

DEL DELITO DE GENOCIDIO: (1)

ANTECEDENTES HISTORICOS:

Sin lugar a dudas cabe decir que el delito de genocidio ha existido desde los tiempos más remotos, a lo largo de la historia de la humanidad se han dado persecuciones en contra de ciertos grupos, los motivos generalmente resultan étnicos y religiosos. Si bien el término genocidio es relativamente reciente, podríamos sostener que diferentes hechos históricos podrían ser considerados como tal. Si bien *ut infra* propondremos una definición, se podría sostener (siempre desde nuestra historia occidental) que la persecución de los cristianos durante parte del Imperio Romano es una de las primeras acciones que cumplen los requisitos del tipo *genocidio*. Más cercano en el tiempo, no pocos historiadores consideran a la colonización de América como el primer gran genocidio, donde pueblos originarios enteros fueron masacrados por el solo hecho de ser tales. Partamos del razonamiento de que generalmente no se suele considerar genocidio a “*la ocupación de Africa y el traslado forzado de millones de sus habitantes hacia América*”, o de la denominada “*Conquista del lejano oeste*” de U.S.A, la conquista “*Del Desierto*” en nuestro País, sino que más bien se las considera como actos de combate en supuestas guerras igualitarias en donde el vencido, por ser tal, es reducido a condiciones peores que la servidumbre “*en aras de permitir el progreso de la sociedad vencedora*”, aún cuando historiadores contemporáneos entienden que en el caso de Nuestro País la llamada conquista del Desierto cumple con todos los requisitos del genocidio, delito peor o más cruel aún que el “*crimen de guerra*”. Ya en el siglo pasado, no existe duda alguna que la matanza sistemática de más de

1). Dr. Hugo Antonino Alegre, abogado, graduado en la UNLZ y de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Auxiliar Letrado del Juzgado de Garantías nro. 5 del Departamento Judicial Quilmes.

un millón y medio de Armenios llevada adelante por el Imperio Otomano, entre 1915 y 1923, resulta un claro genocidio, si bien a la fecha no ha sido reconocido como tal por todas las naciones. A ella habrá de seguirle el *Holodomor* llevado adelante por la ex-URSS contra el pueblo Ucraniano entre los años 1932 y 1933, para llegar así al *Holocausto nazi* contra el pueblo Judío principalmente, pero que también se ocupó del pueblo gitano, polacos étnicos, discapacitados, homosexuales, y disidentes políticos y religiosos, mercedores todos ellos de la tristemente denominada “*solución final*”. Se considera también genocidio a la *Cambodia*, en el cual el régimen de los Jemeres Rojos entre 1975 y 1979 dio muerte a más de dos millones de camboyanos, y así desgraciadamente muchos casos más, lamentablemente incluso cercanos en el tiempo, lo que demuestra lo poco que como sociedad hemos aprendido a respetar nuestros Derechos Humanos.

Volviendo a los orígenes del delito de genocidio, cabe decir que el término fue acuñado durante la Segunda Guerra Mundial. El jurista Lemkin, en 1944, [inventó] el neologismo “*genocidio*”, uniendo la palabra griega “*genos*” (raza) y el sufijo latino “*cide*” (matar).

Demás está decir que no existe éste delito en ningún precedente de Código Penal Argentino. Cabría sostenerse que la ley 23.592, sancionada en el año 1988 y conocida como “*ley antidiscriminatoria*”, resultó el primer acercamiento a legislar un tipo penal similar al “*genocidio*”. En efecto, esta ley en su artículo 2º elevó en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias, cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso; asemejándose así a las previsiones destinadas a combatir el genocidio. No obstante ello, la jurisprudencia indicó que los casos tipificados atendieron a conductas individuales de los autores

y no a la acción sistemática y planificada que es la característica del delito que se debería punir claramente.

En el año 2001, fue presentado el Proyecto *Lusquiños*, el Diputado por la Provincia de San Luis propuso la incorporación al Código Penal del **Artículo 80 bis**, el cual sostenía que:

“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 matare, lesionare -física o psíquicamente- en forma grave, violare, o sometiere 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 sancionada 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.”

Como se puede observar, el proyecto incorporaba una figura adicional a los homicidios calificados, creando un único tipo penal el del genocidio y a diferencia de la actual redacción de Nuestro Código, justo es decir también que por éste último camino transita también gran parte de la legislación internacional que los contempla.

