

El delito de genocidio en el Anteproyecto del Código Penal

El problema de las fuentes y sus jerarquías en la configuración de la estructura típica de la figura

por **BRUNO NETRI**⁽¹⁾

I | Introducción

La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reformas, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (en adelante, Comisión Elaboradora), creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 678/2012⁽²⁾ del 07/05/2012, comenzó a desarrollar sus trabajos a partir de mediados de ese mes; y concluyó su labor con la firma del Anteproyecto⁽³⁾ en cuestión el día 10/12/2013.

.....

(1) Abogado (UCA). Profesor Superior en Ciencias Jurídicas (UCA). Magíster en Integración y Cooperación Internacional (UNR - Tesis sobre cooperación jurídica internacional en materia penal en los procesos de integración regional). Ex Becario de Postgrado Tipo I (CONICET). Docente de Derecho Internacional Público (UCA Rosario) y Derecho Penal Parte Especial (UCA Rosario).

(2) BO 08/05/2012.

(3) Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, marzo 2014.

Este Anteproyecto, fruto del consenso, constituye en términos generales, sin lugar a dudas, una sistematización racional, consistente y ordenada del derecho punitivo sustantivo, con una definida teleología contentora y reductora del poder punitivo, afín con mandatos constitucionales.

De allí que, de acuerdo con los principios de **legalidad estricta, responsabilidad, culpabilidad, ofensividad, humanidad, personalidad y proporcionalidad**, reconocidos expresamente en su art. 1º, excluye primeramente toda posibilidad de manipulación autoritaria de la propia idea de legalidad, exigiendo la estrictez legislativa. Asimismo, elimina toda posibilidad de responsabilidad objetiva y de *versari in re illicita*; además, excluye el reproche de personalidad prescindiendo, así, de un concepto perturbador y genealógicamente incompatible con la Constitución Nacional, injertado en las concepciones racistas de hace más de un siglo.

Paralelamente, excluye los llamados delitos de **mera infracción al deber**, característicos de la doctrina totalitaria del siglo XX (que pretendió hacer de esa infracción la esencia misma de todo delito); a la vez que excluye el nebuloso concepto de **peligro abstracto** (que permitió tradicionalmente apelar a peligros muy remotos o, inclusive, inexistentes, mediante una presunción *juris* de peligro) a la afectación de un bien jurídico como requisito o presupuesto suficiente de la intervención punitiva del Estado. También reconoce que si bien toda pena implica dolor, este no puede perder su proporcionalidad con la lesión y la culpabilidad pues, consecuentemente, elimina la reclusión como pena y la limita a la prisión, multa e inhabilitación y, en su caso, las alternativas.

Bajo los citados criterios rectores y sus lógicas proyecciones, el Anteproyecto consagra, así, entre otros delitos, uno que merece especial atención y tratamiento por la aberrante atrocidad y el devastador impacto que tuvo en la historia de la humanidad y, particularmente, durante el pasado siglo XX, negador de la humanidad en sí misma considerada: el delito de **genocidio** previsto liminarmente en su Parte Especial, concretamente, en el art. 64, ubicado bajo el Capítulo I, que lleva por epígrafe: "Genocidio, desaparición forzada de personas y otros crímenes contra la humanidad"; correspondiente al Título I, intitulado: "Delitos contra la Humanidad"; perteneciente a su Libro Segundo, De los delitos, en particular; estableciéndose que:

ARTÍCULO 64.- Genocidio. Se impondrá prisión de veinte (20) a treinta (30) años, al que con la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio, perpetrare alguno de los siguientes hechos:

- a. Matanza de miembros del grupo.
- b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d. Adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e. Traslado por la fuerza de individuos del grupo a otro grupo.

Esta figura penal, de acuerdo a la exposición de motivos de la Comisión Elaboradora del Anteproyecto, reconoce como "antecedente" la estructura típica consagrada en normas jurídicas de derecho internacional sobre la materia y, a partir de allí, "amplía" conscientemente su tipicidad objetiva, concretamente, en cuanto al sujeto pasivo se refiere. De tal suerte que, en definitiva, al menos en este delito en concreto se amplía, sin dudas, el poder punitivo del Estado en lugar de recortarlo.

Paralelamente a lo señalado, este tipo penal que recepta el Anteproyecto, debido a la técnica "legislativa" empleada en la redacción de su texto, acarrea también otros serios e interesantes interrogantes que merecen cuidadosa atención en cuanto refieren a su configuración pues, por un lado, "exige" incorrectamente, a los fines consumativos, la pluralidad de resultados típicos además de que, por su propia estructura típica, constituye una ley penal en blanco (tipo abierto) que requiere, para su complementación, de una necesaria remisión a normas extrapenales (elemento normativo del tipo); circunstancias, todas ellas, que son también de problemática constitucionalidad y discutida coherencia interna.

