

## DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

*Romina Frontalini Rekers y Santiago Truccone Borgogno*

**Lecturas complementarias:** AMBOS, KAI, *Nuevo Derecho Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México 2002. BEITZ, CHARLES *La Idea de los Derechos Humanos*, trad. Hugo O. Seleme-Cristián Fatauros, Marcial Pons, Barcelona, 2012. FLETCHER, GEORGE P. *Gramática del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde, Hammurabi, 2008. FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías: la Ley del Más Débil*, 1999 7°, Trotta, Madrid 2010. GIL GIL, ALICIA, *Derecho Penal Internacional: especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid 1999. JAKOBS, GÜNTHER - CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Derecho Penal del Enemigo*, Hammurabi Bs. As. 2005. PASTOR, DANIEL, *Los Fundamentos apócrifos de una Imprescriptibilidad Selectiva (o la prescriptibilidad penal como garantía de seguridad jurídica) p. 10*, publicado con leves variaciones en AA.VV. Derecho Penal y Democracia. Desafíos Actuales. Libro Homenaje al Prof. Dr. Jorge De la Rúa, Córdoba, 2011, pp. 671-692. PETTIT, PHILIP, *Republicanismo. Una Teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós, Barcelona, 1999. SÁNCHEZ FREYTES, ALEJANDRO (director), *Temas de Derecho Penal: Parte Especial*, Mediterránea, Córdoba 2008. SELEME, HUGO – FATAUROS CRISTIÁN “La Concepción de derechos humanos de Charles Beitz: estudio preliminar”, en Beitz, Charles, *La Idea de los Derechos Humanos*. Marcial Pons, Barcelona, 2012. WERLE, GERHARD, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. ZAFFARONI, EUGENIO R. *Crímenes de Masa*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo Bs. As. 2010. ZAFFARONI, EUGENIO R, *El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente*, 2009 <http://new.pensamientopenal.com.ar/01062010/doctrina03.pdf>. ZAFFARONI, EUGENIO R. *Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones*. Perteneciente a un trabajo inédito 2012. ZAFFARONI, EUGENIO R. - ALAGIA, A.J. – SLOKAR, A. *Derecho Penal: Parte General* 2° ed., Ediar, Bs. As. 2002.

**Legislación de Base:** Constitución de la Nación Argentina; Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional; Convención para la prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Estatuto de Roma; Código Penal Argentino; Ley 26.200 Corte Penal Internacional; Ley.23.592 Actos Discriminatorios; Ley 24.584 Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad.

### 1. INTRODUCCIÓN

No es común el tratamiento de los temas de derecho penal internacional en los manuales tradicionales de derecho penal, como tampoco en los referidos al derecho internacional público. Habitualmente se considera que el individuo no es sujeto de

derecho internacional público, y por lo tanto sus actos quedan sometidos al derecho penal de cada Estado. “*Sin embargo, sin duda existen bienes jurídicos e intereses que trascienden los límites (penales) nacionales*” (Ambos, 200:26). Así, no se puede desconocer que la protección de los Derechos Humanos es un punto de conexión. La incorporación al ordenamiento jurídico interno, por ley 26.200, del Estatuto de Roma (aprobado previamente por ley 25.390) por el cual se regulan las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y la Corte Penal Internacional, produjo consecuencias que afectan a todo el ordenamiento jurídico penal nacional.

El Estatuto de Roma fue aprobado en 1998 por la conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional a más de cincuenta años de los juicios de Nuremberg. De tal manera quedo constituida la Corte Penal Internacional con sede en la Haya (en adelante CPI). La creación de un tribunal internacional aparece como una importante solución práctica para la aplicación no caótica del principio universal, según el cual cualquier Estado puede juzgar a los autores de crímenes contra la humanidad si no se lo hizo conforme al principio de territorialidad. Así las políticas públicas y derechos penales respectivos estarán ahora comprometidos en un sistema de ámbito universal en el que un tribunal central puede determinar si los tribunales nacionales “pueden” y “quieren” hacer justicia (art.17 1.a) (Fletcher, 2008:161).

