por el propio Benjamin Whitaker, así como la colaboración de numerosos académicos internacionales.

El Informe Whitaker, entre otros temas, analiza las características de las discusiones en Naciones Unidas y de los procesos genocidas ocurridos entre 1948 (año de sanción de la Convención) y 1984. Además de lo ya tratado en parágrafos anteriores, el Informe basa su crítica al artículo 2 de la Convención en los argumentos del Estado francés en las discusiones de la Convención (apoyados por Bolivia, Haití, Cuba y Yugoslavia, entre otros Estados) cuando, al oponerse a la exclusión de los grupos políticos, sostiene el carácter ideológico de los sistemas de pertenencia religiosa y política y su unidad en función de ello, así como a la necesidad de protección de dichos grupos, dado que "mientras en el pasado los crímenes de genocidio se cometieron por motivos raciales o religiosos, era evidente que en el futuro se cometerían prin-

(10) Aun cuando no se debe olvidar, en esta misma década (los años ochenta), la ofensiva del pueblo armenio para el reconocimiento del genocidio sufrido a manos del Estado Ittihadista turco, y su posible subsunción en la tipificación de genocidio.

(11) El Tribunal Oral Federal en lo Criminal Nº 1 de La Plata, integrado por los jueces Carlos Rozanski, Horacio Isaurralde y Norberto Lorenzo, condenó a reclusión perpetua al ex director de Investigaciones de la Policía Bonaerense, Miguel Osvaldo Etchecolatz (en 2006) y al sacerdote Christian Von Wernich (en 2007), incluyendo en su sentencia la descripción de los hechos como genocidio. Este fallo verdaderamente histórico —dado que no hay más de dos o tres casos en toda la historia del derecho en los que un tribunal nacional reconoce la existencia de un genocidio en su propio territorio— abrió las puertas para nuevas discusiones acerca de las características de los hechos ocurridos en la Argentina y de los alcances del concepto de genocidio, las cuales se han venido desarrollando dentro y fuera de los ámbitos jurídicos, tanto en la Argentina como, lentamente, en todo el escenario internacional. Dicho fallo fue reiterado por numerosos tribunales y a fines de 2012 el mismo Tribunal reconoció "inequívocamente" la existencia del delito de genocidio en la Argentina para los hechos en cuestión.

cipalmente por motivos políticos (...) En una era de ideología, se mata por motivos ideológicos". (12)

Más allá del amplio y bien documentado análisis, el Informe culmina con las "recomendaciones", en donde se insta, entre otras cuestiones, a que "la definición se amplíe para abarcar los grupos sexuales"(13) y que "la solución al problema de las matanzas de grupos políticos y de otra índole, al no existir consenso, sería incluir una disposición a ese respecto en un protocolo facultativo adicional". (14)

Entre otros temas, el Informe también hace recomendaciones con respecto a las dificultades para probar la "intencionalidad" del genocidio, a las posibilidades de incluir al etnocidio y al ecocidio en la definición y a la necesidad de contar con un Tribunal Penal Internacional o de admitir la intervención de cualquier Estado en el juzgamiento de los genocidas, dado que "en la práctica, los asesinos de masas están protegidos por sus propios gobiernos, salvo en los casos excepcionales en que esos gobiernos han sido derrocados". (15)

A excepción de la posibilidad de establecer algún Tribunal Penal Internacional (como en los casos de Ruanda y la ex Yugoslavia), el informe de Benjamin Whitaker no tuvo mayor eco y la Convención continuó excluyendo a los grupos políticos, sexuales, económicos y sociales hasta el día de hoy.

5) Las actuaciones de Baltasar Garzón y los tribunales penales internacionales para juzgar los crímenes de Ruanda y la ex Yugoslavia

En el año 1997, ante la presentación de varias organizaciones de derechos humanos de Madrid, la justicia española abrió una causa contra los militares argentinos por los delitos de terrorismo y genocidio, que recayó bajo la competencia del juez Baltasar Garzón. La jurisdicción de la justicia española, en este caso, se encontraba pendiente de la tipificación de aquéllos como genocidio, con lo cual fue la necesidad coyuntural de "hacer justicia" la que introdujo a Garzón en la discusión que venimos tratando sobre el alcance de la tipificación de los hechos genocidas. Es decir, la relación memoria-justicia cobra en las actuaciones de Garzón uno de sus momentos más explícitos.

La resolución del 2 de noviembre de 1999 fue una de las piezas más interesantes para abordar jurídicamente estas cuestiones.

