

NOVIEMBRE 2011

REVISTA DE

**// DERECHO PENAL  
Y PROCESAL PENAL****11**

DIRECTORES PEDRO J. BERTOLINO / PATRICIA ZIFFER

11

2011

www.abeledoperrot.com

REVISTA DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

**// DOCTRINA**1867 La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva Ley de Lavado de Activos  
Por Hernán Blanco1880 La experiencia argentina 1976/1983 y su calificación legal según la jurisprudencia: ¿se trató del crimen de genocidio?  
Por Martín Lozada**// DOCTRINA EXTRANJERA**1891 Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un consejo de administración: ¿debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero?  
Por Manuel Jaén Vallejo**// JURISPRUDENCIA ANOTADA**1906 Una sentencia singular: el hábeas corpus colectivo adecuado al estándar de admisibilidad de la acción de clase  
Por Julio M. Rebequi**// DERECHO PENAL, ADUANERO Y TRIBUTARIO**1913 Tráfico de dinero en efectivo. Regulación legal, análisis doctrinario y jurisprudencial actualizado  
Por Mariano H. Borinsky**// JUSTICIA JUVENIL**1921 La interpretación del interés superior del niño  
Por Diego Freedman1934 Avances y retrocesos de la justicia para adolescentes en México  
Por Rubén Vasconcelos Méndez**// ACTUALIDADES**1966 Actualidad en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 2/2011  
Por Guillermo S. Garay y Enrique Méndez Signori1970 Actualidad en la Jurisprudencia de la Provincia de Entre Ríos 2/2011  
Por Rubén A. Chaia

culares, antes que encargarse de dotar a la UIF de los recursos humanos, técnicos y materiales necesarios para que pueda cumplirlos por sí misma, en modo alguno justifica esa delegación ilegítima.

En ese orden de ideas, considero que el Estado debe retener las siguientes obligaciones:

1) Reglamentar el contenido de los deberes de información y reporte, adaptándolos a las particularidades de cada sujeto obligado (79). Esta reglamentación se debe efectuar sobre la base de pautas objetivas, definiendo de forma expresa y precisa los datos a requerir y las operaciones consideradas sospechosas para cada ramo de la actividad económica, de manera que no pueda exigirse ni la solicitud de información no prevista en la normativa ni la interposición de ROS por operaciones no contempladas en la resolución aplicable a cada categoría de sujeto obligado, no siendo aplicables analógicamente los ejemplos de operación sospechosa propios de alguna otra categoría.

2) Recibir y analizar los ROS recibidos a efectos de determinar por sí mismo si las operaciones reportadas pueden o no constituir un supuesto de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

3) Juzgar y sancionar posibles infracciones a la normativa por parte de los sujetos obligados con estricto acatamiento

de los principios del derecho penal, esto es, evaluando las conductas a la luz de su responsabilidad individual, sin aplicar criterios de responsabilidad objetiva ni perder de vista la naturaleza de la delegación de deberes efectuada en cabeza de los particulares.

Siguiendo este criterio, las obligaciones de los particulares deben limitarse a la realización de las tareas de debida diligencia respecto de sus clientes específicamente previstas en la normativa aplicable a su categoría de sujeto obligado; y a la interposición de ROS en los supuestos en que detecte una operación que corresponda a los modelos contemplados en aquella normativa.

Sería deseable que estos parámetros se tomaran en cuenta en una eventual "ley correctiva" que se sancione respecto del contenido de la ley 26683. Ello, desde que es hora de que el Estado (incluyendo aquí tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo) se ocupe de alivianar la tarea de prevención que ha delegado en los sujetos obligados en lugar de centrarse de forma tan ostensible en facilitar la aplicación de sanciones por supuestas infracciones a la normativa, en especial cuando esto se logra mediante la utilización de fórmulas como la de la responsabilidad ilimitada y solidaria, violatorias de la Constitución Nacional y de principios fundamentales del derecho penal como el de culpabilidad.

## La experiencia argentina 1976/1983 y su calificación legal según la jurisprudencia: ¿se trató del crimen de genocidio?

Por Martín Lozada (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. Caso "Scilingo".- III. Caso "Etchecolatz" y "Von Wernich".- IV. Causa "Suárez Mason".- V. Causa "Vargas Aignasse".- VI. Causa "Carlóni de Campopiano".- VII. Causa "Aguirre".- VIII. Causa "Riveros".- IX. Conclusiones

### I. INTRODUCCIÓN

Se habrán de analizar, seguidamente, una serie de pronunciamientos judiciales que han abordado la cuestión relativa a la naturaleza criminal de los actos perpetrados en la República Argentina durante el período comprendido entre los años 1976/1983; análisis que ha de ser llevado a cabo desde la perspectiva del derecho penal internacional. Dichos pronunciamientos judiciales han sido expresión de la jurisdicción española, primero, y argentina, luego,

una vez removidos los obstáculos procesales que las leyes de Punto Final y Obediencia Debida trajeron consigo.

### II. CASO "SCILINGO"

Mediante lo resuelto en fecha 25/3/1998, el juez a cargo del Juzgado Central de Instrucción n. 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, dispuso mantener la competencia de la jurisdicción española en el marco del proceso seguido contra Adolfo F. Scilingo (1). En esa ocasión,

(79) Sería recomendable, además, que la reglamentación fuera efectuada únicamente a través de las resoluciones dictadas por la UIF (previa articulación con los sujetos obligados, a través de cámaras empresarias o consejos profesionales), y no de modo genérico y parcial en decretos del Poder Ejecutivo nacional como los apuntados deccs. 290/2007 y su modif. 1936/2010, que entorpecen la labor de la UIF y sólo aportan confusión al sistema de PLA-CFT.

(\*) Juez Penal en San Carlos de Bariloche, catedrático UNESCO en Derechos Humanos, Paz y Democracia por la Universidad de Utrecht, Países Bajos.

(1) Ello sucedió en el sumario 19/1997, seguido por genocidio y terrorismo, sobre la base de tres argumentos fundamentales. El primero, relativo a la no prohibición del ejercicio de la jurisdicción universal en atención a la internacionalidad del delito y

se refirió a los actos sucedidos en la Argentina durante el transcurso de la última dictadura cívico-militar, los que consideró constitutivos del crimen de genocidio.

Según el magistrado, con el golpe de Estado de marzo de 1976, las Juntas Militares impusieron un régimen de terror basado en la eliminación calculada y sistemática desde el Estado de miles de personas, la cual fue disfrazada bajo una presunta "guerra contra la subversión".

La finalidad de esta acción sistemática fue conseguir la instauración de un nuevo orden, tal como en Alemania lo pretendió Hitler, en el que no cabían determinadas clases de personas: aquellas que no encajaban en el cliché establecido de nacionalidad, occidentalidad y moral cristiana occidental; es decir, todos aquellos que, según la jerarquía dominante, no defendían un concepto de ultranacionalismo de corte fascista de la sociedad y obedecían a "consignas internacionales como el marxismo o el ateísmo".

De acuerdo con su criterio, el denominador común de las personas desaparecidas por la represión, entre los que se hallaban algunas que procedían de otros países y que formaban grupos o familias nacionales -españoles, italianos, uruguayos, franceses, chilenos-, era su pertenencia a un mismo grupo nacional: el argentino. Todos integraban ese grupo nacional y a todos se los eliminó en función de su prescindibilidad para "la nueva nación argentina" (2).

Sin embargo, el juez Garzón consideró que además de impactar en contra de un grupo nacional, el plan fue más allá, toda vez que incluyó otra finalidad, cual era la destrucción sistemática de personas de una determinada ideología por su mera pertenencia a tal grupo.

Pese a que los grupos políticos o ideológicos no se encuentran protegidos por la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, argumentó que durante las sesiones preparatorias de aquella, se discutió acaloradamente en relación con los grupos que debían ser protegidos, afirmándose que los políticos e ideológicos debían ser tratados de igual modo que los religiosos, pues ambos tienen una idea común como factor de cohesión entre sus miembros.

