

Los crímenes contra la humanidad en el anteproyecto del Código Penal.

Por Guillermo Garone

I. Introducción.

I.a. La actualidad de la cuestión.

En la estructura del texto vigente del Código Penal, una vez finalizado el Libro Primero, el lector encuentra como primer figura ilícita prevista en la ley¹ al homicidio (art. 79) y luego a los homicidios agravados (art. 80 que consta de varios incisos).

Y esta articulación resulta no sólo metodológicamente acertada², sino que también deja ver, por el orden en que fueron introducidos los delitos, la importancia que el codificador le ha dado a la enunciación respectiva, definiendo primero a aquellos de mayor gravedad de acuerdo al bien jurídico tutelado en cada caso.

Así, no es casual que la vida sea el primer objeto de protección de acuerdo a la enumeración legal, de lo que se sigue que, siendo ella el principio superior que debe regir todo el derecho³, no puede estar ubicada en otro lugar que no sea al principio de toda consideración.

I.b. El anteproyecto.

Sin embargo, lo que pareciera ser una verdad revelada, en el texto del anteproyecto se ve sustancialmente modificada por dos razones de no poca trascendencia: una de ellas de naturaleza histórica, y la restante de orden jurídico.

Nos referimos en primer término a las diversas dictaduras que han asolado durante una parte importante del siglo pasado no sólo a la Argentina sino a otros países de la región.

¹ Libro Segundo (De los delitos), Título Primero (Delitos contra las personas), Capítulo Primero (Delitos contra la vida)

² Pues se despliega una vez explicadas todas las generalidades contenidas en el Libro Primero.

³ CSJN, fallo “Bahamondez, Marcelo”, publicado en La Ley – 1993-D, AR/JUR/1624/1993

Mientras ellas se extendieron, los militares que se alzaron con el poder cometieron una serie de gravísimos ilícitos, muchos de los cuales no se encontraban siquiera tipificados en el código de fondo de esos momentos⁴.

La existencia, entonces, de estos antecedentes en la historia reciente de nuestro país, creemos que ha llevado a la comisión encargada del anteproyecto a considerar la necesidad de plasmar los delitos que pudieren cometerse contra la humanidad, con preferencia a cualquier otra tipificación.

En segundo término, las razones jurídicas que motivaron la inclusión de los delitos contra la humanidad en la primera parte del Libro Segundo, se vinculan directamente con los compromisos asumidos a nivel internacional por el Estado Argentino⁵.

La rúbrica y ratificación de diferentes tratados y convenciones, genera en el Estado firmante no sólo la exigencia de acatar las normas establecidas en ese instrumento internacional, sino que además lo obliga, al mismo tiempo, a incluir en su universo normativo una serie de cambios que contemplen la temática por la que se comprometido internacionalmente⁶.

II. Breve análisis del texto sugerido en el anteproyecto.

II.a. El genocidio.

En el art. 64 del anteproyecto, se tipifica el delito de genocidio (*“...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: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, adopción de medidas*

⁴ Ver, para una extensa referencia al tema, http://www.cpacf.org.ar/files/fallos_historicos/jl_juicio-juntas-militares.doc

⁵ Si bien nuestro país ha firmado y ratificado numerosos instrumentos internacionales en los últimos treinta años, nos referimos expresamente a dos de ellos, que tratan de manera específica la problemática que motiva este trabajo: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, entrada en vigor el 12 de enero de 1951 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, entrada en vigor el 26/06/1987 (ambas publicadas en www2.ohchr.org).

⁶ Sobre las consecuencias en la legislación de las obligaciones adquiridas a nivel internacional, véase “Algunas reflexiones sobre el nuevo catálogo de delitos creado a partir de la ley 26733”, por Guillermo Garone, publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de Abeledo Perrot, Enero 2014.

destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, traslado de por al fuerza de individuos del grupo a otro grupo...”).

La penalidad establecida para el ilícito en cuestión es de veinte a treinta años de prisión, y la energía punitiva puesta de manifiesto en esta figura se ve justificada precisamente en razón del bien jurídico protegido, pues ningún otro tipo penal –a excepción de los contenidos en este mismo título- resulta tan severo. El mínimo de veinte años de prisión duplica el establecido para el delito de traición (art. 214 del anteproyecto) y supera en una cuarta parte al fijado para los homicidios agravados (art. 77 del anteproyecto).