Por empezar, remite ya en su primer inciso jurídico precisamente al Informe Whitaker y a la resolución 1983/83 de Naciones Unidas (que convocaba a la realización de dicho Informe), en función de que constituye un antecedente que, pese a la falta de cumplimiento de sus recomendaciones, no debiera ser ignorado en el desarrollo jurídico internacional. Sin embargo, la lógica de la argumentación jurídica resulta múltiple, yuxtaponiendo elementos, a saber:

a) la inconstitucionalidad, para la legislación española, de la necesidad de etnicización de los grupos nacionales victimizados como condición para su tipificación como genocidio (inc. 1º);

b) la posible pertinencia de la tipificación de genocidio ligado al exterminio de "grupos políticos", pese a su explícita exclusión de la legislación española (inc. 2º);

c) la pertinencia del término "grupo nacional" para calificar los hechos ocurridos en la Argentina (inc. 2º);

d) la pertinencia del término "grupo religioso" para calificar los hechos ocurridos en la Argentina, en vinculación con el elemento ideológico subyacente en la creencia religiosa y las posibles conexiones entre estos dos niveles (incs. 3º y 4º);

e) la pertinencia del término "grupo religioso" en función del discurso militar argentino y su vinculación con la instauración del orden "occidental y cristiano" (incs. 3º y 4º);

f) la explicitación del carácter político del pensamiento racista y, por lo tanto, de una casi evidente politización del concepto "grupo racial" que, al ser imaginario, siempre representaría la construcción de un "grupo político". Esta construcción conceptual tiene una enorme riqueza en los términos del trabajo que aquí se desarrolla (inc. 5º);

(12) Informe E/CN. 4/Sub. 2/1985/6 (Informe Whitaker), págs. 18-19.

(13) Informe, op. cit., págs. 16-17.

(14) Informe, op. cit., pág. 19.

(15) Informe, op. cit., pág. 40.

g) la pertinencia del término "grupo étnico" para el "tratamiento especial" de la población judeo-argentina, tanto con respecto a su definición simbólica como vinculado a la especificidad de su tratamiento (inc. 5º).

El más sugerente de los apartados es el tercero, que sostiene que la caracterización de "grupo nacional" es válida para analizar los hechos ocurridos en la Argentina, dado que los perpetradores se propusieron destruir un determinado tramado de las relaciones sociales de un Estado para producir una modificación lo suficientemente sustancial como para alterar la vida del conjunto.

Los escritos de Garzón lograron reutilizar el carácter "productor de verdad" del derecho para colar los ecos de la memoria de los derrotados entre las verdades de los vencedores, pero manteniendo la estructura formal del escrito judicial. Es sintomático que sus sentencias fueran luego transformadas por la Audiencia Nacional de España, la que decide abandonar la calificación de genocidio y reemplazarla por la de "crímenes contra la humanidad".

La subjetividad de la definición de la categoría de *grupo étnico* —y su directa vinculación con el carácter político— asumió otro momento más que complejo en el genocidio desarrollado en Ruanda, en el que una *diferencia política* —la cercanía con el gobierno belga y su participación en la administración colonial— fue homologada como *diferencia étnica*: hutus y tutsis. Esta diferenciación se articuló con una serie de procesos genocidas cruzados: primero contra los hutus en Burundi en 1965 y 1972, luego contra los tutsis y hutus moderados en Ruanda en 1994.

Las actuaciones del propio Tribunal Penal Internacional para Ruanda encontraron problemas para catalogar a hutus y tutsis como grupos "étnicos".

Dice Eric Markusen al respecto:

"En primer lugar, los dos grupos involucrados en el genocidio de Ruanda, los hutu y los tutsi, comparten la cultura, la religión y la lengua. En segundo lugar, quizás lo más importante, las supuestas diferencias entre los dos fueron en gran parte construidas sobre percepciones colonialistas y constituyeron durante el genocidio un elemento integral de la matanza. En muchos casos, los tutsis eran escogidos y asesinados porque los documentos de identidad introducidos décadas atrás por el régimen colonial belga los identificaban como tales. (16) ¿Acaso los jueces de la ONU no hubieran, por lo tanto, reforzado la ideología de los asesinos si identificaban a los tutsis como un grupo distintivo?". (17)

El propio Tribunal termina cediendo ante la incompatibilidad de la definición de la Convención, admitiendo el carácter subjetivo de toda asignación identitaria, que recae más en el perpetrador que en la víctima:

"Los conceptos de grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos han sido analizados en profundidad y, en la actualidad, no existen definiciones precisas de los mismos aceptadas por la comunidad internacional. Cada uno de estos conceptos debe ser evaluado a la luz de un determinado contexto político, social y cultural. Además, la Sala advierte que, a los fines de aplicar la Convención sobre Genocidio, la pertenencia a un grupo es, en esencia, un concepto subjetivo más que objetivo. El perpetrador de genocidio percibe a la víctima como perteneciente a un grupo destinado a la destrucción. En algunos casos, la víctima puede percibirse a sí misma como perteneciente a dicho grupo". (18)

6) El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional

El fin de la Guerra Fría, la actuación de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y la presión internacional ante los cincuenta años de vida de la Convención, que demostraron su falta de aplicabilidad, no fueron suficientes para

(16) Véase, por ejemplo, Alison DES FORGES, "Leave None to Tell the Story" — Genocide in Rwanda, Nueva York: Human Rights Watch 1999. De hecho, esto también fue señalado por los jueces del Tribunal Penal Internacional para juzgar los crímenes de Ruanda.

(17) BJORNLUND, MARKUSEN y Meinecke, op. cit.

(18) "Fiscal contra Rutaganda" (causa ICTR-96-3), fallo y sentencia, 6 de diciembre de 1999, párrafos 56-58, 373. El enfoque mixto, causa por causa, también se expresa en el "Fiscal contra Musema" (causa No. ICTR-96-13), fallo y sentencia, 27 de enero de 2000, párrafos 162-163. La idea sobre la definición subjetiva de las víctimas por parte del perpetrador ya había sido desarrollada previamente por el ya citado trabajo de CHALK y JONASSOHN, línea seguida por numerosos investigadores del campo de estudios sobre genocidio.

cambiar la tipificación, pero dieron nacimiento a su primer órgano de ejecución: la Corte Penal Internacional.

La Corte Penal Internacional (CPI) se crea apenas iniciado el siglo XXI y como consecuencia de la sanción del Estatuto de Roma, aprobado en 1998. Su objetivo fundamental fue el de crear una institución que pudiera hacerse cargo del juzgamiento de los delitos del derecho penal internacional, entre ellos el delito de genocidio.

En lo que hace a la tipificación del genocidio, y pese a la opinión en contrario de numerosos académicos y asesores al momento de discusión y redacción del Estatuto de Roma, se ha reproducido la escandalosa redacción del art. 2º de la Convención, ahora convertido en el art. 6º del Estatuto, lo cual ha transformado dicho concepto en un delito inaplicable, prefiriendo la Corte aplicar en todos los casos la definición mucho más flexible de "crímenes contra la humanidad", definidos en el art. 7º de su Estatuto. (19)

Pero a la desaparición de un concepto operativo de genocidio y su reemplazo efectivo por el concepto de "crímenes contra la humanidad" se suma el hecho de que la CPI sólo puede actuar en casos en los que los perpetradores y/o el territorio involucrado pertenezcan a Estados que hayan reconocido su jurisdicción. Por otra parte, su modo de intervención hasta el momento se ha basado en la recepción de casos elevados a la Corte por dichos Estados o en la remisión de casos por parte del Consejo de Seguridad, con lo cual la autonomía de la Corte para avanzar en violaciones cometidas por los propios Estados pareciera ser apenas formal, tal como lo eran las Convenciones previas a la existencia de la Corte.

Ello ha llevado, en lo concreto, a que todas las actuaciones de la CPI hasta el día de hoy se han concentrado en territorio africano y, en la mayoría de los casos, las acciones se dirigen contra miembros de organizaciones no estatales denunciadas por el propio Estado (en la República Democrática del Congo, Uganda y la República Centroafricana) y no contra el propio poder punitivo (que era el único argumento para justificar el avance de los delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad sobre una serie de garantías penales como, entre otras, la prescripción y la territorialidad.

7) Antecedentes legislativos argentinos

Nuestro país tuvo numerosos proyectos de inclusión del delito de genocidio en nuestro Código Penal. Entre ellos, algunos fueron aun anteriores a la Convención de las Naciones Unidas, como el incluido en el Proyecto de Código Penal redactado en 1936 que tipificaba como delito al genocidio o genticidio con la siguiente definición:

"Al que con el propósito de destruir, total o parcialmente, comunidades nacionales o de carácter religioso o político, cometiera delitos contra la vida de sus miembros en cuanto tales, se le impondrá prisión de 25 a 30 años o perpetua".