La competencia por la comisión de los delitos previstos en el Estatuto corresponde a los tribunales federales con competencia en lo penal (art.5 ley 26.200). La ley 26.200 también prevé la aplicación supletoria de los principios y reglas del derecho penal internacional, los principios generales del derecho argentino y las normas contenidas en el Código Penal, en el Código Procesal Penal de la Nación y en sus leyes complementarias (art.6). Asimismo el Estatuto, como regla residual de decisión, reconoce como fuente del Derecho –cuando otros estatutos y el “Derecho internacional de conflictos armados” no resuelven el problema– “los principios generales del Derecho que deriva la Corte del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo” (art. 21. 1. C.)(Fletcher, 2008:165).

## **1.1. Delitos contra la humanidad**

La criminalidad que se aborda a través del Derecho Penal Internacional en general, y por el Estatuto de Roma en particular, es la que se refiere a los crímenes contra la humanidad, identificables con la *macrocriminalidad*, entendida como “*comportamientos conformes con el sistema y acordes con la situación, dentro de la estructura de una organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectivo*” (Jäger, en Ambos, 2002:28). Ésta es una criminalidad diferenciada de las formas normales de afectación a los distintos bienes jurídicos, como así también de formas especiales, tales como el terrorismo, la criminalidad económica y la criminalidad organizada. Esto, toda vez que –como se verá luego– posee características que le son propias.

Una primera precisión excluye la denominación de crímenes, lo que impide toda interpretación que pretenda que se trata de un orden particular de delitos, separados del resto de los tipificados en la legislación penal anterior. El término “crímenes contra la humanidad” en el Derecho Penal Internacional positivo se utilizó por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, a pesar de que la noción de la protección de civiles en tiempos de guerra ya estaba vigente en la regulación de los conflictos armados. Sin embargo, hasta ese momento los crímenes contra la humanidad no tenían la autonomía que adquirirían luego.

Los delitos contra la humanidad previstos en el Estatuto de Roma comprenden el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la agresión y los crímenes de guerra. Fenoménicamente, es característica común a los cuatro, que son cometidos desde el Estado. No obstante, si bien los dos primeros pueden serlo tanto internamente contra sus ciudadanos y hacia fuera contra los de otro Estado; los dos últimos sólo pueden ser cometidos por un Estado en perjuicio de otro. A los fines de esta materia, sólo nos concentrarnos en el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, cuando son cometidos hacia el interior del Estado. Toda vez que cuando son hechos en perjuicio de los ciudadanos o de algún grupo poblacional de otro Estado, entran en juego otros elementos (soberanía) que son materia propia del Derecho Internacional Público.

## **2. CARACTERÍSTICAS:**

### **2.1. Violación de Derechos Humanos.**

Una de las características de los delitos de genocidio y de los de lesa humanidad es que lesionan Derechos Humanos. Sin embargo, qué son los Derechos Humanos es una cuestión controvertida. En este punto compartimos el concepto que presenta Charles Beitz (2002). Para este autor los Derechos Humanos tienen origen histórico en el surgimiento del sistema de Estados. Para definir los Derechos Humanos, describe las características que los connotan, a saber (Seleme-Fatauros, 2012:13):

“ 1) El objetivo de los derechos humanos es proteger ciertos intereses individuales especialmente importantes en contra de las amenazas que de modo predecibles son engendradas por el sistema de Estados.

2) Los principales destinatarios de las exigencias contenidas en los Derechos Humanos son los Estados.

3) El fracaso de los Estados a la hora de satisfacer las exigencias contenidas en los Derechos Humanos, es una razón para que la comunidad internacional actúe procurando su protección”

Se observa, entonces, cómo los Derechos Humanos se erigen como un mecanismo de protección a intereses considerados valiosos ante amenazas provenientes de una institución pensada para defenderlos, a saber: el Estado. En este sistema, el Estado es quien se debe encargar de evitar violaciones a los Derechos Humanos. Así, este hecho hace que cuando se producen afectaciones por fallas en el sistema de estados, su responsabilidad se encuentre calificada. En otros términos, *“aunque se ve con optimismo la posibilidad de que el estado sea capaz de reducir los efectos dominadores del dominium privado, no deja de estar alerta al peligro de conferir al estado el tipo de licencias que traen consigo una forma dominadora de imperium público”* (Pettit, 1999:198).