Para un correcto tratamiento de las cuestiones sometidas a estudio y sus proyecciones penales, corresponde adentrarnos, primeramente, en la consideración de los elementos estructurales objetivos y subjetivos del tipo penal de trato y de los motivos expuestos al respecto por la Comisión Elaboradora; así, y recién entonces, definir el contenido y el alcance de la figura en cuestión según las normas jurídicas internacionales intrincadas

sobre la materia vinculantes para nuestro país y sus relaciones jerárquicas internas, concretamente, el Estatuto de Roma, la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, y la relación entre ambos; todo ello, a fin de emitir un juicio valorativo acerca de la estructura típica que recepta el Anteproyecto y su adecuación, o no, a normas supralegales y constitucionales.

2 | El genocidio en el Anteproyecto

Como decíamos, en todos los períodos de la historia, lamentablemente, ha existido el genocidio, una de las barbaries más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y de las que muchos de los llamados “países civilizados” no han sido ajenos; responsable de que millones de niños, mujeres y hombres hayan sido víctimas de atrocidades que desafían aún hoy la imaginación y conmoverán profundamente por siempre la conciencia de la humanidad. En esencia, el genocidio ha sido y es la cruel y absurda **negación** de la realidad de que todos los pueblos estamos unidos por estrechos lazos y que nuestras culturas configuran un patrimonio común que debemos preservar y promover.

Por ello no es casualidad que el Anteproyecto, haciéndose eco de esa condenable **negación**, el “primer” delito que tipifica en su Parte Especial es, ni más ni menos, el genocidio; y lo hace previéndole la pena más grave admitida en el texto (prisión de veinte a treinta años)⁽⁴⁾ y de conformidad con lo prescripto por normas supralegales para la República Argentina,⁽⁵⁾ previstas concretamente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, Estatuto de Roma).⁽⁶⁾

De acuerdo al texto del Anteproyecto, **objetivamente**, esta figura penal se reduce a cinco “acciones típicas” concretas, diferentes e independientes entre sí, cuyos contenidos y extensiones no ofrecen ninguna problemática,

.....

(4) Ver art. 64, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, *op. cit.*

(5) Ver art. 75, inc. 22, primer párrafo, CN.

(6) Ver art. 77 1 a), Estatuto de Roma: “La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años;...”.

por lo que no merecen mayores precisiones. Mas sí señalar que estas cinco acciones típicas son las mismas que preceptúan el art. 2° de la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio (en adelante, Convención contra el Genocidio) y el art. 6° del Estatuto de Roma consistentes sucintamente en: a) matar; b) lesionar gravemente; c) someter a condiciones de existencia que acarreen la destrucción física; d) adoptar medidas para impedir nacimientos; y e) trasladar forzosamente.

Empero, este *numerus clausus* de acciones típicas definidas, por otro lado, en el Anteproyecto se tipifica que estas se dirijan, ya en cuanto al “sujeto pasivo” se refiere, contra “cualquier” grupo de personas **identificadas con criterio discriminatorio**, perdiendo así completitud. De suerte que quedarían comprendidos como víctimas, no solo un “grupo” **nacional, étnico, racial o religioso** en cuanto a tal, criterio seguido por las normas jurídicas internacionales precitadas, sino que también correspondería incluir, por ejemplo, a un “grupo” **político, ideológico, gremial, social**, hasta incluso un “grupo” de **género, orientación sexual, cultural, etario, de capacidades diferentes** y cualquier otro. En definitiva, quedarían abarcados **abiertamente** por el tipo “cualquier grupo con identidad propia” a cuyos miembros se los considere “humanamente inferiores”.

Al respecto, la Comisión Elaboradora, de acuerdo a la exposición de motivos, entendió —partiendo de una premisa **genéricamente** correcta, aunque no **particularmente** aplicable ni operativa para la República Argentina como veremos en el apartado 3 de este texto, siendo su conclusión lógicamente incoherente— que el concepto que proporciona el derecho internacional sobre la materia, circunscripto a un **grupo nacional, étnico, racial o religioso** en cuanto a tal, impone a los Estados la sanción del delito de genocidio; empero estos bien pueden “ampliar” la tipicidad, conforme al ejercicio de su soberanía considerando, así, que solo sería violatorio del derecho internacional una definición más estrecha del ámbito típico.

En ese orden de ideas, la Comisión Elaboradora destacó que han sido muchos los países que en su legislación nacional definieron este delito de modo más amplio que la definición internacional “enunciando” al respecto, como ejemplos concretos, los casos de: Bangladesh, Bolivia, Paraguay, Colombia, Costa Rica, Eslovenia, Uruguay y Francia.

Sin embargo, analizados con detenimiento los casos enunciados, observamos que solo parcialmente es cierto que tales países ampliaron la estructura típica del genocidio pues, en algunos casos, la redujeron y cuando la extendieron, ya sea las acciones típicas, ya sea los sujetos pasivos, ya sea ambos, en puridad, lo hicieron respetando siempre la máxima taxatividad legal, con excepción de Francia.

En efecto, curiosamente el Código Penal de Francia,⁽⁷⁾ no obstante su tradición normativa en la materia, es el único que no se compadece con una rigurosa exégesis propia del derecho punitivo, en tanto amplía **abiertamente** la tipicidad objetiva de la figura, extendiendo indiscriminadamente los “sujetos pasivos” a cualquier **grupo definido con base en cualquier criterio arbitrario**.