Una redacción similar podemos encontrar en la propuesta de inclusión del genocidio en el proyecto del año 1951.

De allí en más, y ratificada la Convención sobre Genocidio por el Estado Argentino por dec.-ley 6286/1956, otra serie de proyectos buscaron incorporar dicho delito, entre los que merecen destacar el presentado por el diputado nacional Lusquiños (Partido Justicialista, provincia de San Luis) en el año 2001, donde se lo define como:

"Art. 80 bis.— Comete el delito de genocidio y será penado con pena de prisión o reclusión perpetua con más las accesorias de inhabilitación especial por tiempo indeterminado quien lleve adelante por cualquier medio un plan concertado previamente, destinado a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, político, racial o religioso. Se entenderá que son constitutivas del delito de genocidio cualquiera de las siguientes conductas:

"1º El que en cumplimiento de los propósitos mencionados precedentemente matara, lesio-

(19) Para una defensa y universalización del uso del concepto de "crímenes contra la humanidad" en lugar del de genocidio, véase William SCHABAS, "The Law and Genocide", en BLOXHAM and MOSES, The Oxford Handbook of Genocide Studies, op. cit., págs. 123-141 y Genocide in International Law, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009. Para una crítica del uso del concepto de crímenes contra la humanidad en lugar del de genocidio, véase Daniel FEIERSTEIN, "El peligro del redireccionamiento de los conceptos del derecho internacional: las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional y el nuevo papel de los EE.UU.", en Revista de Estudios sobre Genocidio, 3, 2009, Editorial de la Universidad Nacional de Tres de Febrero, Buenos Aires, págs. 83-97.

nara —física o psíquicamente— en forma grave, violara, o sometiera a torturas o vejámenes, o a condiciones de existencia tales que acarreen la destrucción total o parcial del grupo.

"2º El que en cumplimiento de los propósitos mencionados adopte medidas destinadas a evitar el nacimiento de miembros del grupo o traslade por la fuerza a niños del grupo fuera de su seno.

"3º La incitación a la comisión del delito será sancionado con la pena correspondiente a la tentativa, siempre que el hecho no se produzca. La planificación del hecho que se consuma será castigado con la misma pena que los autores materiales del mismo".

También merece destacarse uno de los últimos: el presentado por la senadora Di Perna en el año 2010, en el que luego de numerosas consultas y discusiones con jueces y académicos argentinos, se llegó a la siguiente redacción, a nuestro modo de ver una de las más logradas dentro de las propuestas legislativas argentinas e internacionales:

"Art. 1º. — Incorpórase el siguiente art. 80 bis al Código Penal:

'Art. 80 bis.— Será reprimido con prisión de cinco a veinticinco años, con más las accesorias de inhabilitación especial por tiempo indeterminado, el que, con el fin de destruir, en forma total o parcial, a un grupo de seres humanos, por razón de raza, etnia, nacionalidad, religión o creencia, opción política, orientación sexual, identidad de género, situación económica o estado de salud, cometa la realización de los siguientes actos:

'1. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

'2. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

'3. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

'4. Traslado o apropiación, por fuerza o engaño, de niños del grupo a otro grupo.

'Si la destrucción de cualquiera de los grupos de seres humanos identificados en el primer párrafo se lleva a cabo a través de la matanza, total o parcial, de sus integrantes; o si las conductas descriptos en los números 1 a 4 ocasionan la muerte de uno o más integrantes de tales grupos, la pena aplicable será de prisión o reclusión perpetua.

'La acción y la pena correspondientes a las conductas descriptas en este artículo son imprescriptibles.'

"Art. 2º.— Incorpórase el siguiente art. 80 ter al Código Penal:

'Art. 80 ter: Será sancionado con pena de cinco [5] a quince [15] años, el que incitare públicamente a la comisión de cualquiera de los hechos previstos en el art. 80 bis.'

"Art. 3º.— Incorpórase el siguiente art. 80 quater al Código Penal:

'Art. 80 quáter.— Cuando se tratare de una pena divisible, la pena prevista en los arts. 80 bis y 80 ter se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo si al momento de los hechos el partícipe:

'a) fuera funcionario o empleado público;

'b) Pertenezca o haya pertenecido a las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Seguridad u organismos de inteligencia del Estado.

'c) Revista la condición de ministro de algún culto, reconocido o no'".