En tanto, la razón de ser del máximo de pena -treinta años-, se vincula también con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino: el Estatuto de Roma para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional⁷, fija en su artículo 77 las penas aplicables, y dispone que “...*La Corte podrá... imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5... la reclusión por un número indeterminado de años que no exceda de treinta años...*”.

Se ha entendido entonces y para nosotros con razón, que si en el ámbito internacional una conducta como el genocidio posee una penalidad establecida en treinta años de prisión, resultaría ilógico que, ya en el ámbito interno, un país firmante de ese mismo estatuto sancione de manera más gravosa la trasgresión referida.

II.b. La desaparición forzada de personas.

El tipo penal establecido en el art. 65 del anteproyecto prevé la imposición de diez a veinticinco años de prisión “...*al que con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuere seguido de la falta de suministro de información por quien tuviere o pudiese tener acceso a ella, o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona...*”, aumentando el máximo a treinta años de prisión cuando ocurriera la muerte de la persona o si ésta fuere una mujer embarazada, un menor, una persona mayor de

⁷ Aprobado el 17/07/1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

setenta años, una persona discapacitada o si la víctima fuera una persona nacida durante la desaparición forzada de la madre.

Este tipo penal forma parte del art. 142 ter del Código Penal vigente en la actualidad, y el texto del mismo fue incorporado a través de una modificación llamativamente reciente⁸.

La diferencia sustancial entre el texto que ahora rige y el que se propone en el anteproyecto, se vincula con la inclusión en el inciso 4º del art. 65, al siguiente supuesto de hecho: “...*El funcionario público que, teniendo posibilidad y competencia para evitar la comisión del hecho, no lo hiciera, será reprimido con la pena disminuida en un tercio del mínimo y del máximo...*”.

La incorporación de esta conducta obedece, según nuestro modo de ver, a acertadas razones de política criminal, vinculadas con la búsqueda de un efecto multiplicador en los funcionarios públicos que formen parte de la institución donde el delito pueda llegar a desarrollarse⁹.

Así como en el inciso anterior se *recompensa* con una reducción de la escala penal al autor o partícipe que liberara a la víctima o que proporcionara información que permita su aparición con vida –texto que en la actualidad se encuentra vigente en el tercer párrafo del art. 142 ter-; en este último supuesto se echa mano de un delito de omisión¹⁰ para crear una obligación adicional en el funcionario público que pudiere impedir la realización del hecho: ya no sólo posee la *obligación genérica* de denunciar *cualquier tipo de ilícito* merced al art. 277 inciso 1º d del Código Penal cuya omisión genera la comisión de un delito autónomo, sino que a ello se suma ahora, merced a la nueva redacción, la obligación de evitar ese hecho si se encontrara en condiciones de poder hacerlo.

La fórmula de este inciso es extraída del actual artículo 144 *quater* del Código Penal, que prevé un tipo penal específico –en el inciso primero- para el funcionario público que omitiese evitar el delito de torturas, siempre que tuviere competencia para hacerlo; encontrándose en el inciso segundo de este último artículo, prevista la

⁸ Ley N° 26.679 B.O. 09/05/2011.

⁹ Creemos que la norma hace referencia a personal militar y de fuerzas de seguridad en general, aunque no necesariamente deba reducirse a ese colectivo.

¹⁰ La acción típica es, entonces, “evitar la comisión del hecho teniendo posibilidad y competencia para ello, y no hacerlo”

figura específica de omisión de denuncia del delito de torturas, que resulta más levemente penado que el tipo penal anterior, pero posee una sanción más severa que el ya mentado artículo 277 inciso 1º d del actual CP.

II.c. Los demás crímenes contra la humanidad.

El art. 66 del anteproyecto pena con prisión de veinte a treinta años al que “...*perpetrare un ataque generalizado o sistemático contra una población civil...*” cometido a través de homicidio, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso, encarcelamiento, tortura, violación esclavitud sexual, prostitución, embarazo o esterilización forzados, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, o supresión de la identidad o el estado civil.

A los fines de desentrañar el concepto de cada una de las expresiones vertidas en el artículo que ahora analizamos, debemos recurrir al ya mencionado Estatuto de Roma, que prevé en su art. 7, inciso 2º: “a) *Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política; b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;...*”

“...c) *Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven*

únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;...”