Por el contrario, los demás países citados toman como **referencia** los “cuatro grupos identitarios” definidos con precisión por las señaladas normas jurídicas internacionales (**grupo nacional, étnico, racial o religioso**); y, sobre esa **referencia** jurídica internacional, el Código Penal boliviano⁽⁸⁾ los reduce a tres, excluyendo el grupo racial. Asimismo, el Código Penal del

(7) Ver art. 211-1, ley 2004-800, 06/08/2004, Diario Oficial del 07/08/2004. Documento en idioma original, [en línea] http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719, consultado el 28/10/2014 (la traducción nos pertenece): “Constituye genocidio el hecho de, en ejecución de un plan concertado tendiente a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, o de un grupo definido con base en cualquier otro criterio arbitrario, cometer o hacer cometer contra los miembros del grupo alguno de los actos siguientes:

- atentado voluntario contra la vida;
- atentado grave contra la integridad física o psíquica;
- sometimiento a condiciones de existencia susceptibles de provocar la destrucción total o parcial del grupo;
- medidas para obstaculizar los nacimientos;
- traslado forzoso de niños.

El genocidio será castigado con reclusión criminal perpetua.

Los dos primeros apartados del artículo 132-23 relativo al periodo de seguridad se aplicarán al crimen previsto por el presente artículo”.

(8) Ver art. 138, ley 1768/1997, [en línea] http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cp.html, consultado el 28/10/2014: “El que con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, diere muerte o causare lesiones a los miembros del grupo, o los sometiere a condiciones de inhumana subsistencia, o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción, o realizare con violencia el desplazamiento de niños o adultos hacia otros grupos, será sancionado con presidio de diez a veinte años. En la misma sanción incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país. Si el o los culpables fueren autoridades o funcionarios públicos, la pena será agravada con multa de cien a quinientos días”.

Paraguay⁽⁹⁾ también excluye al grupo racial, pero incluye, en su lugar, al grupo social. El Código Penal de Costa Rica,⁽¹⁰⁾ por su parte, excluye al grupo étnico e incluye, en su lugar, al grupo político. En cambio, el Código Penal de Colombia⁽¹¹⁾ y el de la República Popular de Bangladesh⁽¹²⁾

(9) Ver art. 319, ley 1160/1997, [en línea] http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf, consultado el 28/10/2014: "El que con la intención de destruir, total o parcialmente, una comunidad o un grupo nacional, étnico, religioso o social:

1. matara, lesionara gravemente a miembros del grupo,
2. sometiera a la comunidad a tratamientos inhumanos o condiciones de existencia que puedan destruirla total o parcialmente,
3. trasladara, por fuerza o intimidación a niños o adultos hacia otros grupos o lugares ajenos a los de su domicilio habitual,
4. imposibilitara el ejercicio de sus cultos o la práctica de sus costumbres,
5. imposibilitara medidas para impedir los nacimientos dentro del grupo, y
6. forzara a la dispersión de la comunidad, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años".

(10) Ver art. 375, ley 4573, [en línea] http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf, consultado el 28/10/2014: "Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política. Con idéntica pena será sancionado quien:

- 1) Causare a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos;
- 2) Colocare a dichos grupos en condiciones de vida tan precaria, que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen;
- 3) Tomare medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de esos grupos; y
- 4) Traslada, por medio de fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos a otros distintos".

(11) Ver art. 101, ley 599/2000, [en línea] http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf, consultado el 28/10/2014: "El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.
3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo".

(12) Ver § 3, The International Crimes (Tribunals) Act, N° XIX, 1973. Documento en idioma original [en línea] http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print_sections_all.php?id=435, consultado

mantienen los “cuatro grupos identitarios” definidos internacionalmente y agregan, además, un quinto grupo, el político; mientras que el Código Penal de la República de Eslovenia,⁽¹³⁾ además del referido quinto grupo político, agrega también un sexto, el social. Finalmente, la República Oriental del Uruguay⁽¹⁴⁾ amplía el número de grupos identitarios víctimas del genocidio a trece, pero lo hace, reiteramos, con precisión y

el 28/10/2014 (la traducción nos pertenece): “(1) Un Tribunal tendrá el poder de juzgar y castigar a cualquier individuo o grupo de individuos, [u organización,] o cualquier miembro de una armada, defensa o fuerzas auxiliares, independientemente de su nacionalidad, que cometa o haya cometido, en el territorio de Bangladesh, ya sea antes o después de la vigencia de este Acto, cualquiera de los crímenes mencionados en la sub-sección (2).

(2) Los siguientes actos o cualquiera de ellos son crímenes dentro de la jurisdicción de un Tribunal para el cual habrá responsabilidad individual, a saber:

- (a) Crímenes contra la humanidad: (...);
- (b) Crímenes contra la Paz: (...);
- (c) Genocidio: el cual significa e incluye cualquiera de los actos siguientes cometidos con intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, como:
 - (i) matanza de miembros del grupo;
 - (ii) causar lesiones graves corporales o mentales a miembros del grupo;
 - (iii) someter deliberadamente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
 - (iv) imponer medidas destinadas a prevenir nacimientos en el seno del grupo;
 - (v) trasladar forzosamente a niños del grupo a otro grupo;
- (d) Crímenes de guerra: (...).”