8) Conclusiones en relación a la propuesta de la figura de genocidio en el Anteproyecto de Código Penal

Como conclusión del relevamiento previo, podemos inferir que uno de los principales problemas de la tipificación penal del genocidio resultó la inclusión de cualquier grupo dentro de su definición legal, algo que no se ha logrado en la Convención pero que se ha buscado subsanar cada vez más en numerosos códigos penales nacionales y que debiera ser contemplado en cualquier nueva propuesta legislativa al respecto.

a) La cuestión de la definición del/los grupo/s

Existen dos modelos interesantes de resolución de esta problemática en la tipificación:

1) El utilizado por el Código Penal francés, que ha permitido una inclusión amplia, con una figura general redactada como "un grupo definido en base a cualquier otro criterio arbitrario". Dice el

Código Penal Francés, en su art. 211.1 (aprobado el 06/08/2004):

"Constituye genocidio el hecho de, en ejecución de un plan concertado tendente a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, o de un grupo definido con base en cualquier otro criterio arbitrario, cometer o hacer cometer contra los miembros del grupo alguno de los actos siguientes:

"— atentado voluntario contra la vida;

"— atentado grave contra la integridad física o psíquica;

"— sometimiento a condiciones de existencia susceptibles de provocar la destrucción total o parcial del grupo;

"— medidas para obstaculizar los nacimientos;

"— traslado forzoso de niños.

"El genocidio será castigado con reclusión criminal perpetua".

2) El utilizado por el Código Penal uruguayo, que en lugar de preferir una figura general ha buscado una enumeración lo más exhaustiva posible de todo grupo que pudiere ser contemplado por la definición, en su ley 18.026, aprobada en el año 2006, donde en el art. 16, define:

"El que con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político, sindical, o a un grupo con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud, perpetrare alguno de los actos mencionados a continuación, será castigado con quince a treinta años de penitenciaría".

Entre ambas opciones, consideramos más sugerente y mejor redactada la tendencia de la versión francesa, en tanto la enumeración (por exhaustiva que fuere) sólo permite incluir aquellas situaciones visibles para el legislador al momento de redacción del tipo, pudiendo ocurrir (como con los grupos de género o identidad sexual en las décadas del 40 o 50) que determinadas problemáticas no resultaran observables por existir obstáculos epistemológicos en el momento de la redacción, más allá de la especificidad personal del legislador.

El modelo francés, por el contrario, al construir una figura que contempla "un grupo definido con base en cualquier otro criterio arbitrario" establece un principio general que resulta aplicable a cualquier situación, sean aquellas imaginadas por el legislador o aquellas que el legislador aún no puede distinguir.

Sin embargo, el modelo francés yuxtapone esta definición global con la primera enumeración de los cuatro grupos de la Convención. Consideramos que un modelo que busque superar al francés podría ser más económico, evitando toda enumeración y resolviendo la cuestión de los grupos con una mera mención a "un grupo definido con base en cualquier criterio", sin necesidad de ejemplificar o enumerar cuáles podrían ser dichos grupos así como no se enumera a todos los tipos de personas (hombres y mujeres, altos y bajos, ricos y pobres, gordos y flacos, entre otros) que podrían ser pasibles de homicidio, robo, hurto o cualquier otro delito.

b) La cuestión de la intención y el dolo/culpa

Una segunda discusión en relación con la tipificación de la figura de genocidio ha tenido que ver con la inclusión de la intencionalidad como parte de la definición.

Esto ha generado visiones distintas:

— De una parte, se ha cuestionado la no inclusión en la definición del hecho de que se efectivicen las consecuencias (el aniquilamiento de un grupo) sin poder probarse el dolo (la intencionalidad del perpetrador) o cuando la intención principal sea otra (p. ej., la maximización del lucro), pero la consecuencia de la acción sea la tipificada (destrucción total o parcial del grupo).

— De otra parte, si se considera (como se ha hecho en el relevamiento) que los grupos son constituidos subjetivamente por el perpetrador, cabría inferir que en aquellos casos en que no existe intencionalidad de destrucción, la existencia objetiva o subjetiva de un grupo no sería suficiente para inferir la existencia de la tipicidad genocida (que se basa, precisamente, en la decisión de distinguir a un conjunto de la población como "grupo" y buscar su destrucción).