Otro intento de legislar sobre el tema, se encuentra en el anteproyecto de Código Penal presentado en el 2014, concretamente se contemplaba en el artículo 70 de dicho texto. El mismo expresamente sostenía:

“ARTICULO 70.- Se aplicará prisión de DIEZ (10) a TREINTA (30) años, al que con la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo en razón de su nacionalidad, etnia, raza o religión, 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 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”.

Cabe decir que ni el anteproyecto denominado “*Código Justo*”, presentado por el aquél entonces diputado nacional Sergio Mazza, ni el anteproyecto denominado comúnmente como “*Código Borinsky*”, incluyen en sus artículos el delito de genocidio.

Por otra parte la reforma constitucional de 1994 introdujo en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Argentina, un grupo de instrumentos internacionales ínsitamente vinculados con los derechos humanos a los que se les otorgó “*rango constitucional*”.

1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2) Declaración Universal de Derechos Humanos; 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos; 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo; 5) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 7) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 8) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; 9) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y 10) Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora, cabe decir que si bien nuestra legislación no lo contemplaba específicamente, no obstante ello Argentina hizo lugar a la extradición de

Josef Schwammberger hacia Alemania bajo la figura de "*homicidio reiterado*". Ya en el caso de Erik Priebke, la Corte Suprema de Justicia resolvió conceder la extradición del mismo, aun cuando fue solicitada por crímenes de guerra (se recuerda que en los pedidos de extradición, la figura por la que se requiere debe tener su equivalente en Nuestro País). La Corte re-calificó como "*genocidio*" al fusilamiento en el que tomó parte el requerido durante la IIª Guerra Mundial de 75 rehenes sobre un total de 335 por el único hecho de ser judíos, aunque la calificación usada no estuviera tipificada en la legislación doméstica argentina. Cabe recordar que el génesis legislativo se encuentra en la "*Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*" que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante Resolución 260ª el 9 de diciembre de 1.948, la cual entró en vigor el 12 de enero de 1.951. Así para Nuestro Más Alto Tribunal en este caso, la circunstancia de no haber sancionado el legislador doméstico los tipos penales correspondientes, no afectaba la vigencia de los compromisos asumidos internacionalmente en materia de extradición. Se dio así un gran paso para la vigencia en derecho interno de principios de derecho internacional. Esta caracterización vuelve a aparecer en la decisión de los jueces federales Cavallo y Bonadío, al procesar a inculpados de la sustracción de menores nacidos o sustraídos a sus padres en cautiverio durante la última dictadura militar, tipificando a las conductas relacionadas como constitutivas del delito de "*crímenes de guerra*" y "*genocidio*".

DEFINICION DEL DELITO

Se sostiene que el genocidio resulta el verdadero "*crimen de crímenes*" (Schabas, William A; "*The Crime of Genocide*", en Kalliopi Koufa (ed.), *The New International Criminal Law, Thesaurus Acroasium, Volumen III, Institute of International Public Law and International Relations of Thessaliniki, Sakkoulas Publications, Grecia, 2003, págs. 467-503. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*).

Resulta un delito internacional que se encuentra clasificado dentro del género crímenes contra la humanidad.

La Asamblea General de las Naciones Unidas cuando elaboró el proyecto de Convención en 1948 distinguió el genocidio del homicidio, especificando que el primero de ellos es *una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros*, mientras que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir. Surge así claramente que, el objetivo último del genocidio es el grupo mismo.

Podemos definir ergo al “genocidio” como cualquier acto ejecutado con la clara intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, político, sexual o religioso como tal, persiguiendo un propósito particular inmediato o a futuro. Así, éstos actos comprenden tanto la muerte como la lesión a la integridad física, moral o psicológica de los miembros del grupo, el exterminio sistemático o bien la adopción de providencias que persigan el traslado y/o la finalidad de evitar nacimientos dentro del grupo, cuya destrucción se pretende.

BIEN JURIDICO TUTELADO

Más allá de que alguno pueda suponer que el bien jurídico protegido es la vida humana o los derechos individuales, lo cierto es que partiendo del razonamiento de que el genocidio implica la intención de destruir total o parcialmente un grupo, el bien jurídico tutelado resulta justamente la existencia en sí misma del grupo como tal, y es que en un estado democrático se debe proteger a todos sus ciudadanos, independientemente de sus etnias, razas, ideologías políticas y/o religiosas y/o sexuales, sean éstos una porción ínfima o mayoritaria de la sociedad.