Y finalmente, “...f) *Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;...”*

Es claro a esta altura que la comisión redactora del anteproyecto utilizó las mismas expresiones que el Estatuto de Roma para la enunciación y definición de las conductas típicas definidas como “Crímenes contra la Humanidad”¹¹, motivo por el cual –en lo atinente a este aspecto- nos remitimos a las consideraciones brindadas más arriba.

III. Algunas cuestiones de especial interés.

III.a. La jurisdicción subsidiaria.

La incorporación de las figuras ya mencionadas con autonomía de que el Estado Argentino pueda ser capaz de juzgar *per se* los delitos cometidos contra la humanidad¹², resulta de fundamental importancia de cara al respeto de los principios básicos que rigen el proceso penal: en primer término, con relación al de legalidad, pues al tipificarse el hecho en el catálogo de delitos de nuestro país se puede ejercer de manera incuestionable el reproche penal en contra del autor, de modo que éste no pueda alegar entonces el desconocimiento de la norma –que comprende la conducta prohibida y la sanción consecuente- por su falta de tipificación.

¹¹ Se han exceptuado de la respectiva enumeración el crimen de “apartheid” previsto expresamente en el Estatuto de Roma por no guardar el mismo vinculación con la realidad de nuestro país, y la definición de “desaparición forzada de personas” en tanto ella se relaciona con lo dispuesto en artículo 65 del anteproyecto, anteriormente analizado.

¹² El art. 1 del Estatuto de Roma establece que la Corte Penal Internacional ejercerá la jurisdicción *de manera complementaria* con la de cada uno de los Estados Partes.

Recordemos en este sentido que el derecho penal se aplica como *ultima ratio* cuando una persona realizó una conducta contraria al orden jurídico y no se motivó en la norma de carácter prohibitivo.

En el ámbito internacional, sin embargo, ya se había aceptado la condena a una persona por la comisión de un delito de lesa humanidad, atendiendo fundamentalmente a lo que emerge de la *costumbre* internacional¹³. Ello, no obstante, generó no pocas controversias precisamente en atención a las garantías que rigen el proceso penal y que podrían verse debilitadas si se formalizara una acusación por un ilícito no contemplado en el Código Penal.

El principio de legalidad, según esta visión, puede también sufrir una afrenta de proporciones considerables, pues la *costumbre* –como sabemos- es en general rechazada como fuente del derecho penal, en base a la poca certeza que ella genera frente, por ejemplo, a la ley escrita.

De modo que, la tipificación autónoma de estos delitos en la ley argentina resulta de una importancia superlativa no sólo de cara al saneamiento jurídico antedicho, sino también –y quizá esto resulta aún más importante- a través del mensaje a la comunidad internacional acerca de que nuestro país comprende y se apropia de la importancia de legislar a nivel interno los compromisos asumidos a nivel internacional con anterioridad.

III.b. La jurisdicción universal.

Hasta tanto entró en vigor el Estatuto de Roma¹⁴, existieron sin embargo ciertos delitos que fueron juzgados por diferentes órganos y que, básicamente, constituían crímenes contra la humanidad.

En la República Argentina, el primero de su especie fue el denominado “Juicio a las Juntas”¹⁵, que se encargó de enjuiciar y

¹³ Sobre esta cuestión, como así también sobre el denominado “ius cogens”, ténganse en cuenta los valiosos argumentos desplegados por la Corte Suprema Justicia de la Nación en los autos “Simón, Julio Héctor y otros” (rta. 14/06/2005 - Fallos: 328:2056).

¹⁴ Este instrumento fue aprobado, como dijimos, en el año 1998, pero recién entró en vigor en 2002.

¹⁵ Causa Nro. 13 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, rta. el 9/12/1985.

condenar a los miembros que conformaron el Estado Mayor Conjunto durante la última dictadura militar (1976/83).

La novedad jurídica fundamental que acarrió el dictado de dicho fallo, fue la utilización del concepto de *autoría mediata a través de aparatos organizados de poder* (Claus Roxin) y la imputación normativa, mediante composición de otras figuras ilícitas que ya existían en el Código Penal Argentino de entonces –como el secuestro y el homicidio, entre otros-.