(13) Ver art. 373, Código Penal de 1994, *Official Gazette RS*, N° 55/2208. Documento en idioma original, [en línea] http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180913, consultado el 28/10/2014 (la traducción nos pertenece): “(1) El que, con la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, dé órdenes de matar a los miembros del grupo, de infligir heridas severas corporales sobre ellos, de lesionar seriamente su salud mental o corporal, de desplazar forzosamente la población, de infligir en el grupo condiciones de vida que deliberadamente causen su destrucción física en todo o en parte, de imponer medidas para prevenir nacimientos dentro del grupo, o de trasladar forzosamente a los niños del grupo a algún otro grupo, o el que, con la misma intención, comete cualquiera de los actos enunciados, será condenado al encarcelamiento de no menos de diez años o al encarcelamiento de treinta años.

(2) El que cometa cualquiera de los actos previstos en el párrafo anterior contra cualquier grupo social o político será sujeto a la misma pena.

(3) Quien incite o llame a la directa comisión de alguno de los delitos de este artículo será sujeto a la misma pena”.

(14) Ver art. 16, Ley 18.026 de Cooperación con la Corte Penal Internacional en Materia de Lucha Contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad: “El que con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político, sindical, o a un grupo con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud, perpetrare alguno de los actos mencionados a continuación, será castigado con quince a treinta años de penitenciaría:

taxativamente, agregando además de todos los ya señalados, los grupos sindicales, de género, orientación sexual, culturales, edad, discapacidad y salud.

Por otra parte, ya en cuanto al número de “acciones típicas” del genocidio se refiere, la República Popular de Bangladesh⁽¹⁵⁾ y el Código Penal de la República de Eslovenia⁽¹⁶⁾ mantienen las “cinco” acciones típicas definidas internacionalmente; mientras que el Código Penal del Paraguay⁽¹⁷⁾ las amplía, al igual que el Código Penal boliviano,⁽¹⁸⁾ el Código Penal de Colombia,⁽¹⁹⁾ la República Oriental del Uruguay⁽²⁰⁾ y el Código Penal de Costa Rica.⁽²¹⁾ Sin embargo, en todos estos casos las ampliaciones de las “acciones típicas” se hicieron empleando términos precisos y taxativamente reducido a un número determinado y cierto de conductas.

En definitiva, ninguno de estos últimos casos analizados, **en principio** “antecedentes” válidos a seguir por nuestro país, habilita al intérprete ni al operador a ampliar la estructura típica del delito de genocidio. Por el contrario, y más allá del diferente contenido y extensión dado por cada uno

.....

- a) Homicidio intencional de una o más personas del grupo.
- b) Tortura, desaparición forzada, privación de libertad, agresión sexual, embarazo forzoso, sometimiento a tratos inhumanos o degradantes o lesiones graves contra la integridad física o mental de una o más personas del grupo.
- c) Sometimiento intencional de una o más personas del grupo, a privaciones de recursos indispensables para su supervivencia; a una perturbación grave de salud; a la expulsión sistemática de sus hogares o a condiciones de existencia que puedan impedir su género de vida o acarrear su destrucción física, total o parcial o del grupo.
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por la fuerza o bajo amenazas de uno o más miembros del grupo a otro grupo, o el desplazamiento del grupo del lugar donde está asentado”, [en línea] <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18026&Anchor=>, consultado el 28/10/2014.

(15) Ver nota n° 12.

(16) Ver nota n° 13.

(17) Ver nota n° 9.

(18) Ver nota n° 8.

(19) Ver nota n° 11.

(20) Ver nota n° 14.

(21) Ver nota n° 10.

de ellos a este tipo penal en particular, lo cierto es que de acuerdo a sus respectivas previsiones legales fijan límites ciertos, contentores y reductores del poder punitivo, en todos los casos.

En cambio, volviendo al Anteproyecto, cabe reconocer que no obstante la loable intención que guió a la Comisión Elaboradora de no dejar impune ninguna conducta aberrante discriminatoria hacia un grupo identitario, en rigor, consagra en este aspecto una ley penal en blanco; a la vez que, paralelamente, exige al intérprete tener que acudir a una valoración ética y/o jurídica del término **discriminatorio**; todo lo cual, a diferencia de la absoluta mayoría del derecho comparado analizado, en cualesquiera de los casos, atenta francamente contra el principio de legalidad estricta y el consecuente carácter exegético de nuestra ciencia penal.