También afirmó que los hechos investigados podían, además de consistir en la destrucción de un grupo nacional y político, ser subsumidos en la destrucción de un grupo por motivos religiosos. Tan es así, expresó, que el accio-

nar militar estuvo guiado por preservar lo que ellos denominaban la moral occidental y cristiana frente al internacionalismo y el marxismo, es decir, frente al ateísmo.

De modo que los actos de destrucción estuvieron dirigidos, de acuerdo con la mirada de los perpetradores, a menoscabar a un grupo cohesionado por su común ideología atea o no occidental ni cristiana, en razón de su ateísmo o no aceptación de la doctrina y las creencias cristianas.

El hecho de que en la Argentina existiesen niños desaparecidos que fueron segregados de sus familias para que se desarrollaran en la ideología cristiana y no en la atea o no cristiana de sus familias constituyó un elemento que estimó como esencial para calificar la conducta como genocidio de un grupo cohesionado, según los ejecutores de los delitos, por su discrepancia con la religiosidad cristiana. Concluyó el magistrado que impactar negativamente en contra de un grupo por su ateísmo o su común no aceptación de la ideología religiosa cristiana supone su destrucción como grupo religioso; en la medida en que, además, el colectivo a destruir se comporta técnicamente como objeto de identificación de la motivación o elemento subjetivo de la conducta genocida.

### a) La cuestión ante la sala penal de la audiencia nacional

Meses después, el 4/11/1998, la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de Madrid confirmó la tesis del juez Garzón y, en consecuencia, la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura argentina (3).

Sin embargo, casi siete años después, la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (sección tercera) condenó al acusado a la pena de 640 años de prisión como autor responsable de un delito de lesa humanidad previsto en el art. 607 bis, CPen. español, con causación de treinta muertes con alevosía, un delito de detención ilegal y un delito de torturas (4).

Concluyó que, según lo indicaban las pruebas aportadas, el acusado conocía que las actividades ilícitas desarrolladas en la ESMA se incardinaban en el plan ideado y ejecutado por las Fuerzas Armadas para establecer un determinado sistema político e ideológico, previa eliminación de

el interés de la comunidad internacional en su persecución y castigo. Luego, en la no persecución penal de los hechos en la Argentina y la existencia de víctimas españolas que se vieron afectadas directamente por los actos de Scilingo, "imbrincados en el contexto de guerra sucia organizada contra la subversión". Por último, la sujeción del encausado a la jurisdicción española también determinó el ejercicio de esa jurisdicción. Al respecto, Capellá i Roig, Margarida, "Los crímenes contra la humanidad en el caso 'Scilingo'", Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n. 10, 2005, www.reei.org.

(2) Según la tesis de Garzón, la definición de grupo nacional no excluye los casos en los que las víctimas son parte del propio grupo transgresor, es decir, los supuestos de "autogenocidio", como el caso de los asesinatos masivos ocurridos en Camboya. Expresión que implica una destrucción masiva perpetrada en el interior del propio grupo, por miembros del mismo y respecto de un segmento importante de aquél.

(3) Audiencia Nacional, sala de lo Penal, pleno, rollo de apelación 84/1998, sección tercera, sumario 19/1997.

(4) Así sucedió el 19/4/2005, por medio de la sent. 16/2005, sumario 19/1997, rollo de sala 139/1997, Juzgado Central de Instrucción n. 5, secc. tercera, sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En dicha ocasión, se le impusieron 30 penas de veintinueve años de prisión y dos penas de cinco años; con un límite de cumplimiento total de 30 años, a raíz de su presencia comprobada durante las sesiones de tortura en la ESMA sin hacer nada por impedir las o evitarlas.

aquella parte de la población que por motivos políticos, ideológicos o religiosos pudiese representar un obstáculo.

Lo cierto es que entonces la sala rechazó la calificación propuesta de genocidio al considerar que la incorporación de los crímenes contra la humanidad en el año 2004 vino a subsanar el defecto formal de inadecuación del derecho español al derecho internacional en materia de represión de los crímenes contra la humanidad.

Tal cosa, por cuanto hasta entonces el genocidio era la única tipificación prevista de delito contra la humanidad integrada a dicho ordenamiento interno y faltaba, por lo tanto, una regulación concreta respecto de otras figuras de crímenes contra la humanidad existentes tanto en el derecho internacional consuetudinario como convencional; vació que sólo podía ser paliado por medio de una interpretación amplia del delito de genocidio (5).

De modo que el tribunal consideró que para entonces resultaba jurídicamente correcto, además de aplicar el art. 607 bis -crímenes contra la humanidad-, reservar una interpretación "superrestringida y restringida del delito de genocidio"; es decir, una que se atuviera al tipo original convencional en contraposición a la definición de crímenes contra la humanidad, de carácter más amplio y comprensivo.

#### b) Amicus curiae en el juicio a Scilingo

En el mes de abril de 2007, la *Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale efectuó una presentación a título de *amicus curiae* (6). En dicha oportunidad procesal, el Tribunal Supremo debía resolver el recurso de casación interpuesto por el acusado y, simultáneamente, por la acusación particular, quien había planteado su disconformidad con los argumentos utilizados por la Audiencia Nacional para desestimar la calificación de los hechos como un genocidio.

Dicha presentación profundizó la cuestión relativa a si los actos atribuidos a Scilingo y, en términos más genera-

les, los sucesos experimentados durante el terrorismo de Estado en la Argentina de 1976/1983 podían reputarse como constitutivos del crimen de genocidio.

Sin embargo, la presentación del *amicus curiae* se opuso a esa tesis con muy sólidos argumentos jurídicos (7).

Sostuvo que la Audiencia Nacional había efectuado una interpretación amplia de la noción de "grupo", a partir de la cual consideró que las víctimas integraban una de las categorías establecidas en la Convención: los grupos nacionales. Expresó, además, que aquella había ignorado, o al menos diluido, el requisito de la "intencionalidad genocida".

La Convención contra el Genocidio define como sujeto pasivo del crimen a los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. En función de ello, consideró fundamental determinar si las víctimas de la dictadura militar argentina compartían los mismos orígenes nacionales o sus características étnicas, raciales o religiosas (8).

Sostuvo el *amicus* que cuando resulta imposible diferenciar el grupo de las víctimas de los perpetradores sobre la base de cualquiera de los rasgos relevantes para la definición de "grupo", de acuerdo con el derecho aplicable al tipo de genocidio, los perpetradores no pueden ser hallados penalmente responsables de ese crimen. Tal resultó ser el caso argentino, en donde la mayoría de las víctimas no pueden ser diferenciadas de los perpetradores sobre la base de tales rasgos (9).

Afirmó que la campaña que planificó los ataques sobre las víctimas fue dirigida contra toda oposición a los valores morales, políticos y económicos del régimen, sin considerar el origen nacional, la etnia, raza o religión de quienes eran sospechosos de sostener puntos de vista estimados como inaceptables.

Las víctimas de los actos represivos compartían, o los perpetradores consideraban que compartían, perspectivas políticas comunes o, al menos, una oposición común al régimen militar. En función de ello, el *amicus* consideró que constituían un grupo político y que fueron perseguidas por sus supuestas creencias políticas (10).

(5) La sala consideró que esa interpretación amplia sólo era posible a falta del tipo general de los crímenes contra la humanidad. A punto tal que en esas circunstancias, el tipo convencional de genocidio debía aplicarse teniendo en cuenta la evolución producida en el seno de la sociedad internacional, "más allá del concepto técnico superrestringido" contenido en la Convención Internacional de 1948.

(6) La *Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic* consiste en un curso de la Facultad de Derecho de Yale que proporciona a los estudiantes una experiencia de primera mano en el ámbito de la defensa de los derechos humanos bajo la supervisión de abogados especialistas en derecho internacional. La clínica lleva a cabo proyectos tanto a nivel de litigio como de investigación a favor de organizaciones y víctimas individuales de violaciones a los derechos humanos.

(7) El texto de su presentación puede verse en [www.derechos.org/nizkor/espana/juiciooral/doc/yaleamicus1.html](http://www.derechos.org/nizkor/espana/juiciooral/doc/yaleamicus1.html).