Creemos que la discusión en este punto es particularmente compleja y, pese a las numerosas

críticas y a las dificultades en la construcción de prueba, creemos necesario sostener la intencionalidad como parte de la definición de genocidio, en tanto da cuenta de la especificidad de la práctica al no tratarse el eje de la práctica de un daño que puede realizarse sin previa decisión, conocimiento o planificación sino precisamente de una acción que requiere de una sistematicidad que se inicia en el momento de definición y construcción del "grupo" y que, por tanto, cuenta con una innegable y manifiesta intencionalidad.

c) Un tercer elemento de discusión en las tipificaciones de genocidio ha sido la inclusión de la cláusula "como tal" al referir a la construcción del grupo. Sin embargo, los problemas de la redacción sólo resultan relevantes en su conjunción con la exclusión de determinados grupos de la definición finalmente aprobada en la Convención de 1948.

Esto es, al ser excluidos por ejemplo los grupos políticos, incluso la comisión de matanza de miembros de grupos étnicos, nacionales o religiosos podrían quedar por fuera de la subsunción típica si hubiesen sido realizados con "motivos políticos", en tanto los grupos no habrían sido agredidos "como tales", sino en función de otras características que no son parte de dicha definición del grupo.

Toda esta discusión, sin embargo, se vuelve abstracta al resolver la redacción de los grupos incluidos. Tanto la solución enumerativa (a la uruguaya) como la normativa incluyente (a la francesa) resuelven la problemática y convierten la cláusula "como tal" en un elemento necesario y relevante a la definición de genocidio, en tanto impide su aplicación a posibles casos donde la pertenencia grupal de los afectados fuese totalmente aleatoria, sin que ello jugara rol alguno en el delito en cuestión. De este modo, resuelta correctamente la redacción en lo que hace a la inclusión de todo grupo, la fórmula "como tal" es correcta y necesaria.

d) Por último, resulta necesario aclarar una cuestión que será útil para evaluar ambas figuras en cuestión (genocidio y crímenes de lesa humanidad): todo el apartado de lo que se ha denominado "crímenes de Estado" refiere, a diferencia de todo el resto del Código Penal, a las violaciones cometidas por el propio poder punitivo. Es ello, y sólo ello, lo que justifica la necesidad de eliminar determinadas garantías penales (prescripción, territorialidad, entre las más importantes) y no la gravedad u horror del ilícito cometido. Sin embargo, las tipificaciones penales de estos delitos no han incluido explícitamente esta cuestión, lo cual ha dado lugar a una creciente utilización de estas figuras para la eliminación de garantías penales en delitos cometidos por individuos o asociaciones que no se encuentran vinculadas en modo alguno con el aparato del poder punitivo, desestructurando todo el sistema de garantías y generando un nivel de anarquía creciente en los sistemas penales, tanto a nivel nacional como internacional.

Nos parece, entonces, de suma relevancia, la explicitación en cualquier tipo penal de este tipo de delitos (en este caso, en las figuras de genocidio y crímenes de lesa humanidad) de que su especificidad radica en que son ilícitos cometidos por el poder punitivo, cualquiera de sus agencias o en situaciones de aquiescencia de dicho poder punitivo y que NO son aplicables a ningún ilícito cometido por particulares o asociaciones de cualquier tipo, las cuales se encuentran contempladas en las figuras existentes en cualquier código penal y pueden ser perseguidas por el poder punitivo de cada Estado, requiriendo el respeto de las garantías penales correspondientes.

El Anteproyecto argentino analizado en este volumen propone la siguiente redacción del tipo penal de genocidio, en su art. 64:

"Art. 64.— Genocidio. Se impondrá prisión de veinte [20] a treinta [30] años, al que con la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio, perpetrare alguno de los siguientes hechos:

"a) Matanza de miembros del grupo.

"b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.

"c) Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

"d) Adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

"e) Traslado por la fuerza de individuos del grupo a otro grupo".

A partir de lo desarrollado previamente con exhaustividad, cabe inferir entonces que:

1) Se resuelve con la mejor fórmula posible la larga disputa sobre los "grupos protegidos", al incluir como sujeto pasivo del delito a "un grupo de personas identificado con carácter discriminatorio", lo cual permite abarcar a cualquier grupo de personas, respetando una correcta tipificación legal que resulta tributaria del principio de igualdad ante la ley.

2) Se reemplaza el concepto de "intención" por el de "finalidad" en la tipificación del delito: la solución no parece mala, al sostenerse el elemento subjetivo del perpetrador en la decisión de realizar la acción, pero asumiendo una relación medios-objetivos que resulta de prueba más sencilla que la intencionalidad, al involucrar elementos objetivables vinculados a una cadena causal de acciones.