Por otra parte, aunque igualmente vinculado a lo anterior, se agrega otra cuestión en relación al Anteproyecto. Todas las acciones típicas que consagra reclaman, a su vez, a los fines consumativos, la "causación de resultados múltiples", al menos dos. Nótese, al respecto, que el tipo penal exige siempre que "miembros" o "individuos" del grupo padezcan las consecuencias dañosas del accionar típico perpetrado. De suerte que, por ejemplo, si por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, este solo logra matar a un único miembro del grupo identitario, deberá ser penado conforme a la escala del delito consumado reducida a la mitad del mínimo y a dos tercios del máximo;⁽²²⁾ y más absurdo aún, si luego de haber matado a un miembro de un grupo identitario el autor desiste voluntariamente de matar a otros de ese grupo, este no estará sujeto siquiera a ninguna pena.⁽²³⁾

En función de lo expuesto, consideramos que corresponderían leves ajustes críticos al texto del art. 64 del Anteproyecto en cuanto tipifica el delito de genocidio. Concretamente, sustituir ante todo la enunciación "grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio" y reemplazarlo por la enunciación de grupos concretos, determinados y definidos cerradamente; a los fines de lograr la máxima taxatividad legal de la norma en cuestión, congruente con la construcción teleológica del sistema acotante

(22) Ver art. 7.1, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, cit.

(23) Ver art. 7.2, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, cit.

o limitador del Anteproyecto. Asimismo, correspondería sustituir también —en cada uno de sus incisos— los términos “miembros” e “individuos” por la frase “uno o más miembros”; a los fines de evitar absurdos prácticos, no obstante su logicidad teórica. Todo ello, conforme el criterio que sigue, por ejemplo, la República Oriental del Uruguay, que por cierto tuvo en consideración la Comisión Elaboradora, de acuerdo a la exposición de motivos que acompaña al Anteproyecto.

Por último, **subjectivamente**, el tipo penal no ofrece confusión ni crítica alguna. Al respecto, exige claramente, como rasgo distintivo y en concordancia con el derecho comparado reseñado, un elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo, de tendencia interna trascendente (ultraintencionalidad), consistente en que cualesquiera de las cinco acciones típicas, previstas taxativamente, sean perpetradas con la intención de destruir, total o parcialmente, al grupo **identitario discriminado**.

3 | Fuentes internacionales vinculantes para la República Argentina y sus jerarquías en el ordenamiento jurídico interno

Conforme advertimos ya en el *introito*, la Comisión Elaboradora del Anteproyecto, a los fines de definir los elementos estructurales típicos del delito de genocidio, reconoce expresamente en su exposición de motivos haber tomado como “antecedente” lo consagrado sobre la materia por normas jurídicas del derecho internacional y, a partir de allí, “amplió” su tipicidad en relación a los “sujetos pasivos”, conforme analizamos críticamente en el apartado anterior.

Corresponde ahora, pues, analizar críticamente, ya no la coherencia interna de la figura en relación al Anteproyecto ni su cotejo con el derecho comparado, sino su convencionalidad y constitucionalidad en relación al ordenamiento jurídico positivo argentino.

En ese orden de ideas, cabe liminarmente señalar que los “antecedentes internacionales” considerados expresamente por la Comisión Elaboradora

fueron, en concreto, la Convención contra el Genocidio;⁽²⁴⁾ el Estatuto de Roma;⁽²⁵⁾ el Estatuto del Tribunal Internacional para Juzgar a los Presuntos Responsables de Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991;⁽²⁶⁾ el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda;⁽²⁷⁾ el Informe

(24) Ver su art. II: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con las intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”, (aprob. originariamente por el gobierno provisional de la República Argentina mediante decreto ley 6286/1956 del PEN, emitido el 09/01/1956 y publicado en BO el 25/04/1956, ratificado, luego, por el gobierno de *iure* mediante ley 14.467 (sancionada el 05/09/1958, promulgada el 23/09/1958 y publicada en BO el 29/09/1958); finalmente, con jerarquía constitucional en función del art. 75 —inc. 22, párrafo segundo— de la CN a partir de su reforma de 1994).

(25) Ver su art. 6º: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. (aprob. por la República Argentina mediante ley 25.390; sanc. el 30/11/2000; promul. el 08/01/2001 [por aplicación art. 80, CN]; publ. en BO [suplemento] del 23/01/2001).

(26) Tribunal internacional creado por resolución 827, 25/05/1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ver su art. 4.2: “Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal:

- a) Asesinato de miembros del grupo;
- b) Graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial;
- d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo”, [en línea] <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>, consultado el 29/10/2014.

(27) Ver su art. 2.2, [en línea] <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>, consultado el 29/10/2014: “Por genocidio se

“Whitaker”⁽²⁸⁾ y la resolución 1983/33 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas.⁽²⁹⁾

Según todos estos “antecedentes internacionales”, conforme ya adelantamos en el apartado anterior, el delito de genocidio comprende las cinco “acciones típicas” concretas, perpetradas con igual “ultraintencionalidad” determinada, que recepta fielmente el Anteproyecto, en ambos aspectos, **objetivos y subjetivos**.

entenderá cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

(28) Informe elaborado por Benjamin Whitaker, concluido en 1985, en el que se aborda a través de un Estudio de Campo la Cuestión de la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio, de conformidad con la resolución 1983/33 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas del 27/05/1983; revisado el 02/07/1985 en su Sesión 38°, E/CN.4/Sub.2/1985/6, [en línea] <http://www.armenews.com/IMG/whitaker.pdf>, consultado el 29/10/2014.