## **2.2. Política de Estado (Comisión por parte del Estado)**

Esta característica es complementaria de la anterior. Tanto el genocidio como los crímenes de lesa humanidad –que lesionan Derechos Humanos– pueden ser cometidos activamente por el Estado, como así también ser tolerados, entendidos o incentivados por él. “El único que puede vulnerar las exigencias contenidas en los derechos humanos es el Estado, al no brindar la protección requerida. Las amenazas que provienen de agentes no-estatales no constituirían violaciones a los derechos humanos. Quien violaría

los derechos humanos en este caso, sería el Estado, al no configurar el diseño institucional de modo que se puedan evitar esas amenazas” (Seleme-Fatauros, 2012:16).

Sin embargo, el Estatuto de Roma en su art. 25 consagra la responsabilidad individual, dicha responsabilidad no puede afectar a la del Estado conforme al Derecho internacional (art.25.4). En consecuencia, cabe imputar responsabilidad penal al individuo que realice alguna de las conductas que constituyen genocidio o delito de lesa humanidad, sí y solo sí esa conducta es promovida o tolerada por el Estado. Esto es así, desde que el Estado genera expectativas de protección de los intereses valiosos de las personas.

### 3. BIEN JURÍDICO

El hecho de que el delito de genocidio y el de lesa humanidad hayan sido receptados de manera conjunta en el Estatuto de Roma; y que los sujetos que los cometen queden sometidos a las reglas especiales que él establece, sugiere que entre ambos existe un elemento común.

Una primera interpretación entiende que el bien jurídico protegido es la *vida humana masivamente considerada*, entendida como la vida de millones de personas. Sin embargo, ésta tropieza con una dificultad, le otorga un valor relativamente menor a la vida humana individualmente considerada.

Una segunda interpretación entiende que la *vida humana masivamente considerada*, no puede ser definida como una prescripción a favor de considerar más valiosa la vida de un conjunto que la vida de una persona. Para esta posición estos delitos son pluriofensivos en el sentido de que además de la afectación de la vida, integridad física o libertad de autodeterminación lesionan *el igual valor de las vidas* de todos los seres humanos con independencia de su pertenencia a algún grupo. La tutela del igual valor de las vidas adquiere importancia desde que “<Igualdad> es término normativo: quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo esta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla.<Diferencia(s)> es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada,

*precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”* (Ferrajoli, 1999:79).

Esta tesis es insuficiente desde que no captura la diferencia entre el valor que lesionan las conductas típicas previstas en el Estatuto (delitos de genocidio y lesa humanidad) y las del código penal (v.gr. homicidio). Ello, desde que las conductas previstas en el código penal también lesionan *el igual valor de las vidas*.

Sin embargo, esta segunda interpretación es positiva porque resulta un buen punto de partida para definir cuál es exactamente el valor protegido por el Estatuto. El bien jurídico se refiere a *determinados intereses consistentes en la vida, la integridad física y libertad de autodeterminación frente a una amenaza específica proveniente del Estado*. Así, por ser el Estado la institución en que se apoyan las mayores expectativas de resguardo de los bienes jurídicos, la mayor gravedad radica en que esa institución, organizada en beneficio del género humano, se vuelve en su contra. Esta conceptualización del bien jurídico protegido es acorde a las características enunciadas en el punto anterior que definen fenomenológicamente a estos delitos.

#### **4. PRINCIPIOS GENERALES: imprescriptibilidad, retroactividad y participación.**

En este punto cabe tener en cuenta que las garantías penales clásicas fueron defendidas como una herramienta de protección del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. En consecuencia estas garantías no pueden ser utilizadas para amparar la impunidad de los excesos del poder punitivo estatal.