LOS REQUISITOS DEL TIPO

El genocidio requiere de la clara intención de destruir en forma total o parcial, presente y/o futura, a un grupo social, así se deberá acreditar no solo el "*mens rea*" o elemento intencional específico, es decir, que el sujeto activo hubiere cometido alguno de los actos señalados, esto es **destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, político, religioso o sexual como tal, persiguiendo un propósito particular inmediato o a futuro. Así, éstos actos comprenden tanto la muerte como la lesión a la integridad física, moral o psicológica de los miembros del grupo, el exterminio sistemático o bien la adopción de providencias que persigan el traslado y/o la finalidad de evitar nacimientos dentro del grupo, cuya destrucción se pretende;** sino que también se debe de probar el "*actus reus*", que es la acción física abierta que hace que resulte la persona responsable de un delito, pero cabe aclarar que no basta con la comisión de un acto culpable, sino que se debe tener por acreditar una ultra-intencionalidad por la cual debe quedar perfectamente claro que el sujeto activo "*pretendiera claramente el resultado*" Sobrada jurisprudencia internacional avala éste razonamiento. Así la Sala de Primera Instancia del Tribunal de Justicia Internacional en el caso *Rutaganda*, explica que "*El genocidio se distingue de otros crímenes porque requiere un dolus specialis, una intencionalidad específica. La intencionalidad específica de un crimen es la intención específica que, como elemento del crimen, requiere que el perpetrador haya querido claramente el resultado de que se le acusa. El dolus specialis del crimen de genocidio estriba en 'la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal'. Una persona puede ser condenada por genocidio sólo cuando haya quedado demostrado que cometió uno de los actos enumerados en el art. 2.2 del Estatuto con la intencionalidad específica de destruir total o parcialmente a un grupo en concreto*" A su vez en el caso *Akayesu*, el Tribunal sostuvo que "*el crimen de genocidio tiene tres componentes principales: 1) la intención de destruir un grupo, 2) la intención de destruir un grupo total o parcialmente, y*

3) la intención de destruir un grupo que se identifica por: su nacionalidad, raza, etnicidad o religión”.

Cuando no se puede tener por acreditada dicha ultraintención, si bien el acto cometido continúa resultando punible, ya no se estará en presencia del delito de genocidio, no obstante lo cual se podrá hablar de un delito de lesa humanidad.

Podríamos decir que los delitos de lesa humanidad son el género y el genocidio una especie dentro de éste.

A su vez debemos entender por grupo, conforme el Diccionario de la Real Academia Española, “*a la pluralidad de seres o cosas que conforman un conjunto, material o mentalmente considerado*”.

En el caso de un grupo nacional debemos entender como tal al conjunto de seres humanos que dentro de una Nación tiene ideales, objetivos e inspiraciones comunes.

Se considera un grupo étnico, a un conjunto de personas que comparten características comunes en su cultura, lengua, creencias, historia, aún sin que tengan un territorio Nacional.

Un grupo por su raza se entiende al término clasificatorio de poblaciones e individuos basados en las características físicas, biológicas, colectivas, hereditarias e inalterables, tales como el color de la piel, el cabello, los ojos, la forma de la cara, el aspecto físico general, estando atribuida la posesión de tales rasgos comunes a un origen común. Se tiende a reemplazar el adjetivo racial por étnico, acentuando así el carácter más bien cultural de las diferencias entre poblaciones.

Por último se entiende por un grupo religioso, a un conjunto de personas que comparten un conjunto de prácticas en que se reconoce la existencia de un ser superior.

Considero que también se debe dar protección a un grupo de sujetos que coincidan en sus ideas políticas, como así también sexuales. Es claro que quien y/o quiénes deciden llevar adelante el tipo de genocidio respecto

de sujetos que comparten dichas preferencias también merecen ser castigados. Por ejemplo, por qué deberá ser castigado quién persigue a los católicos y/o judíos, y no quién realiza o intenta realizar lo mismo respecto de partidarios del partido A o de gays y/o lesbianas y/o heterosexuales.

En todos los casos la pertenencia al grupo del sujeto pasivo tiene que ser permanente y estable, éstos serán otros requisitos necesarios para tener por acreditado el *corpus delicti*.