3) Se reemplaza la expresión "como tal" por el carácter discriminatorio en la elección del grupo, lo cual permite una aplicación más general, que pueda dar cuenta de diferentes procesos de exclusión.

4) Manteniendo el criterio de la Convención, no se explicita el carácter estatal del delito, lo cual constituye el único punto que sigue resultando problemático, en una tipificación que, por mucho, mejora las existentes tanto en el derecho internacional como en la mayoría de los derechos nacionales.

Con lo cual, en relación con la figura de genocidio, el anteproyecto presentado para su discusión lleva a cabo innegables mejoras al tipo internacional, siendo que sólo cabría agregar como sugerencia la incorporación explícita del carácter estatal de la perpetración, a fines de impedir intentos de analogar estas figuras tan específicas con la comisión de delitos comunes.

III. La figura de crímenes de lesa humanidad

En el caso de la figura de crímenes de lesa humanidad, su historia y derrotero ha sido la contraria a la de la figura de genocidio. Si la historia de la figura de genocidio se ha caracterizado por el carácter manifiestamente ilegítimo de sus procedimientos de restricción (muy en especial en lo que hace a la elección de algunos "grupos protegidos" sobre otros, como ya fuera desarrollado), el concepto de crímenes de lesa humanidad se ha caracterizado por su carácter exageradamente inclusivo, lo cual la ha acercado cada vez más al peligro de transformarse en un "tipo penal abierto".

La figura aparece en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nürenberg, como una herramienta para facilitar el juzgamiento de los criminales nazis que, pese al imaginario popular, no fueron juzgados en dicho momento bajo la figura de genocidio, la cual sólo fue nombrada en la causa pero no utilizada como tipificación penal.

En dicho momento, la figura de *crímenes contra la humanidad* fue definida del siguiente modo: a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Se superponían aquí dos tipificaciones distintas: las acciones indiscriminadas cometidas contra población civil tanto antes de la guerra como durante ésta (lo cual será la base de la definición posterior de crímenes de lesa humanidad) con la persecución discriminada de determinados grupos (lo cual sería luego la base para la definición de genocidio).

Ya aparecía no sólo este problema de la inclusión en un solo tipo penal de dos tipos de prácticas diferenciadas (acciones indiscriminadas contra población civil y persecución discriminatoria contra determinados grupos) sino la deficiente explicitación de las acciones del primer tipo, al incluir la expresión "otros actos inhumanos", imposible de restringir típicamente y que deja a criterio del juez la inclusión de cualquier acción que él considere "inhumana".

Obviamente que esta deficiente redacción se vincula con la necesidad de lo que fuera cuestionado como una "justicia de los vencedores", que creó un tipo penal nuevo que permitiera condenar a los criminales nazis con extrema facilidad (lo cual, de hecho, fue el resultado del primer juicio de Nürenberg).

Al igual que con la figura de genocidio, las discusiones para su inclusión en el Estatuto de Roma no mejoraron la figura sino que, por el contrario, la volvieron aún más inclusiva.

La redacción del art. 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional define los crímenes de lesa humanidad del siguiente modo:

"A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

"A) Asesinato;

"B) Exterminio;

"C) Esclavitud;

"D) Deportación o traslado forzoso de población;

"E) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

"F) Tortura;

"G) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

"H) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párr. 3º, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

"I) Desaparición forzada de personas;

"J) El crimen de *apartheid*;

"K) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".

El inciso H se superpone con el delito de genocidio, donde la única diferencia es que allí donde el delito de genocidio es restrictivo, el delito de lesa humanidad sería incluyente. La superposición de ambos tipos genera un desorden definicional en el cuerpo de este tipo de delitos, en tanto la persecución de cuatro grupos de población (étnicos, nacionales, raciales o religiosos) constituiría simultáneamente dos delitos (genocidio y crímenes de lesa humanidad) mientras que la persecución de otros grupos sólo sería pasible de ser calificada como delito de lesa humanidad. El inc. K ratifica la vieja expresión subjetiva de la definición del Estatuto de Nürenberg ("otros actos inhumanos"), agregando una explicitación que en nada transforma la posibilidad de convertir a esta figura en un tipo abierto.