(8) El *amicus* recordó que el "grupo nacional" comprende a personas de un origen nacional común, que remite a una cierta cultura, lengua y forma de vida tradicional peculiares de una nación. Por consiguiente, las víctimas de los militares argentinos eran un grupo nacional, puesto que provenían de una variedad de culturas y no todos tenían una forma de vida propia de una nación determinada.

(9) Mediante dicha aclaración abordó la postulada similitud entre los sucesos acontecidos en la Argentina y en Camboya, señalando que "Confundir las ejecuciones masivas de los miembros del mismo grupo que el de los perpetradores con genocidio no es conforme con la finalidad de la Convención Internacional, que buscaba proteger a las minorías nacionales de crímenes basados en el odio étnico".

(10) Los militares argentinos definían los blancos de su campaña de manera ilimitada y sobre la base de su supuesta amenaza contra la seguridad. Esta amenaza contra la seguridad provenía de un sector de la ciudadanía que reputaban sospechosos de ser subversivo, basándose en su forma de pensar, actividades, relaciones o adscripción política.

Sin embargo, los grupos políticos fueron intencionalmente excluidos de la definición de genocidio formulada por la Convención Internacional de 1948; exclusión que la práctica internacional subsiguiente no ha ampliado. Prueba de ello resultan los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el correspondiente a la Corte Penal Internacional.

Las víctimas de los crímenes comprendieron también a ciudadanos no argentinos, pero estas víctimas no constituyeron tampoco un grupo tal cual se define en el derecho aplicable al genocidio. Y no fueron, claro está, torturadas o asesinadas por motivo de su nacionalidad. Argentinos y no argentinos fueron igualmente perseguidos, detenidos, torturados y asesinados porque se los presumía opositores a la dictadura militar o a los valores que aquella decía defender.

La Convención contra el Genocidio y la jurisprudencia internacional requieren no sólo que el objeto de los actos prohibidos sea un grupo permanente o estable, sino, además, que los perpetradores posean una intencionalidad genocida; es decir, que los actos sean llevados a cabo con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cuanto tales (11).

Para constituir crímenes contra la humanidad, sostuvo, los actos prohibidos, incluyendo el asesinato de miles de personas, pueden ser consumados por diversos motivos. Mientras que para resultar un genocidio, en cambio, han de ser cometidos con la intención de destruir a uno de los grupos protegidos por la Convención Internacional.

En el caso argentino, las víctimas fueron consideradas blanco por sus supuestas creencias políticas y porque los militares estimaban que eran incompatibles con su proyecto político y social, así como un peligro para la seguridad del país. De lo que se desprende que no fueron objeto de ataque en razón de su pertenencia a un grupo en particular, sino en virtud de sus supuestos puntos de vista políticos individuales o de sus valores sociales.

Dado que las víctimas, si acaso pudiera considerarse que constituían un grupo, no integraban uno respecto del cual

los ejecutores pudieran tener la intención requerida de destruir, los crímenes contra las mismas, incluidos el encarcelamiento, las torturas y los asesinatos, no constituyeron genocidio desde una perspectiva técnico-jurídica propia del derecho internacional.

El *amicus* concluyó, entonces, que los actos criminales llevados adelante por la dictadura cívico-militar en la Argentina resultaron, sin que su gravedad y horror se vean en un ápice disminuidos, crímenes contra la humanidad (12).

#### c) La sentencia del Tribunal Supremo

Tiempo después, al resolver la casación interpuesta, la sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo español rechazó la tipificación de genocidio (13).

Sostuvo en la ocasión que la diferencia esencial entre los crímenes contra la humanidad y el delito de genocidio radica en la limitación de los grupos perseguidos y, especialmente, en la exigencia de la intención o propósito de destruir al grupo parcial o totalmente, que es el elemento específico del segundo de ellos.

Recordó, al respecto, que los elementos constitutivos del delito de genocidio son, por un lado, la conducta objetiva constituida por uno de los actos enumerados en el precepto; por otro, el elemento subjetivo referido a la necesidad del dolo en la ejecución de tales actos; y, finalmente, un elemento de intención especial consistente en el propósito de destruir, total o parcialmente, a uno de los grupos protegidos. Este último es, en definitiva, el elemento que distingue el genocidio de los demás crímenes contra la humanidad (14).

En tal contexto procesal, además, indicó que por "grupo" puede entenderse un número relevante de personas relacionadas entre sí por características comunes que las diferencian de los demás miembros de la población. El grupo nacional, en tal sentido, se ha entendido como un conjunto de personas con un origen nacional común.

En el caso "Akayesu", el Tribunal Penal Internacional para Ruanda definió el grupo nacional como aquel integrado por individuos que comparten un vínculo legal basado en la ciudadanía común que les otorga derechos y obliga-

(11) De acuerdo con ello, la intencionalidad genocida requiere que los actos sean perpetrados en contra de personas que pertenecen a un grupo específico y que sean consideradas blanco en razón de esa misma pertenencia; actos ejecutados con la intención de destruir total o parcialmente al grupo del que la víctima forma parte.

(12) El *amicus curiae* concluyó que "Bajo el derecho internacional, la conducta de Scilingo constituye claramente crímenes contra la humanidad. Los crímenes de la campaña del régimen militar no responden a los elementos del crimen de genocidio, y los actos de Scilingo (*actus reus*) y su intencionalidad (*mens rea*) no reúnen los requisitos de genocidio".

(13) Ocurrió dos años más tarde, el 1/10/2007, mediante la sent. 798/2007, por medio de la cual se resolvió el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma interpuesto por Adolfo F. Scilingo y la acusación particular contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, sala de lo Penal (sección tercera), de fecha 19/4/2005. La acusación particular planteó entonces su disconformidad con los argumentos utilizados por la audiencia para desestimar la calificación de los hechos como un delito de genocidio.

(14) Según afirmó el tribunal, "Las motivaciones concretas de cada uno de los autores, o de éstos en su conjunto, para la ejecución de la conducta, resultan irrelevantes, pues lo decisivo es la identificación del grupo y la voluntad final de destrucción del mismo. Dicho de otra forma, es intrascendente que las razones de exterminar un grupo nacional, étnico, racial o religioso sean nacionales, étnicas, raciales o religiosas o sean cualesquiera otras diferentes; lo que importa es que el grupo se identifique y se diferencie de otros por razones nacionales, étnicas, raciales o religiosas, y que los individuos sean perseguidos por su pertenencia real o aparente a tal grupo, con la finalidad de lograr la destrucción del mismo".

ciones recíprocas (15). Y que la señal identificatoria del grupo a efectos de establecer el objeto del propósito destructivo en el autor, necesariamente ha de ser una de las previstas en el tipo; es decir, nacional, étnica, racial o religiosa (16).

El Supremo Español expresó, además, que "es el texto literal del precepto el que impide que el grupo protegido se identifique sin tener en cuenta uno de los aspectos típicos. La ausencia de una cláusula de cierre o una expresión similar resulta fuertemente indicativa de que no se enumeran a título simplemente ejemplificativo (...) De esta forma, un grupo nacional no podría dividirse en dos o más grupos nacionales diferenciados entre sí con arreglo a criterios extraños al tipo".

De modo tal que si dos grupos comparten la misma nacionalidad, ese elemento no será útil para realizar la identificación del grupo que se pretende destruir. Es posible el genocidio de un grupo nacional religioso, nacional étnico o nacional racial, en cuanto a que generalmente el propósito de destrucción del grupo se circunscribe a una determinada zona geográfica, normalmente delimitada por las fronteras del país. Por el contrario, no lo sería la destrucción de un grupo nacional, parte a su vez del mismo grupo nacional, sólo distinguibles entre sí por otro criterio diferente.

Expresó que en el caso no resultaba posible identificar el grupo formado por las víctimas como un grupo nacional, pues sus integrantes compartían la nacionalidad con el grupo de autores, lo que impide que se tome como elemento identificativo y distintivo. Y que pese a que en el caso argentino se hacen algunas referencias a elementos de tipo religioso, aisladamente o junto con otros, como característicos de algunos integrantes del grupo de los autores, aquéllos son insuficientes para considerar que el elemento distintivo de ese grupo fuese precisamente la religión (17).