Considero que dicha permanencia, no consiste en un lapso de tiempo lo suficientemente importante como para que no queden dudas de la sujeción del sujeto a dicho grupo. Si bien queda a criterio de quién deba resolver, qué se entenderá como tal, ello surgirá de actos externos que dejen claro la pertenencia al grupo y no el mero paso del tiempo, por cuanto fijar un término espacio temporal resultaría absurdo, por ejemplo ¿si fuera un año, quién lleve 11 meses no será protegido?, si dicha permanencia se puede acreditar por otros medios de prueba. Por ejemplo la militancia activa.

a) destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, político, sexual o religioso como tal, persiguiendo un propósito particular inmediato o a futuro matanza de miembros del grupo: En éste caso podemos sostener que el requisito es simple, y se produce con llevar adelante la acción de destruir, dicha destrucción se entiende como algo más que el simple matar a varios miembros del grupo, por cuanto trae consigo un plus una ultra intención, la cual consiste en el aniquilamiento del grupo o al menos de parte del mismo. La pregunta que cabe hacerse resulta la siguiente, *¿si procurando realizar la destrucción, se mata a una única persona del grupo, dándose los requisitos objetivos y subjetivos ya señalados ut supra, la figura penal es tentativa de genocidio, por cuanto una muerte no resulta una matanza, o bien estamos en presencia de la figura prevista en el artículo 80 inc. 4to. del Código Penal?* Considero que en éste supuesto estamos en presencia de tentativa de genocidio, por cuanto éste incluiría tanto una muerte como la acción que no llega a matar por razones

ajenas al sujeto activo. La diferencia sería básicamente en que el caso del genocidio tiene la intención de DESTRUIR total o parcialmente el grupo, mientras que en el otro supuesto si bien hay un odio racial o religioso, simplemente se mata porque se odia pero no se tiene intención de destruir a todo el grupo. Considero que esa debería ser la solución correcta, así aún cuando se lleve adelante una única muerte habría tentativa. Claro está que será una cuestión que quedará librada, no a un tipo penal abierto, sino a circunstancias fácticas.

b) lesión a la integridad física, moral o psicológica de los miembros del grupo: En éste caso se sostiene que las lesiones tienen que ser de las graves para poder ser considerado el sujeto activo incurso en éste delito. Esta conducta puede incluir, entre otros, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes.

Al respecto La Corte Constitucional Colombiana, sostuvo *in re* Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h), Considerando 4.1 se ha dicho que:

“El bien jurídico específico [tutelado por el delito de genocidio] y [la] intencionalidad igualmente específica hacen que de la misma manera que no cualquier agresión racista pueda considerarse como genocidio [nota en el original omitida], no toda lesión a la integridad física o mental de los miembros del grupo deba calificarse como tal.

En ese orden de ideas asiste razón al señor Procurador cuando pone de presente que son las lesiones graves y no las leves, las que tienen eficacia para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos que se busca proteger con la tipificación del delito de genocidio y que no sería razonable que el legislador penalizara como genocidio actos ajenos a su esencia, que no es otra que la destrucción deliberada de un grupo humano que tenga una identidad definida [nota en el original omitida]”.

c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial:

En éste caso es necesario que el autor hubiere sometido intencionalmente a una o más personas a ciertas condiciones de existencia que puedan ocasionar la destrucción física de los miembros del grupo en su totalidad o parcialmente. El típico ejemplo sería un campo de concentración.

Es claro que en todos los supuestos que conforman el genocidio, resulta necesario que la/s persona/s hubiera/n pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial, político, sexual o religioso determinado.

Otro de los requisitos necesarios resulta el hecho de que el sujeto activo hubiere tenido la clara intención de destruir, total o parcialmente, al grupo.

Se ha sostenido que la expresión "*condiciones de existencia*" podrá incluir, entre otras varias cosas, el hecho de privar a esas personas del grupo, de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

Que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

d) el exterminio sistemático o bien la adopción de providencias que persigan el traslado y/o la finalidad de evitar nacimientos dentro del grupo, cuya destrucción se pretende: Tal como hemos visto en los otros puntos, resulta necesario que el sujeto activo haya impuesto ciertas medidas contra una o más personas que pertenecieren a un grupo nacional, étnico, racial, político, sexual o religioso determinado.