(29) Liminarmente, valga aclarar que la Comisión Elaboradora, en su exposición de motivos que acompaña al Anteproyecto, por error refiere a la resolución 1983/83 de Naciones Unidas; cuando en rigor se trata de la resolución 1983/33 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, intitulada: “Actualización del estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio”, [en línea] <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=E/1983/83>, consultado el 29/10/2014, p. 25, en la que se expresa que:

“El Consejo Económico y Social,

Teniendo presentes la resolución 1982/2 de 7 de septiembre de 1982 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y la resolución 1983/24 de 4 de marzo de 1983 de la Comisión de Derechos Humanos, relativas a la revisión y actualización del estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio,

1. Pide a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que nombre a uno de sus miembros Relator Especial, con el mandato de revisar en su totalidad y actualizar el estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio, tomando en consideración las opiniones expresadas por los miembros de la Subcomisión y de la Comisión de Derechos Humanos, así como las respuestas de los gobiernos, los organismos especializados y otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones regionales y las organizaciones no gubernamentales a un cuestionario que preparará el Relator Especial;

2. Pide además a la Subcomisión que examine el estudio revisado y actualizado antes mencionado y lo presente a la Comisión de Derechos Humanos en su 40° período de sesiones”.

Sin embargo, por otro lado, tales “antecedentes internacionales” **limitan objetivamente** a los “sujetos pasivos” a un **grupo nacional, étnico, racial o religioso** en cuanto a tal, a diferencia de lo preceptuado **abiertamente** en el Anteproyecto, como también ya vimos. Asimismo, los reseñados “antecedentes internacionales” **circunscriben también objetivamente** a los **niños** como exclusivas víctimas del traslado por la fuerza de uno de esos grupos a otro; mientras que el Anteproyecto **amplía también** ese supuesto concreto a **individuos** en general de cualesquiera de los grupos identitarios discriminados.

Por otra parte, aunque vinculado a lo anterior, cabe destacar un documento internacional que no fue siquiera mencionado por la Comisión Elaboradora, no obstante ser expresamente “derecho aplicable” por la Corte Penal Internacional, además del Estatuto de Roma:⁽³⁰⁾ **Elementos de los Crímenes**, en virtud del cual se establece que cuando el Estatuto de Roma refiere a “miembros” y “niños” como víctimas de los resultados lesivos de las respectivas acciones típicas del delito de genocidio, deberá entenderse como “una o más personas” y “uno o más niños”⁽³¹⁾ respectivamente; a diferencia de la amplitud prescripta al respecto por el Anteproyecto, que también ya cuestionamos y a lo que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

Sentado lo dicho, corresponde ahora sí adentrarnos a responder por qué, conforme expresamos en su oportunidad, las citadas ampliaciones objetivas que hizo la Comisión Elaboradora del tipo penal de genocidio, si bien partió de una premisa **genéricamente** correcta que consiste en que el derecho internacional fija un “mínimo” en cuanto a su punición y tipicidad, pero no un “máximo” en cuanto a su contenido y extensión típica; tal premisa no es, en el **caso concreto** de la República Argentina, operativa ni aplicable y, en consecuencia, tal ampliación realizada es manifiestamente inválida.

El “problema” legisferante, o mejor dicho, la “limitación” que encuentra el poder punitivo de nuestro Estado en esta materia, reiteramos, en la

(30) Ver art. 21.1.a, Estatuto de Roma.

(31) Ver “Elementos de los Crímenes”, en lo referido al art. 6° (a., b., c., d. y e.) del Estatuto de Roma, [en línea]] <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>, consultado el 10/04/2015.

configuración típica del delito de genocidio, es que nuestro ordenamiento jurídico interno constituye, ya desde el 11/01/1973, con la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁽³²⁾ y reafirmado luego con la Reforma Constitucional de 1994,⁽³³⁾ un orden jurídico **centralizado**⁽³⁴⁾ y **piramidal**;⁽³⁵⁾ en cuyo marco la Convención contra el Genocidio y el Estatuto de Roma no son meros “antecedentes” a tener en cuenta, sino —por el contrario— constituyen, en puridad, “fuentes formales y materiales formalizadas de primer y segundo grado”, respectivamente.

En efecto, el Estatuto de Roma, adoptado el 17/07/1998 y entrado en vigor en el orden internacional el 01/07/2002,⁽³⁶⁾ fue aprobado por nuestro país el 30/01/2000⁽³⁷⁾ y, desde entonces, si bien tiene “jerarquía infraconstitucional”, goza de “jerarquía supralegal”⁽³⁸⁾ (fuente de segundo grado). Su texto, “en cuanto a los crímenes que tipifica y los principios que reconoce”, como sabemos, es simplemente “codificador” de normas consuetudinarias internacionales de *ius cogens* (fuente material formalizada); mientras que “sus demás disposiciones” son estrictamente convencionales (fuente formal propiamente dicha).