Es por ello, que incluso antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, existían reglas y principios en el Derecho Penal Internacional aplicables por los tribunales federales de nuestro país. Estos principios fundamentaron la necesidad del juzgamiento de los delitos contra la humanidad cometidos en nuestro país en la última dictadura militar y la derogación de las leyes de obediencia debida y punto final. Estos principios son: 1) que la humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal, es decir que su criminalidad no queda librada a la tipificación por parte de cada Estado; 2) que

tampoco el juzgamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables de esos crímenes queda sólo en cabeza del Estado donde se cometieron (jurisdicción universal); 3) que estos delitos son inamnistiables, imprescriptibles y eliminan a la obediencia debida como causal de exclusión de la responsabilidad penal.

I. La ley consagra la *imprescriptibilidad* de la acción y de la pena de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y de aquellos que en el futuro sean competencia de la Corte Penal Internacional (art.11 ley 26.200). La república Argentina ya había aprobado por ley 24.584 en 1995 la resolución 2311 (del año 1968) de la Asamblea General de Naciones Unidas que instó el tratado sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad cualquiera sea la fecha en que hayan sido cometidos (art.1 ley 24.584). Dicha convención establece en su preámbulo: “*considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves [...].Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y el castigo de las personas responsables de esos crímenes*”(Pastor, en AA.VV., 2012:679). Por ley 25.778 de 2003 dicho tratado adquirió jerarquía constitucional.

Acorde a esta legislación la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en los casos “Priebke”, “Arancibia Clavel” y “Simón”. Declara la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, independientemente de la fecha de su comisión de conformidad con la Convención de Naciones Unidas. En estas oportunidades la CSJN, para justificar la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los crímenes de Estado, cometidos durante el periodo comprendido entre 1976-1983, argumentó –con amparo en el Art. 118 de la Constitución Nacional– la existencia de dicha regla en el derecho internacional consuetudinario.

Cuando la referencia es al Estatuto de Roma, el art. 2. II de la ley 26.200 establece que “las conductas descritas en los artículos 6, 7, 8, y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la república Argentina”, en tanto que el artículo 11 prescribe que los hechos mencionados en el art. 2.II son imprescriptibles.

Así, los únicos delitos imprescriptibles en el derecho penal vigente son los crímenes contra la humanidad, enumerados el art. 2. II de la Ley 26.200. Sin embargo, en el reciente pronunciamiento: CSJN: Derecho, René Jesús s/ Incidente de prescripción de la acción penal –causa n° 24.079–, la Corte, por mayoría –siguiendo los lineamientos de la sentencia de la Corte Interamericana de DD.HH. en la causa “Bueno Alves vs. Argentina”, notificada a la CSJN el 21/09/2007– debió revocar su decisión anterior, para considerar a las torturas efectuadas por el comisario René Derecho al Sr. Bueno Alves, como imprescriptibles aun cuando no resulte un delito de Lesa Humanidad. El voto en disidencia de la Dra. Argibay argumentó que *“de revocarse la decisión firme adoptada por los tribunales argentinos [prescriptibilidad de la acción penal], el delito común atribuido a estos actuados se tornaría imprescriptible, pues la investigación debería proseguir hasta tanto los responsables fuesen juzgados. De este modo, se estaría creando judicialmente una tercera categoría de delitos, esto es, delitos comunes imprescriptibles.”* Así mismo, sostuvo que *“la imprescriptibilidad es una regla privativa de los crímenes de lesa humanidad y su traslado antojadizo al ámbito de los delitos comunes –(...)– iría en desmedro del arduo camino que recorrió la comunidad jurídica internacional para que los primeros tengan reconocimiento normativo y, a su vez, tornaría borrosos los claros límites entre unos y otros (consid. 9°)*