Obviamente que la finalidad del sujeto activo, como en todos los casos que se impute el genocidio, debe de haber sido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial, político, sexual o religioso como tal.

Se admitirá cualquier medida impuesta que haya tenido el propósito de impedir nacimientos en el seno del grupo.

Por último se entiende como requisito el hecho de que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Para citar un ejemplo práctico se puede mencionar que bajo el gobierno del *Tercer Reich* había aproximadamente 500.000 abortos anualmente en Alemania, un país de 60 a 70 millones de personas. Y, en la Alemania nazi, acciones raciales fueron consideradas un aspecto de la salud de la madre. Si ella fuera de una raza "*poco sana*", como polaca, checa o judía, entonces, con frecuencia era forzada a tener un aborto contra su voluntad. Claramente la finalidad era impedir que se reprodujera un grupo étnico considerado "*poco sano*", que al ser sistemáticamente perseguido, asesinado e impedido de reproducirse, paulatina pero inexorablemente iría exterminándose.

Más acá en el tiempo, se acusó al expresidente Fujimori (República del Perú) de haber llevado adelante la exteriorización de más de 200.000 indígenas a principios del siglo XXI, con el claro propósito de eliminar dicha etnia.

En el supuesto del trasladado por la fuerza de parte o todo un grupo nacional, étnico, racial, político, sexual o religioso, la intencionalidad debe ser llevar adelante por ese medio la destrucción total o parcial del mismo.

En éste caso se interpreta que la expresión "*por la fuerza*" no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción.

Resulta necesario también que el traslado haya tenido lugar desde ese grupo a otro grupo.

Que los trasladados hayan sido respecto de menores de 18 años, lo que implica que el autor sabe o bien hubiera debido saber, debería ser tomado como un agravante.

Se sostiene también que los actos deben de haber tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o bien deben haber podido por sí mismo causar esa destrucción.

Un ejemplo de dicho delito, es el traslado desde –la hoy provincia de Tucumán- hacia el conurbano del grupo de indígenas pertenecientes a la tribu “Kilmes”, realizada por los colonizadores españoles. *“Los Kilmes se establecieron en los Valles Calchaquíes aproximadamente a fines del siglo XV. Su principal población (en ruinas) se ubica en el extremo oeste de la actual provincia de Tucumán, hacia las coordenadas: 26°27'50"S 66°05'20"O / -26.46389, -66.08889 a unos 2000 msnm, esta pequeña ciudad con una ciudadela (marka) sita en el cerro Alto del Rey fue destruida por los españoles en 1667 // Opusieron una fuerte resistencia a los colonizadores españoles durante los siglos XVI y XVII. La derrota final ante el gobernador de Tucumán, Alonso Mercado y Villacorta, luego del levantamiento del líder Kilme Felipe Calchaquí, motiva el traslado de los Kilmes. Las mujeres prefieren arrojarse al vacío con sus criaturas en brazos antes de verse sometidas. Los kilmes sobrevivientes fueron trasladados más de 1200 km desde Tucumán hasta la reducción de Santa Cruz de los Quilmes, casi a orillas del Río de la Plata, que devino en la actual ciudad de Quilmes en el Sudeste del Gran Buenos Aires (provincia de Buenos Aires)”* (<https://argentear.com/kilmes/>), aclarando que al menos un tercio del grupo murió en dicho traslado.

SUJETOS DEL DELITO:

Sujeto activo de éste delito puede ser cualquiera en este tipo penal, por cuanto resulta indeterminado, pudiendo ser un actor estatal o no estatal. Se sostiene que ya sea en el supuesto de genocidio como los crímenes de

lesa humanidad y los crímenes de guerra pueden ser perpetrados por cualquier sujeto, sin que se requiera que éste actúe en calidad de actor estatal, o que su conducta haya estado favorecida, auspiciada o tolerada por un Estado; tampoco se requiere una conducta omisa por parte de una autoridad estatal, de manera que el hecho sea atribuido al Estado. No obstante lo anterior, es de resaltar que, en la práctica, los crímenes de derecho internacional son típicamente cometidos por actores estatales o por personas favorecidas por algún tipo de política estatal, por ej. Grupos Parapoliciales o bien como se los denominó en nuestro país, los tristemente célebres “*grupos de tareas*”.

Obvio que responderá el agente directo o autor fungible, pero también responderá el “*hombre de atrás*” si lo hubiere.