Por último, en relación con los grupos políticos, consideró que la doctrina es prácticamente unánime al aceptar que quienes elaboraron la Convención acordaron no incluirlos expresamente en su redacción (18).

### III. CASO "ETCHECOLATZ" Y "VON WERNICH"

Las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 de La Plata en contra de Miguel O. Etchecolatz, primero, y luego respecto de Christian F. Von Wernich, afirmaron que los hechos atribuidos a los imputados habían sido cometidos en el marco del "genocidio que tuvo lugar en la República Argentina entre los años 1976 y 1983". Dejaron allí planteada, además, "la necesidad ética y jurídica de reconocer que en la Argentina tuvo lugar un genocidio" (19).

Para calificar los hechos, sin embargo, el tribunal tuvo en cuenta los tipos penales sobre la base de los cuales se indagó, procesó y requirió la elevación de la causa a juicio en contra de los imputados, por considerar que ese razonamiento se ajustaba con mayor facilidad al principio de congruencia sin poner en riesgo la estructura jurídica del fallo (20).

Ante la exclusión de los grupos políticos de la definición adoptada por la Convención Internacional para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, el tribunal se preguntó si las decenas de miles de víctimas del terrorismo de Estado integraron o no el llamado "grupo nacional" al que alude la Convención.

La respuesta fue contestada de modo afirmativo, sobre la base de "que no hay impedimento para la categorización de genocidio respecto de los hechos sucedidos en nuestro país en el período en cuestión, más allá de la calificación legal que en esta causa se haya dado a esos hechos a efectos de imponer la condena y la pena" (21).

(15) Trial Chamber, "Prosecutor v. Akayesu, Jean Paul", ICTR-96-4-T, 2/9/1998, *Judgement*.

(16) En la identificación del grupo, afirmó el Supremo, es posible tener en cuenta criterios subjetivos derivados de la perspectiva del autor; a punto tal que es posible la identificación de un grupo por exclusión, es decir, constituido por aquellos en quienes no concurra la nota identificativa que tienen en cuenta los autores.

(17) Comentando este proceso, Alicia Gil Gil sostuvo que "el concepto internacional de genocidio es y ha sido siempre estricto (...) El delito de genocidio no ha variado un ápice desde su tipificación de 1948 hasta nuestros días y no corresponde al juez el cuestionamiento de su, por otra parte, muy clara redacción (...) La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el autogenocidio, es decir, la destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir subgrupos diferenciados por la ideología", "La sentencia de la audiencia nacional en el caso 'Scilingo'", RDP, 2005-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 532.

(18) Los magistrados firmantes, sin embargo, sostuvieron que "la exclusión de los grupos políticos se ha basado en ocasiones en su falta de estabilidad y en que las razones de la pertenencia son variables y quedan a la voluntad del sujeto, lo cual como ha puesto de relieve algún autor, resulta escasamente consistente si se aceptan como grupos protegidos los grupos religiosos, respecto de los cuales tales características son en alguna medida igualmente predicables".

(19) La primera de ellas, causa 2251/2006, procedente del Juzg. Fed. n. 3 de la ciudad de La Plata, sent. del 19/9/2006. La cuestión había sido entonces planteada por los letrados representantes de la querrela de Nilda E. Eloy, Jorge J. López y la Asociación de ex Detenidos Desaparecidos, quienes solicitaron que se condenase al acusado por el delito de genocidio. La segunda, causa 2506/2007, sentencia del mes de noviembre de 2007, en cuyos alegatos la mayoría de las querrelas y la fiscalía postularon que los hechos objeto de juzgamiento eran constitutivos del crimen de genocidio.

(20) Se lo condenó como coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado, autor mediato de los delitos de privación ilegal de la libertad calificada y aplicación de tormentos respecto de una pluralidad de personas a la pena de reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua.

(21) En palabras del primer votante, el Dr. Carlos Rozanski, "me permito recordar una vez la importancia que tiene el reconocimiento de la verdad para la construcción de la memoria colectiva. Máxime en sociedades que como la nuestra han padecido el genocidio que motivó entre otros el juicio que acaba de finalizar".

Para dar fundamento a la posición adoptada, los jueces recurrieron a los términos del fallo del 4/11/1998, correspondiente al pleno de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España, al intervenir en la causa donde luego se condenó a Adolfo F. Scilingo; ocasión en la que dicho organismo jurisdiccional consideró que los hechos sucedidos en la Argentina constituían genocidio, aun cuando el propio Código Penal español ignorase como víctimas a los grupos políticos.

Entonces, los magistrados españoles señalaron que la acción plural y pluripersonal investigada fue perpetrada contra un grupo de argentinos o residentes en la Argentina susceptible de diferenciación y que, indudablemente, fue diferenciado por los artífices de la persecución y el hostigamiento. Se trató de una acción de exterminio que no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondió a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado (22).

La sala de lo Penal de la Audiencia Nacional consideró entonces que la represión de un crimen horrendo, como el genocidio, requiere que los términos "grupo nacional" no signifiquen "grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación", sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 de La Plata también se remitió al auto firmado por el juez de la Audiencia Nacional de España, Baltazar Garzón, en fecha 2/11/1999, oportunidad en la que sostuvo que las Juntas Militares impusieron un régimen de terror basado en la eliminación calculada y sistemática desde el Estado, a lo largo de varios años, de miles de personas en forma violenta. Acción sistemática cuyo fin era conseguir la instauración de un nuevo orden en el que no cabían determinadas clases de personas (23).

Para dar fundamento a su tesis, los magistrados argentinos también recurrieron al aporte del sociólogo Daniel

Feierstein, quien defendió la tesis del genocidio en razón de la persecución y eliminación de un "grupo nacional". Según el autor, "la caracterización de grupo nacional es absolutamente válida para analizar los hechos ocurridos en la Argentina, dado que los perpetradores se proponen destruir un determinado tramado de las relaciones sociales en un Estado para producir una modificación lo suficientemente sustancial para alterar la vida del conjunto" (24).

### IV. CAUSA "SUÁREZ MASON"

El magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n. 3, Dr. Daniel Rafecas, abordó la cuestión relativa a la responsabilidad del ex teniente general Jorge R. Videla por los actos cometidos bajo la órbita del Primer Cuerpo del Ejército, correspondientes al período en el cual se desempeñó como comandante en jefe, es decir, entre el 24/3/1976 y el 31/7/1978 (25).

En ese contexto procesal, y a fin de dar respuesta a los planteos formulados por los acusadores particulares, destinados a que se calificasen los crímenes investigados como cometidos en el marco de un genocidio, profundizó los aspectos centrales relativos a la represión ensayada durante la última dictadura militar en la Argentina.

Aquella, según expresó, estuvo "contaminada" por las prácticas e ideologías propias del gobierno nacional-socialista de Alemania de las décadas de los años 30 y 40 del siglo pasado, lo cual comprendió, entre otros actos, el secuestro de personas, su traslado a lugares clandestinos de detención, su sistemática tortura y luego la liberación, la legalización o la muerte.

Indicó, a su vez, que en su afán de obtener "la solución final a la cuestión subversiva" (26), se llevó adelante una metodología que implicó el secuestro en centros clandestinos, torturas, asesinatos y la desaparición forzada de personas, que se fue guiando de acuerdo con consideraciones políticas a efectos de determinar quiénes eran los destinatarios sobre los que debía ejercerse el poder punitivo ilegal.

(22) Según el fallo en cuestión, "El grupo perseguido y hostigado estaba integrado por aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen, pero también ciudadanos indiferentes al régimen. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación con el nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los miembros del grupo. Estos hechos imputados constituyen el delito de genocidio".

(23) Concretamente, según el fallo referido, aquellas que no encajaban en el cliché establecido de nacionalidad, occidentalidad y moral cristiana occidental. Es decir, todos aquellos que, según la jerarquía dominante, no defendían un concepto de ultranacionalismo de corte fascista de la sociedad, obedeciendo a "consignas internacionales como el marxismo o el ateísmo".