II. En cuanto a la *retroactividad de la imprescriptibilidad* cabe decir que:

*El art 18 CN es muy claro al prohibir la retroactividad de toda ley que amplíe el poder punitivo, cualquiera que sea su naturaleza; y la tesis del doble derecho es inaceptable, a menos desde la vigencia del art.75 inc 22 CN.[...] La única posibilidad de admitir la retroactividad en materia de prescripción puede hallarse en el reconocimiento liso y llano de la ilegitimidad del poder punitivo y del siempre relativo poder del derecho penal para contenerlo”* (Zaffaroni, 2002:1999). En este sentido Zaffaroni, niega la validez de las teorías positivas de la pena y defiende la función negativa de contención del derecho penal frente al poder punitivo internacional descontrolado, que tiende a desembocar en un Estado de policía planetario. Así, el derecho penal limitador evitaría la despersonalización del genocida o autor de los crímenes de lesa humanidad. El criminal masivo impune queda sometido en la práctica a una *friedlosigkeit* o pérdida de la paz, es excluido de la comunidad jurídica y cualquier daño que se le cause es prácticamente impune, porque el derecho penal se muestra

incapaz de condenar a quien lo ejecute (Zaffaroni, 2010:35). Sin embargo, otros autores, no comparten esta posición (Jakobs, en Jakobs-Cancio Melia, 2005:58 y 60):

*“El Tribunal para la antigua Yugoslavia en la Haya, el Estatuto de Roma y el Código Penal Internacional son consecuencia de esta suposición. Si se examina con mayor detenimiento la jurisdicción internacional y nacional que con ello se establece, se percibe que la pena pasa de ser un medio para el mantenimiento de la vigencia de la norma a serlo de la creación de la vigencia de la norma.”(...) “Por lo tanto se declara al autor [de los delitos contra la humanidad] persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos” (...) “Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial <comunitario-legal>, habrá que castigar a los que vulneran derechos humanos, pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo”*

III. En referencia a la *participación*, fenoménicamente se puede precisar que es verdad que muchos de estos crímenes se imputan a las fuerzas militares, pero también es cierto que, fuera de los casos en que son auténticos crímenes de guerra, estas fuerzas lo han cometido operando funciones materialmente policiales y no bélicas (Zaffaroni, 2010:33).

Como se adelantó, el Estatuto consagra la responsabilidad individual, es decir, referida a la persona natural; y en el apartado cuarto del art. 25 establece que la misma no afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. Todas las “personas naturales” en todo el mundo están sujetas a responsabilidad por la violación de proviciones sustanciales del Estatuto, siempre que se cumplan los requisitos jurisdiccionales y de complementariedad. Si el Estado o territorio en el que se haya cometido el delito ha aceptado la jurisdicción en relación con el delito en cuestión, la Corte debe proceder, independientemente de la nacionalidad del acusado y de si del Estado del que es nacional ha ratificado o aprobado la persecución (Fletcher, 2008:161). La única excepción es la derivada de la cláusula de complementariedad, según la cual si un Estado ha comenzado ya una investigación, la CPI delegará su jurisdicción en dicho Estado, a no ser que, y aquí está lo importante, el Estado “no quiera” o “no pueda”

genuinamente llevar a cabo la investigación o la persecución (art.17 1.a) (Fletcher, 2008:161). Por otro lado, la mencionada cláusula, establece, que los casos de gran resonancia internacional puedan dar lugar a la intervención de la CPI en la medida en que es misión de ésta comprobar si los tribunales nacionales realmente quieren “someter a la persona a la acción de la justicia” (art. 20. 3. b.)(Fletcher, 2008:166).

El Estatuto establece las siguientes formas de participación y/o extensión de la imputación:

1. Contribuir a la comisión o intento de comisión de un delito por un grupo, incitación al genocidio, tentativa (art.25 3er párr. D, e y f).
2. Quien en relación a uno de los delitos previstos en el Estatuto si realiza, toma parte o intenta un delito de conformidad al art.25 3er párr. de los incisos *a a f*. El inc.a distingue tres formas de autoría: directa o inmediata –por sí solo–, coautoría –con otro– y autoría mediata –por conducta de otro–.
3. El art.28 establece una regla específica sobre el mando y responsabilidad del superior.

En cuanto al tipo, se requiere la presencia de elementos subjetivos para la imputación de alguno de los delitos expresados en el art. 30 que exige de parte de quien actúa la intención y el conocimiento de los elementos materiales del crimen.