Asimismo, la Convención contra el Genocidio, adoptada el 09/12/1948 y entrada en vigor a nivel internacional el 12/01/1951⁽³⁹⁾ fue recién vinculante convencionalmente para nuestro país el 09/01/1956⁽⁴⁰⁾ y, desde la Reforma

.....

(32) Ver ley 19.865 (sanc. y promul. el 03/10/1972; publ. en BO del 11/01/1973 - ADLA 1972-D, 6412).

(33) Ver art. 75, inc. 22 CN.

(34) Ver KELSEN, HANS, “Principios de derecho internacional público”, Bs. As., El Ateneo, 1965, p. 88.

(35) *Ibid.*, p. 259.

(36) Ver su art. 126.

(37) Ver ley 25.390 (sanc. el 30/11/2000; promul. el 08/01/2001 [por aplicación art. 80, CN]; publ. en BO el 23/01/2001).

(38) Ver art. 75 —inc. 22, párrafo primero— CN a partir de su Reforma de 1994.

(39) Ver su art. XIII.

(40) Ver decreto ley aprobatorio 6286/1956 del gobierno provisional de la República Argentina (emitido el 09/01/1956 y publ. en BO el 25/04/1956); ratificado por el gobierno

Constitucional de 1994, goza incluso de “jerarquía constitucional”⁽⁴¹⁾ (fuente de primer grado). Sus normas, igualmente, “en cuanto a los crímenes que tipifica y los principios que reconoce” (concretamente, su Preámbulo y arts. I a VII), son también “codificadoras” de normas consuetudinarias internacionales de *ius cogens* (fuente material formalizada); mientras que “sus demás disposiciones” (arts. VIII a XIX) son estrictamente convencionales (fuente formal propiamente dicha).

Tal es así, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que, como sabemos, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, definen las “condiciones de vigencia”⁽⁴²⁾ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica⁽⁴³⁾ que goza también, por cierto, de “jerarquía constitucional” en la República Argentina) ha señalado claramente que los “cuatro grupos” que tipifica como víctimas la Convención contra el Genocidio (reiteramos, en iguales términos que el Estatuto de Roma), constituyen normas consuetudinarias internacionales de *ius cogens* y que, como tales, su enumeración es, sin dudas, taxativa, no correspondiendo al respecto ninguna ampliación.⁽⁴⁴⁾

.....
de iure mediante ley 14.467 (sanc. el 05/09/1958, promul. el 23/09/1958 y publ. en BO del 29/09/1958).

(41) Ver art. 75 —inc. 22, párrafo segundo— CN a partir de su Reforma de 1994.

(42) Ver fallos de la CSJN: “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus”, 22/12/1998, Fallos: 321:3555; “Unilever NV c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente”, 24/10/2000, Fallos: 323:3160; “S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias”, 03/04/2001, Fallos: 324:204 y 975; “Pfizer Inc. c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente”, 21/05/2002, Fallos: 325:1056; “Merck Sharp & Dohme Limited c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente”, 02/12/2004, Fallos: 327:5332; y “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”, 14/06/2005, Fallos: 328:2056; entre otros.

(43) Aprobado por la República Argentina mediante ley 23.054 (sanc. el 01/03/1984; promul. el 19/03/1984; publ. en BO el 27/03/1984); y con jerarquía constitucional desde el año 1994, en función del art. 75, inc. 22, CN.

(44) Ver COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe 5/1997, caso 11.227, “Sobre Admisibilidad, Colombia”, 12/03/1997: “... 22. La Convención sobre Genocidio, que codifica el derecho internacional consuetudinario en lo que se refiere al genocidio, define a ese delito de la manera siguiente: (...)”

23. Los peticionarios no han alegado hechos que tiendan a caracterizar a la Unión Patriótica como un ‘grupo nacional, étnico, racial o religioso’; han argumentado, en cambio, que los miembros de la Unión Patriótica han sido objeto de persecución por el solo hecho de estar afiliados a un grupo político. A pesar de que en algunas circunstancias la afiliación política puede estar entrelazada con consideraciones de índole nacional, étnica o de identidad racial,

Por todo ello, debemos concluir que el delito de genocidio que tipifica el Anteproyecto como potencial “fuente formal de tercer grado”, cuya sanción estará a cargo del Poder Legislativo Nacional,⁽⁴⁵⁾ debe necesariamente asentarse sobre las referidas “normas limitadoras superiores”, según las “condiciones de su vigencia” y los *numerus clausus* que ellas consagran (fuentes formales de primer y segundo grado).

Y si bien es cierto que, de acuerdo a los arts. 10 y 80 del Estatuto de Roma, los Estados nacionales, en ejercicio de su soberanía, pueden ampliar la estructura típica del delito de genocidio que aquel define en su art. 6°, pero no estrecharla; como lo hicieron parcialmente algunos de los países enunciados por la Comisión Elaboradora en su exposición de motivos; reafirmamos, ello no es posible en el caso concreto de la República Argentina, precisamente, porque la Convención contra el Genocidio tiene jerarquía superior a aquella, concretamente, constitucional y su plexo normativo no prevé ninguna disposición de tal naturaleza. En consecuencia, las disposiciones del Estatuto de Roma que habilitan la ampliación del tipo penal en cuestión, además de ser jerárquicamente inferiores a la Convención contra el Genocidio, se tratan en rigor de normas estrictamente convencionales (no consuetudinarias internacionales de *ius cogens*). En consecuencia, por razones de coherencia sistémica, corresponde considerar los arts. 10 y 80 del Estatuto de Roma tácitamente derogados para el ordenamiento jurídico patrio, no obstante lo prescripto a nivel internacional en el art. 120 del Estatuto de Roma.