El Sujeto pasivo resulta el grupo en su conjunto perteneciente a un grupo nacional, étnico, racial, político, sexual o religioso. Por grupo, conforme la definición del Diccionario de la Real Academia Española vamos a interpretar a la pluralidad de seres humanos que forman un conjunto, material o mentalmente considerado que tienen un mismo sentido de pertenencia por haber nacido dentro del mismo y/o bien por compartir comportamientos, valores, creencias, etc.

Comparto parcialmente las pautas dadas por los Tribunales Penales Internacionales, respecto a la determinación del “*grupo*”, éstos suelen señalar tres puntos de importancia particular, con respecto a la determinación del “*grupo*”: (1) en tanto la definición y jurisdicción internacional, el “*grupo*” está limitado a aquellos establecidos por la norma internacional y, como resultado, los grupos sociales y políticos quedan excluidos; (2) la determinación del grupo se realiza con base en criterios subjetivos, aunque también se deben considerar criterios objetivos (De conformidad con las decisiones internacionales, “*La pertenencia al grupo es un concepto subjetivo más que objetivo. En la percepción del perpetrador, la víctima pertenece al grupo en miras para destruir [nota en el original*

omitida], pero la determinación del grupo objetivo del ataque debe ser realizada caso por caso, considerando tanto criterios objetivos como subjetivos [nota en el original omitida]". TPIR, El Fiscal vs. Sylvestre Gacumbtsi, Caso No. ICTR-2001-64-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 17 de junio de 2004, párr. 254 [Traducción no oficial]. Véase también, por ejemplo, TPIR, El Fiscal vs. Athanase Seromba, nota supra 17; TPIY, El Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic, Caso No. IT-02-60-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 17 de enero de 2005, párr. 667, y (3) a pesar de que se pueden establecer líneas generales sobre la definición de cada grupo, la determinación definitiva se debe realizar caso por caso, con base en factores culturales y sociales, y teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es la protección de grupos estables (Véase, por ejemplo, TPIR, El Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, y TPIR, El Fiscal vs. George Rutaganda, Caso No. ICTR-96-03, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 6 de diciembre de 1999. Véase también, TPIY, El Fiscal vs. Radislav Krstic, nota supra 16, párrs. 555-557).

Mi discrepancia se encuentra en la no incorporación de grupos políticos (como tampoco se menciona a los grupos sexuales), pero creo que ello resulta un error, es claro que si se decidiera el exterminio de un grupo político determinado por parte del poder estatal (por ej. Matar a todos los partidarios del partido A) ello no puede no ser considerado como genocidio, por cuanto reúne todos los requisitos y sin embargo quedaría impune y fuera del alcance del tipo penal.

Veamos, desde el Estado se pretende exterminar a todos los católicos, ello sería genocidio. También a todos los cordobeses, ello sería genocidio. Sin embargo, ¿si se decide exterminar a todas los transexuales, ello no sería un genocidio?, ¿si se decide exterminar a todos los partidarios del partido verde, ello tampoco sería un genocidio?. ¿Cuál resultaría la diferencia?, francamente no advierto ninguna, y de hecho es más probable

que pase esto último, la historia reciente de nuestro país así lo demuestra. Pensemos que uno de los objetivos que tuvo en cuenta el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” que usurpó el poder en el año 1976, resultó en el aniquilamiento de las “fuerzas subversivas”, lo cual, según mi criterio, resultó un típico caso de genocidio. Es claro que no se puede realizar el exterminio de grupos, aún cuando su actividad resulte ilegal, en todo caso se deberá ponerlos a disposición de la justicia. También entiendo que resulta un genocidio el atentado a la AMIA, es claro que se intentó la destrucción de un grupo religioso (judíos), no lo es el atentado a la embajada de Israel, el cual ya encuadra en un atentado terrorista a territorio extranjero ubicado en nuestro país.

JURISPRUDENCIA:

“La víctima final del genocidio es el grupo, a pesar de que la destrucción requiera necesariamente la comisión de crímenes contra sus miembros, esto es, contra los individuos que pertenecen a ese grupo” (TPIY, El Fiscal vs. Milomir Stacic, Caso No. IT-97-24-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 31 de julio de 2003, párr. 521, citando a la Sala de Primera Instancia en la Petición de Absolución del 3 de septiembre de 2001, en el caso de El Fiscal vs. Dusko Sikirica y otros).