(24) Según el fallo del tribunal platense, citando textualmente la opinión de Feierstein, "es evidente que el grupo nacional argentino ha sido aniquilado en parte y en una parte suficientemente sustancial como para alterar las relaciones sociales al interior de la propia nación (...) El aniquilamiento en la Argentina no es espontáneo, no es casual, no es irracional: se trata de la destrucción sistemática de una parte sustancial del grupo nacional argentino, destinado a transformarlo como tal, a redefinir su modo de ser, sus relaciones sociales, su destino, su futuro".

(25) Causa 14216/2003, caratulada "Suárez Mason, Carlos y otros s/privación ilegal de la libertad (...)", Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 3, Secretaría n. 6, con extensión a los hechos objeto de investigación en causas 2637/2004 y 11758/2008 del mismo juzgado, sent. del 25/7/2008.

(26) La analogía con la llamada "Solución final de la cuestión judía" por parte del Tercer Reich alemán a la que alude Rafecas es evidente. Recordemos aquí que en la primera mitad de 1941, durante los preparativos de la invasión a la Unión Soviética, el exterminio de los judíos se convirtió de una idea abstracta en una instrucción operativa. Al respecto, Gutman, Israel, "Holocausto y memoria", Centro Zalman de Historia Judía-Yad Vashem, Jerusalén, 2003, p. 181.

De acuerdo con ello, entonces, de lo que se trató fue de desmantelar los circuitos de militancia política y de sostenimiento económico de las organizaciones armadas, y de lo que los militares consideraban sus organizaciones de superficie, de cobertura, de encubrimiento o de apoyo material o discursivo; lo cual incluyó a docentes, estudiantes, religiosos, intelectuales, políticos y gremialistas.

A su criterio, la condición de pertenencia a un grupo nacional, étnico, racial o religioso nada tuvo que ver con los motivos que llevaron a la producción de los padecimientos infringidos a las víctimas; a punto tal que entendió como indiscutible la homogeneidad que presentaban en tal sentido los perpetradores y las víctimas.

Con relación a la referencia al grupo nacional, estimó que no resultan convincentes aquellas argumentaciones que invocaban una suerte de estrategia de reemplazo de un ser nacional por otro, nuevo, definido por las demandas ideológicas del poder autoritario. En lo sustancial, debido a que el discurso y la praxis de los perpetradores se apoyó en consideraciones ideológicas de corte netamente político, alejadas de la cuestión de la nacionalidad de unos y otros, la que nunca fue puesta en duda ni fue objeto de persecución en sí misma (27).

Respecto de la hipótesis de una persecución ensayada a partir de motivaciones religiosas, que gravitase en torno a la sobre-representación del colectivo judío entre los detenidos del régimen cívico-militar (28), afirmó que tal incidencia resultó consecuencia de una represión principalmente focalizada en los grandes centros urbanos, en donde la gran mayoría los ciudadanos argentinos de origen judío estaba establecido. Y, más precisamente aun, en contra de actividades, profesiones y sectores de la militancia política en donde ese colectivo tenía una representación marcada, que no guardó estricta medida con el porcentaje de la población judía en general, para la época inmediatamente previa al golpe de Estado de 1976.

Es decir que no se ensayó una persecución debido a su calidad de judíos y con la intención de destruir total o parcialmente a esa colectividad, sino que la voluntad de los perpetradores estuvo guiada también en este punto por motivaciones eminentemente políticas. Prueba de lo cual resulta que ninguna de las otras confesiones –y menos,

sus cultos y prácticas–, incluyendo la cristiana protestante, la cristiana ortodoxa y la islámica, entre otras, fueron perseguidas en aquel período. Es más, inclusive la gran mayoría de las víctimas profesaban exactamente la misma religión católica que la defendida oficialmente por la dictadura (29).

A criterio del magistrado, los actos criminales consumados desde la estructura estatal durante el transcurso de la última dictadura cívico-militar en la Argentina estuvieron guiados por una finalidad política incuestionable, toda vez que llevaron la intención de impactar en un colectivo identificable en razón de una naturaleza tal. Dentro de aquél cabían personas que se opusieron activamente al régimen entonces en vigencia y otros que desarrollaban ocupaciones y profesiones en contextos considerados peligrosos o de riesgo, pero que, en uno y otro caso, si algún elemento en común poseían, era su calidad de disidentes ideológicos a esa élite dominante.

De acuerdo con ello, dado que la Argentina ratificó el texto de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio (30) y que es dicha definición jurídica de genocidio proveniente del derecho internacional la única fuente formal de aplicación al caso, habida cuenta de la omisión de su tratamiento a nivel local, no resulta posible considerar los grupos políticos como víctimas de este crimen. En lo sustancial, debido a que las agrupaciones reunidas alrededor de creencias y prácticas políticas o ideológicas no resultan ser uno de los grupos protegidos por el mencionado instrumento internacional.

No obstante ello, al momento de finalizar su análisis, el Dr. Rafecas dio por probado que los hechos ventilados en la causa “constituyen indudablemente un genocidio político o politicidio”; afirmación sobre la que habré de volver luego a la hora de arribar a las conclusiones generales del presente trabajo.

#### V. CAUSA “VARGAS AIGNASSE”

El 28/8/2008, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán dictó sentencia en los autos “Vargas Aignasse, Guillermo s/secuestro y desaparición”, por la cual se condenó a los imputados Antonio D. Bussi y Luciano B. Menéndez a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua (31).

(27) Es decir que las persecuciones y toda la secuencia de actos dirigidos sobre las víctimas no estuvieron orientados a impactar sobre los individuos en razón de su calidad de argentinos, o como titulares de alguna otra nacionalidad en particular, y con el objeto de destruir total o parcialmente al grupo nacional de pertenencia.

(28) Las víctimas judías del terrorismo estatal en la Argentina rondaron entre un 5% y un 10% del total de aquéllas, mientras que la población de origen judío representaba entonces no más del 1% de la población.

(29) A punto tal que durante este período fueron perseguidos centenares de sacerdotes, seminaristas, monjas y otras personas vinculadas activamente con la Iglesia Católica, muchos de los cuales fueron asesinados o permanecen aún desaparecidos.

(30) Instrumento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9/12/1948 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 12/1/1951. La República Argentina lo ratificó mediante el dec.ley 6286/1956, promulgado el 9/4/1956, y fue incorporado luego al ordenamiento jurídico nacional con jerarquía constitucional al ser incluido en el art. 75, inc. 22, CN, en la reforma de 1994.

(31) Se trató del expte. V-03/2008, en el cual se los encontró coautores materiales penalmente responsables de la comisión del delito de asociación ilícita y coautores mediatos penalmente responsables de la comisión de los delitos de violación de domicilio y privación ilegítima de la libertad agravada en concurso ideal, imposición de tormentos agravada, homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más partícipes y con el fin de lograr impunidad; todo en concurso real, calificándolos como delitos de lesa humanidad, los cuatro últimos delitos en perjuicio de Guillermo C. Vargas Aignasse.

El tribunal consideró que Vargas Aignasse fue integrante de un “grupo político” y, de acuerdo con ello, profundizó la cuestión en torno a si los actos ejecutados en su contra podían ser subsumidos en el crimen de genocidio.

Al respecto, afirmó que las agrupaciones políticas, o reunidas alrededor de presupuestos ideológicos, no se encuentran comprendidas dentro de los grupos protegidos por la Convención Internacional para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (32).

Sostuvo, además, que tampoco puede afirmarse que el delito de genocidio posea un alcance que resulte comprensivo de los grupos políticos de acuerdo con el *ius cogens* internacional con anterioridad al surgimiento de la Convención Internacional, por cuanto la definición de genocidio es una construcción eminentemente moderna surgida en el plano académico sólo a comienzos del siglo XX. A punto tal que, pese al antecedente del aniquilamiento de la población armenia llevada a cabo por el Estado turco, sólo se incorporó al derecho penal internacional ante el espanto provocado por los crímenes cometidos por el nacional-socialismo alemán; y ello, mediante la sanción de la Convención Internacional de 1948.

Consideró que la jurisprudencia internacional, en particular la desarrollada a partir del establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Corte Penal Internacional, cuyos estatutos se sujetan a la definición formulada por la Convención, no ha dado signos concluyentes de encaminarse a la inclusión de los grupos políticos entre los grupos protegidos por el crimen de genocidio (33).