En función de lo expuesto, y “complementando” las consideraciones vertidas en el punto 2, entendemos que las ampliaciones en la tipicidad objetiva del delito de genocidio que propone el Anteproyecto son, además, **inconstitucionales por inconvencionalidad**; debiéndose, en consecuencia,

los peticionarios no han aducido que en el caso de los miembros de la Unión Patriótica exista una situación de esa naturaleza.

24. La definición de genocidio de la Convención no incluye la persecución de grupos políticos, si bien fueron mencionados en la resolución original de la Asamblea General de las Naciones Unidas que llevó a la redacción de la Convención sobre Genocidio. El texto final de la Convención excluyó de manera explícita los asesinatos en masa de grupos políticos. La definición de genocidio, incluso en su aplicación más reciente en foros como el Tribunal de Crímenes de Guerra de Yugoslavia, no se ha ampliado para incluir la persecución de grupos políticos”. [en línea] <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Colombia11227.htm>, consultado el 29/10/2014.

(45) Ver art. 75, inc. 12 CN.

ser necesariamente modificadas y ajustar su texto a lo previsto en el art. II de la **Convención contra el Genocidio**, el art. 6° del Estatuto de Roma, y lo reglamentado al respecto por los **Elementos de los Crímenes**.

En ese sentido, y “precisando” lo concluido en el punto 2, correspondería sustituir la enunciación “grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio” y reemplazarla, necesaria y exclusivamente, por “un **grupo nacional, étnico, racial o religioso** en cuanto a tal”. Asimismo, correspondería sustituir también —en los incisos “a” y “b” del art. 64 del Anteproyecto— el término “miembros” por la frase “uno o más miembros” y, finalmente, sustituir en el inciso “e” el término “individuos” por “uno o más niños”.

4 | Reflexiones finales

El pretendido análisis crítico que hemos desarrollado y las propuestas de leves ajustes que hemos formulado respecto a la estructura típica del delito de genocidio que recepta el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, nos conduce como corolario a las siguientes reflexiones:

1. Debemos reconocer que la codificación del derecho sustantivo implica ante todo el **intento** de ordenar en un solo cuerpo legal, racional y sistemáticamente, un conjunto de normas y principios jurídicos referidos a una determinada materia jurídica, con el claro objeto de evitar contradicciones y lagunas jurídicas. Pero, en definitiva, más allá de la meta alcanzada, la codificación es, en rigor, solo eso, un **intento**. De allí que merece nuestro especial reconocimiento el mérito de este Anteproyecto que, no obstante los cuestionamientos que pudieren formularse, constituye “en términos generales”, sin lugar a dudas, una sistematización racional, consistente y ordenada del derecho punitivo sustantivo, con un definido **intento** teleológico contentor y reductor del poder punitivo, afín con mandatos constitucionales.
2. Debemos, asimismo, reconocerle al Anteproyecto otro trascendental merecimiento, tal vez, más importante aún que el anterior: que, no obstante la posición crítica que aquí sostenemos respecto a la estructura típica del delito de genocidio que nos proponen, por cierto, por “unanimidad” los miembros de la Comisión Elaboradora en el art. 64 del Anteproyecto, este es también, sin duda alguna, un verdadero fruto del consenso social y político, asentado en la libertad, la igualdad, la participación, el pluralismo, la tolerancia, la legitimidad, el respeto y la solidaridad. En definitiva, este Anteproyecto nos reafirma lo inmensurablemente fundamental que es y representa la vida en democracia

y la madurez que hemos alcanzado como pueblo en estos últimos 30 años para construir de común acuerdo.

3. Aunque vinculado a lo anterior, otra deferencia que corresponde asignarle a este Anteproyecto es que nos reafirma una Realidad, concretamente en cuanto a la tipificación del delito de genocidio se refiere, de que los seres humanos somos materialmente desiguales. De lo contrario, no existirían los absurdos, como las censuras, las opresiones, los totalitarismos, los autoritarismos, las guerras o los genocidios, entre tantos otros lamentables. Sin embargo, son esas desigualdades, precisamente, las que nos identifican como humanidad, como pueblos, como individuos; las que nos hace necesitar de y relacionarnos con los otros, ya sea para nacer, vivir, estudiar, trabajar o lo que fuera, en más o en menos. Pero, en definitiva, son esas mismas desigualdades las que todos los días nos deben llamar a construir y luchar por la ansiada igualdad. Y, solo así, en ese camino que nos propone este Anteproyecto, será posible "... afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino..."⁽⁴⁶⁾
-

.....

(46) Preámbulo CN.