Sin embargo, en otras realidades jurídicas como la española, también se dictaron fallos que tuvieron que ver con los delitos de lesa humanidad cometidos durante las dictaduras tanto argentina como chilena¹⁶.

La fundamentación jurídica de dichas intervenciones, se basó en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (sancionada en 1985) que lamentablemente luego se vio cercenada sensiblemente con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 237/05¹⁷.

III.c. La imprescriptibilidad.

En el citado Estatuto de Roma (art. 29) se dispone que “...*Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán...*”.

El anteproyecto, respetando esta especificación¹⁸, se ha referido a la problemática en el artículo 49 inciso segundo, disponiendo “...*No prescribirán las acciones en los casos en que la prescripción no fuere admisible conforme a la Constitución Nacional o al Derecho Internacional...*”, poniendo de este modo en claro que, pese a la posibilidad de que en algún momento el Estatuto de Roma pueda ser denunciado por la Argentina y por ende pierda aplicabilidad, la legislación nacional continuará contemplando la necesidad de perseguir y juzgar, sin límite de tiempo, delitos de esta naturaleza.

¹⁶ El Fiscal español Carlos Castresana promovió la persecución de denuncias contra los gobiernos dictatoriales de Jorge Videla y Augusto Pinochet, encontrando una histórica receptación de parte del Juez Baltasar Garzón, instruyéndose las causas respectivas.

¹⁷ Pigrau Solé, Antoni “La jurisdicción Universal y su Aplicación en España”, publicada en la Col·lecció Recerca Per Drets Humans, Generalitat de Catalunya, p. 12.

¹⁸ En expreso cumplimiento del principio enunciado en el art. 1º del propio anteproyecto, que reza “*Las disposiciones del presente Código se interpretarán de conformidad con los principios constitucionales y de derecho internacional consagrados en tratados de igual jerarquía.*”

La razón de ser de esta falta de límite temporal, no es otra que la de atenuar la dificultad de juzgamiento para casos en que los autores puedan continuar en el ejercicio del poder durante períodos de tiempo prolongados.

III.d. El crimen de agresión.

El mismo se encuentra regulado en el art. 72 inciso primero del anteproyecto, y remite a la definición dada por el art. 8 bis del Estatuto de Roma.

La importancia de esta figura delictiva, está dada en razón de que durante años los distintos estados no pudieron ponerse de acuerdo sobre sus alcances. De hecho, la discusión sobre esta temática puso en peligro la aprobación del referido Estatuto, aunque finalmente, primó la voluntad que lo hizo entrar en vigor, aunque sin la definición expresa de lo que constituía el crimen de agresión.

Tras muchas idas y venidas sobre el tema, pudo ser dictada con fecha 11 de junio de 2010 la Resolución RC/Res.6 que definió al crimen de agresión de conformidad con los artículos 121 y 123 del Estatuto, de modo que enmendó el texto originario a través de las Asamblea de Estados Miembros de la Corte Penal Internacional.

A título simplemente enunciativo, diremos que algunas de las formas en las que puede presentarse el crimen de agresión es a través de bombardeos, ocupaciones militares o bloqueo de puertos o costas.

III.e. Las implicancias de la actuación del Estado.

Tanto el delito de genocidio como el resto de los regulados en esta parte del anteproyecto, necesariamente requieren para su concreción y desarrollo, que uno o varios de sus partícipes desempeñen funciones en el Estado.

Por lo tanto, resulta fundamental que ese Estado –en este caso, la República Argentina- pueda regular en su propia legislación una serie de conductas que tiendan a sancionar severamente a quienes hayan transgredido las más básicas normas de respeto a la vida humana y que además, lo hayan desarrollado con el apoyo o aquiescencia de miembros del Estado.

IV. Conclusiones.

A nuestro modo de ver, la incorporación de los Capítulos I, II y III del Título I del Libro Segundo del Anteproyecto del Código Penal, ha significado un novedoso avance de cara a la integración del derecho interno con el derecho internacional, y que de algún modo se encontraba pendiente desde la reforma constitucional de 1994.

Asimismo, resulta trascendente el mensaje dado a través de la inclusión de los artículos mencionados, en el sentido de que los autores de un hecho cometido a través del aparato estatal, deberán responder ya no frente una Corte Internacional, sino precisamente ante la justicia conformada por sus propios conciudadanos.