A criterio del tribunal, tampoco los delitos perpetrados contra Guillermo C. Vargas Aignasse pueden subsumirse en el tipo de genocidio considerando a la víctima como integrante de un grupo nacional, por entender que ello implicaría asignarle a tal colectivo una significación que no es la que recoge el derecho internacional y, más precisamente, la Convención Internacional de 1948.

Según sostuvo, con la expresión “grupo nacional” el derecho internacional se refiere a conjuntos de personas ligadas por un pasado, un presente y un porvenir comunes,

por un universo cultural común que inmediatamente remite a la idea de nación. El significado explicitado, a su vez, se asocia con la preocupación de la comunidad internacional por brindar protección a las minorías nacionales en el contexto del surgimiento de Estados plurinacionales al término de la Segunda Guerra Mundial.

En tal sentido, destacó que resulta difícil sostener que la República Argentina configurase un Estado plurinacional en la época en la que tuvieron lugar los hechos objeto de la causa, con al menos dos nacionalidades contenidas en su territorio, la de los golpistas y la de los perseguidos. Circunstancia, acaso, que permitiría entender los crímenes como acciones cometidas por el Estado, bajo control de un grupo nacional, en contra de otro grupo nacional.

Desestimada la posibilidad de tipificar los actos como constitutivos de genocidio, el tribunal los subsumió como delitos de lesa humanidad. Afirmó que una primera distinción entre los delitos comunes y los delitos de lesa humanidad surge de los distintos ordenamientos jurídicos que los tipifican: mientras que los primeros se encuentran individualizados en normas que integran el ordenamiento penal interno de cada Estado, los delitos de lesa humanidad, en cambio, se encuentran tipificados en normas que integran el ordenamiento penal internacional.

Otra de las distinciones posible, agregó, se desprende de la identidad de los sujetos lesionados: si bien unos y otros implican la lesión de derechos fundamentales de los seres humanos, los primeros lesionan tan sólo los derechos básicos de la víctima. Los delitos de lesa humanidad, en cambio, implican una lesión a toda la humanidad en su conjunto (34).

Según el juzgador, tales delitos son reputados como cometidos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atacar contra los valores humanos fundamentales (35).

·Sin embargo, se encargó de afirmar textualmente que los delitos cometidos contra Vargas Aignasse “configuran prácticas genocidas y, asimismo, que sus autores mediatos son claramente *genocidaires* en el marco de una definición no

(32) Tras ese reconocimiento explícito, tal como en alguna de las otras sentencias aquí comentadas, recuerda que al margen de la definición jurídica de genocidio que establece la Convención, las definiciones no jurídicas de genocidio desarrolladas en el ámbito de la historia, la filosofía, la sociología y la ciencia política en general tienden a resultar más comprensivas continuando la propia línea de Lemkin, para quien la esencia del genocidio era la denegación del derecho a existir de grupos humanos enteros, en el mismo sentido en que el homicidio es denegarle a un individuo su derecho a vivir.

(33) Si bien en el citado fallo “Akayesu” el Tribunal Penal Internacional para Ruanda consideró que la Convención Internacional protegía a cualquier “grupo estable y permanente”, lo cierto es que en fallos posteriores –causas “Kayishema” y “Semanza”– volvió al criterio de considerar como contemplados los cuatro grupos previstos por el art. 2 de ese instrumento internacional. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha confirmado que la definición jurídica de genocidio deliberadamente excluye a los miembros de grupos políticos –causa “Jelisić”–.

(34) Así fue establecido por la Corte Sup. en autos “Arancibia Clavel, Enrique L.”, Fallos 327:3294, consid. 38, voto del Dr. Maqueda, al señalar que el presupuesto básico de los delitos de lesa humanidad es que en ellos “el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción”.

(35) La Corte Suprema ha abordado la cuestión relativa al criterio que habilita a considerar a un mismo hecho como un tipo u otro de delito. En tal sentido, sostuvo que “que el propósito de los crímenes contra la humanidad es proteger la característica propiamente humana de ser un ‘animal político’, es decir, de agruparse y formar organizaciones políticas necesarias para la vida social”, así en “Derecho, René J.”, sent. del 11/7/2007.

jurídica del genocidio pero, por las consideraciones *ut supra* expuestas, entiende que la víctima no puede incluirse en ninguno de los grupos que tipifican la figura" (36).

## VI. CAUSA "CARLONI DE CAMPOPIANO"

La C. Fed. Tucumán se pronunció en fecha 17/9/2008 sobre la naturaleza de los crímenes atribuidos a los imputados Luciano B. Menéndez, Antonio D. Bussi, Alberto L. Cattaneo, Albino M. A. Zimmermann y Roberto H. Albornoz (37).

Tiempo antes, en fecha 20/6/2008, el magistrado a cargo del Juzgado Federal n. 1 de esa ciudad había dictado sus procesamientos como presuntos autores de los delitos de violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad con apremios y vejaciones, torturas y torturas seguidas de muerte, homicidio agravado, todos en grado reiterado y en concurso con el delito de asociación ilícita agravada en contra de 79 personas (38).

En ocasión de apelar ese procesamiento, entre otros planteos, la querrela afirmó que los delitos de privación ilegítima de la libertad investigados en la causa fueron cometidos en el marco del delito de derecho internacional de desaparición forzada de personas y de genocidio.

Sostuvo, también, que los detenidos desaparecidos y luego liberados también fueron víctimas del delito de genocidio, pues formaron parte del grupo nacional a destruir total o parcialmente, sometiéndolo a torturas y vejámenes en el centro clandestino de detención arsenal Miguel de Azcuénaga.

La Cámara, sin embargo, consideró que los delitos cometidos por las Fuerzas Armadas y de seguridad durante el período 1976/1983, "configuran el contexto de crimen contra la humanidad" conforme a la tipificación que en el derecho penal internacional se encontraba vigente al momento de los hechos (39).

Estimó, además, que los hechos investigados en la causa no se adecuan al delito de genocidio. En lo fundamental, debido a que no se encuentra demostrada la intencionalidad genocida, es decir, el elemento intencional específico que el autor debe poseer al momento de perpetrar el delito y que consiste en la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso en razón de las características mismas de ese grupo.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, este requisito radica en el hecho de que las víctimas no son seleccionadas como blanco en virtud de sus cualidades individuales, sino porque pertenecen a un grupo. Esta intencionalidad supone un *dolus specialis*, que se requiere además de la voluntad criminal que acompaña al delito subyacente; intencionalidad especial que exige que el perpetrador pretenda claramente la causación del resultado.

La Cámara sostuvo, además, que las víctimas no conformaban un grupo nacional, racial, étnico o religioso que pudiera ser objeto de genocidio bajo los principios del derecho internacional, ni había tampoco concurrido la intencionalidad específica mencionada (40).

Por el contrario, expresó que durante el terrorismo de Estado vigente en la Argentina, la persecución se concentró en grupos políticos opositores a la dictadura o en personas que, al entender de quienes detentaban el poder, ponían en riesgo la seguridad del país; circunstancia que contribuyó a que las potenciales víctimas constituyesen "grupos móviles determinados por compromisos individuales".

## VII. CAUSA "AGUIRRE"

La C. Fed. Tucumán volvió sobre la problemática en cuestión a la hora de confirmar el procesamiento y la prisión preventiva de Antonio D. Bussi, a quien le atribuyó ser au-

tor mediato penalmente responsable de una serie de delitos cometidos en contra de Juan Carlos Aguirre (41); delitos que la Cámara consideró cometidos en el "contexto del delito internacional de genocidio".

Respecto de tal contexto, afirmó que al momento de ser cometidos los hechos investigados en la causa (42), regía en nuestro país "una práctica que la doctrina ha definido como terrorismo de Estado", caracterizada por la suspensión absoluta de las garantías de los ciudadanos y la limitación sustancial del ejercicio de derechos individuales.

Dicha práctica supuso la implementación de un sistema de violencia desde el Estado hacia la ciudadanía, marcada por la ilegitimidad, la desmesura, la impunidad y el absoluto desprecio por la dignidad humana y los derechos fundamentales de la persona.