“De esta forma, las víctimas individuales de las conductas han de ser seleccionadas precisamente por su pertenencia al grupo específico objeto del ataque; debe haber un claro proceso discriminatorio en la selección de las víctimas”. (Colombia, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h), Considerando 4.1)

“El bien jurídico que se busca proteger al penalizar el genocidio, no es tan sólo la vida e integridad sino el derecho a la existencia misma de los grupos humanos, sin supeditarlos a su nacionalidad, raza, credo religioso o

político [nota en el original omitida]". (México, Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),

El Salvador, Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascochea y otros (Relación de sentencias 7.c), Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, "*Considerando III: [A] final de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional asumió la necesidad de regular penalmente diversas conductas delictivas consideradas como crímenes contra humanidad, en virtud que la ofensa que producen no sólo afecta a las personas que los padecen sino a la especie humana en general, de manera que su trascendencia va más allá de los países en los que tales crímenes se cometen. Como se señala en el texto 'Crimen Internacional y Jurisdicción Universal' de Concepción Escobar Hernández y otros, "Al aprobarse en 1948 el Convenio de Nueva York contra el Genocidio, la Organización de Naciones Unidas quiso ofrecer a todos los ciudadanos del mundo una protección adicional; no se trataba ya de garantizar el derecho a la vida, que estaba por todos los Códigos Penales: se quiso proteger al ser humano en la medida en que podría ser objeto de una persecución indiscriminada, no por sus circunstancias personales, sino por estar integrado en un grupo de características colectivas determinadas. La eliminación sistemática y ordenada de determinados sectores de población fue tipificada como genocidio, y se dispuso que tal crimen fuera perseguible con independencia del tiempo y lugar de su comisión, de la nacionalidad de las víctimas, de la de los verdugos (...) que tales crímenes son imprescriptibles, que sus responsables no tienen ni pueden obtener derecho de asilo, ni estatuto de refugiado, que no pueden excusar su conducta en virtud de obediencia debida, que no pueden obtener perdón, que sus víctimas tienen el derecho fundamental a la justicia. Se estableció la jurisdicción universal, en virtud de la cual todos los Estados están obligados a perseguir los crímenes de lesa humanidad y a posibilitar su persecución por los demás"*.

“Buenos Aires, 2 de noviembre de 1995.//- Vistos los autos: “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición -causa N° 16.063/94-” Considerando: 1°) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia, el Ministerio Público dedujo el recurso ordinario de apelación previsto en el art. 24, inciso 6° del decreto-ley 1285/58 que fue concedido, el señor Procurador General al expresar agravios en esta instancia solicitó que se revocase la resolución apelada y la defensa, al contestar el traslado que se le corrió, pidió que se confirmara.- 2°) Que el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no () prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la jefatura de policía alemana, de entre los trescientos treinta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configura prima facie delito de genocidio. Ello así, sin mengua, de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio.- 3°) Que, frente a la índole de tal calificación, resulta obvio que el país requirente haya procedido a solicitar la extradición sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar en donde se ha cometido (arts. 75 incs. 22 y 118 de la Constitución Nacional y arts. II, III, V, VI y VII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio).- 4°) Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional.- 5°) Que, en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada.- Por ello, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la extradición de Erich Priebke por la muerte de las trescientas treinta y cinco personas, por la que fuera solicitada. Notifíquese y devuélvase”.- Fdo.: JULIO S. NAZARENO (por su voto) – EDUARDO MOLINE O’CONNOR (por su voto) – CARLOS S. FAYT – AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en

disidencia) – ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) – RICARDO LEVENE (H) (en disidencia) – ANTONIO BOGGIANO – GUILLERMO A. F. LOPEZ -GUSTAVO A. BOSSERT (por su voto).

CONCLUSION:

Resulta claro que nuestra legislación debe de incorporar el delito de genocidio al Código Penal en forma taxativa, procurando que el mismo mantenga de la mejor manera un tipo cerrado, a los efectos de evitar cualquier interpretación arbitraria de la ley. Ello resulta un merecido homenaje a las numerosas víctimas que nuestra propia historia, lamentablemente, presenta; como así también significa un aggiornamento del texto legal a las necesidades de un nuevo siglo, que presenta nuevos desafíos. Pensemos que el Código Penal data de 1921 y el término “genocidio” se acuñó en 1944.