A diferencia de lo ocurrido con las deficiencias en la redacción del tipo de genocidio, no se registran proyectos nacionales que hayan buscado limitar esta apertura indiscriminada de los delitos de lesa humanidad sino que, por el contrario y coherente con un fenómeno general de inflación de los ámbitos de ejercicio del poder punitivo nacional e internacional, la figura del Estatuto de Roma fue reproducida en los códigos penales nacionales y, en algunos casos, incluso se fueron agregando más y más conductas a la innumerable codificación de incisos de esta figura penal.

Las intervenciones militares en Kosovo, Irak o Libia han ilustrado en este nuevo siglo los enormes riesgos de este "tipo abierto" y su posible manipulación (junto a la nueva figura de "terrorismo") para legitimar las acciones del poder punitivo internacional o ejercido por potencias militares contra sociedades del sur del planeta. Y ello se articula con una tendencia creciente con origen en los Estados Unidos y nacida a fines del siglo XX que busca eliminar el concepto de soberanía y ampliar el alcance jurídico y punitivo de las instituciones estadounidenses a distintas partes del planeta.

Es por ello que, en el caso del tipo de crímenes de lesa humanidad (y a diferencia de lo ocurrido con el tipo de genocidio), la recomendación más sensata sería la de tender a restringir su aplicación, explicitando las acciones específicas que deberían ser incluidas en el tipo y la especificidad, ya señalada, de tratarse de ilícitos cometidos por el poder punitivo estatal o con su aquiescencia.

Asimismo, en caso de tipificarse como delitos separados algunos de los incisos incluidos en este tipo tan amplio (p. ej., desaparición forzada de personas o *apartheid*), deberían excluirse dichos incisos de la figura más global de crímenes de lesa humanidad, a fin de evitar la doble tipificación de los mismos ilícitos.

El anteproyecto argentino tipifica la desaparición forzada de personas como un delito específico (art. 65) y luego formula el tipo de "otros crímenes contra la humanidad", el cual se propone con la siguiente redacción:

"Art. 66.— Otros crímenes contra la humanidad. Será penado con prisión de veinte [20] a treinta [30] años el que perpetrare un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, cometiendo cualquiera de los actos siguientes:

"a) Homicidio.

"b) Exterminio.

"c) Esclavitud.

"d) Deportación o traslado forzoso de población.

"e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.

"f) Tortura.

"g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

"h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, fundada en motivos políticos o por razones discriminatorias.

"i) Supresión, total o parcial, de la identidad o el estado civil".

A partir de lo señalado cabe destacar que se busca eliminar los elementos más discutibles del tipo, por caso con la eliminación del inc. K del Estatuto de Roma (el que establecía el tipo abierto y no especificado de "otros actos inhumanos", a la vez que se elimina también el inciso que daba cuenta de la desaparición forzada, por constituir este delito un tipo específico bajo el art. 65.

Se mantiene aún el inc. H (persecución de un grupo) generando una duplicación con la figura de genocidio y, al igual que lo señalado con la figura de genocidio, no se menciona la perpetración estatal como elemento constitutivo del tipo y se mantiene también la conjunción "o" uniendo las características de "generalizado" y "sistemático", lo cual permite que el tipo se da por existente con tan sólo una de ellas, no requiriendo ambas, siendo que el carácter "generalizado" (no acompañado de sistematicidad) resulta ambiguo y poco objetivable, siendo pasible de ser utilizado también para configurar un tipo penal relativamente abierto.

A partir de lo desarrollado previamente, cabe inferir entonces que la propuesta de Anteproyecto presentada resuelve algunos de los problemas existentes en el tipo penal de crímenes contra la humanidad, manteniendo la presencia de otros, pero resultando pese a ello una de las mejores propuestas en una perspectiva comparada.

Se sugiere el reemplazo de la conjunción "o" por la conjunción "y" uniendo las características de "generalizado" y "sistemático" que dan marco a los tipos de acciones, así como explicitar el carácter estatal (o su aquiescencia) en la perpetración de las acciones, a fines de impedir posibles utilizaciones de estas figuras específicas para violar garantías en la persecución de delitos comunes. ◆

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

DOCTRINA

Wolfgang Naucke, un penalista singular. Su obra y la llamada Escuela penal de Frankfurt
Por **Eugenio Carlos Sarrabayrouse** 209

BIBLIOGRAFÍA

Il principio di precauzione nel Diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale,
por **Emanuele Corn**. Comentado por **José Luis Guzmán Dalbora** 223

ACTUALIDAD

El informe final de la Comisión de Verdad de Brasil: Verdad tardía sin Justicia
Por **Kai Ambos y Eneas Romero** 227