Los hechos investigados, se señaló en el fallo, fueron cometidos en el marco de un plan criminal de represión que, presidido por las Juntas Militares, se ejecutó a través de la estructura militar de las Fuerzas Armadas y las policías federal y provincial, con un número de participantes que, entre autores directos, autores por dominio del hecho y cómplices, fue múltiple (43).

De acuerdo con el derecho penal internacional, tanto consuetudinario como convencional, se configura un delito de lesa humanidad cuando se ejecutan hechos delictivos comunes -privación de libertad, torturas y homicidios- en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Por consiguiente, la perpetración de un solo comportamiento tipificado como delito por el derecho penal común puede constituir un crimen contra la humanidad si se ejecuta en un determinado contexto, es decir, si se ajusta al modelo de la comisión generalizada o sistemática.

Finalmente, la Cámara concluyó que existían indicios suficientes para confirmar que los hechos endilgados a Antonio D. Bussi se habrían cometido en el contexto del te-

rorismo de Estado vigente en nuestro país, pudiendo calificarse, de acuerdo con ello, como un delito de lesa humanidad.

## VIII. CAUSA "RIVEROS"

El 12/8/2009, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Martín n. 1 condenó a prisión perpetua al general retirado Santiago O. Riveros, ex comandante de Institutos Militares de Campo de Mayo. La sentencia lo encontró culpable de la muerte de Floreal Avellaneda y del secuestro de su madre, hechos ocurridos en 1976 y, que, de acuerdo con el contexto en que sucedieron, el tribunal calificó como constitutivos de crímenes contra la humanidad (44).

Consideró probado que dentro de la Guarnición Campo de Mayo, más precisamente en el predio Plaza de Tiro "El Campito" o "Los Tordos", funcionó un centro clandestino de detención desde antes del 15/4/1976, donde se torturaba, mantenía en condiciones inhumanas y exterminaba a los allí reclusos.

Afirmó que el Comando de Institutos Militares operó como una gran unidad de combate a partir de octubre de 1975; que en el Plan del Ejército previo al golpe del 24/3/1976, concretamente en el anexo 10 de jurisdicciones, se determinaban los partidos de la provincia que se encontraban bajo su jurisdicción; y que, posteriormente, el 21/5/1976, cuando se transformó en zona IV se le agregaron otros adicionales.

Expuso que, conforme a ello, la actividad de los imputados implicaba el control sobre la Jefatura de la Policía de la provincia y todas sus seccionales, así como de otras dependencias, tales como los "lugares de reunión de detenidos" dentro de la Guarnición Militar de Campo de Mayo (45).

Uno de los puntos fuertes de la sentencia radicó en el rechazo a la expectativa de las partes querellantes de calificar los hechos investigados como constitutivos del crimen

(36) Tal como hemos visto precedentemente, también en este caso el tribunal postula la conveniencia de arribar a una enmienda formal de la Convención Internacional que incluya a los grupos políticos como colectivo a proteger, el desarrollo de una jurisprudencia internacional que haga lo propio y, por último, la incorporación del delito de genocidio por medio de la sanción de una ley argentina que igualmente los comprenda. A punto tal que, según su criterio, aquéllo permitiría en Latinoamérica "resignificar jurídicamente los delitos cometidos en el curso de sus dictaduras del último tercio del siglo XX en su alcance más justo".

(37) Así sucedió al llegarte en apelación la causa caratulada "Carlóni de Campopiano, A. Celina s/denuncia por privación ilegítima de la libertad e.p. de Carlóni de Campopiano, Julio C.: Imp. Menéndez - Videla - Massera - Bussi y otros", acumulado a "Medina, Celia G.", exptes. 1530/2005 y 50.807 (n. de origen 443/84, Ac. 1530/5), proveniente del Juzgado Federal n. 1 de la ciudad de Tucumán.

(38) Tiempo más tarde, el 9/6/2010, el mismo juez federal Daniel Bejas dictó el procesamiento con prisión preventiva de trece imputados que detentaban la calidad de policías y militares en ocasión de perpetrados los hechos investigados. Entre ellos, el ex jefe del Tercer Cuerpo de Ejército, Luciano B. Menéndez. Ello sucedió en la causa 795/2004, caratulada "Jefatura de Policía CCD s/secuestros y desapariciones (2º grupo)". En esa oportunidad, calificó los hechos como constitutivos de una serie de delitos entre los que se encontraban la violación de domicilio, la privación ilegítima de libertad con apremios y/o vejaciones, las torturas agravadas y seguidas de muerte, y el homicidio agravado, "delitos todos que configuran el contexto del delito internacional de genocidio".

(39) En lo sustancial, confirmó el procesamiento cuestionado y destacó que las notas diferenciales de los crímenes de lesa humanidad están dadas por la gravedad, el carácter masivo y el móvil político, racial, religioso, social o cultural. A lo cual debe sumarse un contexto puntual, toda vez que las conductas delictivas deben ser perpetradas como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil.

(40) La causa fue elevada a juicio en el mes de octubre de 2009 y en el caso de los cinco imputados, se especificó que las conductas que se les atribuían consistían en "delitos todos que configuran el contexto del delito internacional de genocidio conforme a la normativa internacional vigente al momento de los hechos".

(41) Se trató de la causa "Aguirre, Liana C. s/su denuncia", expte. 51964/2008 (n. de origen 401-383/05), proveniente del Juzg. Fed. Tucumán n. 1. El procesamiento se dictó en fecha 6/11/2008 respecto de los delitos de violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, homicidio triplemente calificado y la autoría directa del delito de asociación ilícita agravada, todos en concurso real, en perjuicio de Juan Carlos Aguirre. La sentencia ahora analizada fue dictada el 27/5/2009.

(42) Se investigaron el secuestro y la muerte de Juan Carlos Aguirre, acontecidos el 12/7/1976. Ese día, por la mañana, efectivos militares intentaron detener a Margarita Azize Weis, para entonces en la puerta de su domicilio, quien al resistirse a ser detenida, recibió varios disparos efectuados con una ametralladora. Tras ello, los efectivos ingresaron a su domicilio y sacaron encapuchadas a un número plural de personas a las que obligaron a subir a un camión militar. Entre aquéllas se hallaba Juan Carlos Aguirre.

(43) El fallo recuerda que dicho plan de represión tuvo como objetivo no sólo la detención y el secuestro de ciudadanos argentinos, sino también de ciudadanos residentes en países limítrofes, conforme se ha acreditado en las investigaciones vinculadas con la denominada Operación Cóndor. Pesquisas en las que ha sido probado que los perpetradores se apropiaron de bebés nacidos en cautiverio o secuestrados junto a sus padres, lo cual pone en evidencia que dicho accionar sólo pudo ejecutarse desde una organización con pluralidad de integrantes.

(44) Causa 2005 y su acumulada 2044. Además de Riveros, se condenó a Fernando Verplaetsen, ex jefe de Inteligencia del Comando de Institutos Militares, a veinticinco años de prisión; a Osvaldo García, que estaba a cargo de la Escuela de Infantería de Campo de Mayo, a dieciocho años de prisión; al ex policía bonaerense Alberto Aneto, a catorce años; y a César Fragni y Raúl Harsich, quienes se desempeñaban en la citada escuela, a ocho años de prisión.

(45) En el apartado dedicado a la autoría, la sentencia explica cómo funcionó la cadena de mando, su protocolo y las instrucciones establecidas para los denominados "procedimientos de detención" a partir del Plan del Ejército de febrero de 1976 y de la directiva del Comandante General del Ejército 217/1976, de abril de 1976. En función de ello, determinó los parámetros para cada clase de autoría y los grados de participación de cada uno de los imputados.

de genocidio (46). Al respecto, el tribunal sostuvo que de la Convención Internacional para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio surge que este crimen consiste en los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.

Expresó que la conducta de los imputados no podía subsumirse en el tipo de genocidio debido a que no cabía atribuirle a la víctima la calidad de integrante de un grupo nacional, por entender que ello implicaría asignarle a tal colectivo una significación que no es la que recoge el derecho internacional y, más concretamente, la Convención Internacional (47).

Tal cosa, por cuanto las víctimas de la dictadura cívico-militar fueron consideradas como blanco por sus supuestas creencias políticas y porque los militares estimaban que eran incompatibles con su proyecto político y social, así como un peligro para la seguridad del país.

De modo que aquéllas no fueron objeto de ataque a raíz de su pertenencia al grupo nacional "argentino", como requiere el estándar de intencionalidad genocida, sino más bien sobre la base de sus supuestos puntos de vista políticos individuales o sus valores sociales. Por tanto, concluyó, esos actos no constituyen genocidio bajo el derecho internacional; en lo fundamental, debido a que los grupos políticos no pueden considerarse incluidos en la Convención Internacional por el solo hecho de que dicho instrumento no los menciona (48).

La sentencia en cuestión reconoció que entre los años 1976 y 1983 se perpetraron en la Argentina una serie de actos enmarcados en un plan común con fines delictivos, consistentes en exterminio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas y persecuciones basadas en motivos políticos y sindicales, y detenciones ilegales o arbitrarias.

Y que tales actos contra la población civil reúnen los elementos típicos de los crímenes contra la humanidad, tal cual han sido configurados aquéllos por el derecho y la jurisprudencia internacional esencialmente como consecuencia de su carácter sistemático y generalizado.

## IX. CONCLUSIONES

### a) Concepto restringido de genocidio. Jurídico. No sociológico

La controversia conceptual suscitada en torno a qué es un genocidio, cuáles son sus alcances y especificidades,

no puede escapar al paradigma jurídico; esto es, a su naturaleza normativa delimitada por un texto formal que es la Convención Internacional para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de 1948.

Se podrá luego especular, desde otras disciplinas sociales, si tal categoría criminal puede o no abrazar comportamientos de exterminio perpetrados sobre grupos que no se encuentran previstos en la Convención Internacional y, en su caso, ensayar nuevas fórmulas como el "politicidio" o el "exterminacionismo".

### b) Fuentes formales

Lo cierto es, sin embargo, que la fuente formal de la categoría jurídica genocidio en la República Argentina resulta ser la Convención Internacional aprobada por las Naciones Unidas el 9/12/1948, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 12/1/1951, y que fue ratificada por nuestro país el 9/4/1956; instrumento internacional que a partir de la reforma constitucional de 1994 adquirió rango constitucional.

Este instrumento no recepta a los grupos políticos como uno de los destinados a ser protegidos; cuestión que tampoco ha sido prevista en los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, creados por resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como tampoco en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Por lo demás, la República Argentina adhirió al Estatuto de Roma el 8/2/2001. Más tarde, el 9/1/2007, se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la ley 26200, con la cual se implementa en el ordenamiento jurídico interno el tratado que dio origen a la Corte Penal Internacional.

A partir de entonces, se debe aplicar el sistema penal allí previsto a los delitos sobre los que la Corte Penal Internacional resulta competente: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Tal como lo expresa Eduardo Freiler, "independientemente de las disquisiciones a que pueda dar lugar la normativa en cuanto a la cooperación del Estado con la Corte y sus prácticas previstas, lo más destacable de la norma es el hecho de haber incorporado a nuestro catálogo penal los delitos de genocidio, guerra y lesa humanidad, con el reconocimiento legislativo expreso del derecho penal internacional, cuyos principios deberán ser tenidos como fuentes de derecho" (49).

(46) El tribunal rechazó la calificación de genocidio postulada por la querrela unificada y la Liga por los Derechos Humanos, considerando que, además, no había sido objeto de requisitoria de elevación a juicio. Dio razón, en cambio, a lo planteado por la querrela que representaba a la Secretaría de Derechos Humanos, en el sentido de que era inaplicable dicha figura y que se trataba de crímenes de lesa humanidad.

(47) Al respecto, el fallo recuerda que mediante la expresión "grupo nacional", el derecho internacional se refiere a conjuntos de personas ligadas por un pasado, un presente y un porvenir comunes, por un universo cultural común que inmediatamente remite a la idea de nación.

(48) Cosa que tampoco hace una norma de derecho interno que incorpore a nuestro ordenamiento sustantivo la figura de genocidio, con un alcance tal que comprenda dichos grupos.

(49) "Consideraciones acerca del delito de genocidio, según algunos proyectos legislativos tendientes a su incorporación al Código Penal argentino", publicado en "Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en la Argentina", Secretaría de Derechos Humanos, gobierno de la provincia de Buenos Aires, 2007, p. 33.

### c) Inexistencia de un tipo penal incorporado a nuestro derecho interno

Pese a diversas iniciativas legislativas y a la elaboración de proyectos de reforma del Código Penal, lo cierto es que la República Argentina nunca en su historia sancionó un tipo penal que previese el genocidio; lo cual, eventualmente, hubiera permitido la incorporación de los grupos políticos como colectivo humano a ser protegido.

De modo que se carece de una previsión normativa de producción local relacionada con este crimen que pueda aplicarse al caso en estudio.

### d) Motivaciones políticas

Tal como la mayoría de las sentencias analizadas se encargan de dejar en claro, los actos objeto de juzgamiento tuvieron motivaciones políticas; a punto tal de dirigirse a la destrucción de un grupo de personas que, si algún distintivo o característica en común tuvieron, fue su calidad de disidentes políticos e ideológicos del régimen cívico-militar entonces al mando del aparato gubernamental argentino.

### e) Dimensión simbólica de la cuestión

De acuerdo con lo afirmado, pues entonces no es posible argumentar en favor de la tesis del llamado "genocidio argentino". Y si tal es la conclusión a la que arribaran la gran mayoría de los sentenciantes, cabe preguntarnos por qué,

entonces, se empeñan en subrayar que nos encontramos frente a crímenes en contra de la humanidad cometidos en el "contexto internacional de genocidio".

¿Qué pretenden decir mediante esa fórmula o cliché? ¿Qué significa un "contexto internacional de genocidio"?

Existe una dimensión simbólica de la que los juzgadores no han podido escapar. Ésta se refiere, concretamente, al genocidio como "crimen fundamental"; es decir, a la más contundente forma de violencia colectiva ejercida de modo sistemático sobre algunos colectivos específicos del género humano, en razón de motivos puntuales, con la intención de su destrucción total o parcial.

De ese halo magnífico han quedado atrapados usualmente los juzgadores, a punto tal que aun quienes niegan la naturaleza genocida de los hechos objeto de juzgamiento terminaron afirmando que aquéllos sucedieron en un "contexto internacional de genocidio". Lo cierto resulta, sin embargo, que si no constituyeron actos genocidas, carece de lógica y sentido afirmar que fueron perpetrados en un contexto tal.

Sin perjuicio de su calificación jurídica, lo cierto es que aquellos crímenes nunca podrán ser borrados de la historia colectiva. A los juristas, en todo caso, les cabe calificarlos adecuadamente desde una perspectiva técnica, sin cargos de conciencia por sostener su naturaleza extraña al genocidio y su calidad, en cambio, de crímenes en contra de la humanidad.

## Doctrina Extranjera

### Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un consejo de administración: ¿debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero? (\*)

Por Manuel Jaén Vallejo (\*\*)

1. La sentencia de la sala en lo Penal del Tribunal Supremo español (STS) 234/2010, de 11/3/2010, es de un alto interés en materia de derecho penal de empresa y, en particular, de responsabilidad penal en el marco de un consejo de administración, con interesantes reflexiones tanto en la sentencia de la mayoría como en el voto particular del magistrado disidente, Enrique Bacigalupo.

Resumidamente, los hechos que están en la base de la sentencia recaída en la instancia son los que siguen. Los recurrentes habían constituido una sociedad cuyo objeto social era la compraventa de obligaciones hipotecarias, compraventa y promoción de inmuebles y tramitación de préstamos hipotecarios, siendo uno de ellos, el coacusado José, el encargado de revisar todas las operaciones

(\*) Sent. del Tribunal Supremo español 234/2010; de 11/3/2010, ponente: magistrado Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; voto particular del magistrado Enrique Bacigalupo.

(\*\*) Magistrado de la Audiencia Provincial de Girona y profesor titular de Derecho Penal. Ex letrado del Tribunal Supremo del Reino de España.