## **5. ANÁLISIS DE LAS FIGURAS**

### **5.1. Genocidio**

El genocidio consiste en *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 a 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 de un grupo a otro grupo (art.6 Estatuto de Roma).*

En primer lugar, se puede señalar que el genocidio, tal como está previsto en el Estatuto, sólo se refiere a la destrucción de determinados grupos (nacionales, étnicos, raciales o religiosos), excluyendo los supuestos de genocidio contra grupos políticos, minorías sexuales, etc.

En segundo lugar, cabe diferenciar el delito de genocidio del homicidio por odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión; previsto en el art.80 inc. 4 CP. El primero prevé un número amplio de conductas, entre ellas las lesiones, el sometimiento y el traslado, mientras que en el segundo se refiere sólo al homicidio. Pero la diferencia relevante transcurre en el tipo subjetivo, mientras que en el genocidio, se requiere el propósito de destrucción de los grupos, en el homicidio por odio (art. 80 inc. 4 ° C.P.) sólo se exige que el odio sea el móvil para la realización del tipo, sin que sea necesaria la existencia de un propósito ulterior.

Por otro lado la ley 23.592 de actos discriminatorios prevé una agravante genérica para todo delito previsto en 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 étnico, racial o religioso. Tal agravante se aplica a todos los actos no incluidos en el delito de genocidio regulado en la ley 26.200 y, por tanto, queda excluido en los casos allí previstos –matanza, lesiones, sometimiento y traslado– por aplicación del principio de especialidad en el concurso aparente de leyes.

El *Genocidio* es un tipo de resultado y en cuanto a las conductas típicas se está en presencia de un *tipo mixto alternativo*. Éstas. consisten en la *matanza*, es decir, acción de matar que se diferencia de la *masacre* término francés utilizado para significar a la matanza de varias personas, por lo general indefensas, producida por ataque armado o causa parecida. La *lesión grave* puede entenderse como daño, perjuicio o detrimento a

la integridad física o mental de un miembro del grupo. El *sometimiento* consiste en la subordinación de un miembro del grupo a condiciones de existencia impuestas con la finalidad de causar la destrucción física, total o parcial, del grupo. Las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo consisten en acciones destinadas a impedir la reproducción de los integrantes del grupo como por ejemplo la esterilización de hombres y mujeres. Finalmente, el *traslado* consiste en llevar a niños de un grupo a otro grupo.

En cuanto a la clasificación filológica de los tipos se presentan los siguientes elementos normativos:

a) Nacionalidad: elemento normativo jurídico requerido del presupuesto lógico de una norma (CN), que consiste en el estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación.

b) Raza: elemento normativo valorativo de carácter científico que hace referencia a cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia.

c) Etnia: elemento normativo valorativo cultural y científico que hace referencia a una comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.

d) Religión: elemento normativo valorativo de carácter cultural que se define como la profesión y observancia de la doctrina religiosa. Una interpretación teleológica del Estatuto nos permite equiparar a los grupos religiosos a aquellos que se caracterizan por no profesar ninguna religión. Esto es posible cuando la ausencia de profesión de una religión se convierte en un motivo religiosa para la eliminación del grupo.

El análisis del tipo subjetivo indica que se está en presencia de un tipo de tendencia interna trascendente, mutilado de dos actos o de resultado cortado, esto quiere decir que el delito se consuma con la realización de alguna de las conductas típicas (inc. *a* a *d*) sin que se requiera la verificación externa de la destrucción total o parcial del grupo. Es complejo en tanto la conducta posterior, destrucción del grupo, puede ser llevada a cabo por el mismo sujeto activo u otra persona.

A la hora de determinar quién reviste la calidad de sujeto activo existen dos posturas. Están quienes exigen la intervención o al menos la tolerancia del poder político; y quienes defienden que el delito no exige un sujeto activo especial, pudiendo ser cometido por individuos privados (Gil Gil, 1999: 119). El art. IV de la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948) establece que las personas que cometan el delito de genocidio serán responsables ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares. El concepto de Derechos Humanos del que partimos nos compromete con la exigencia de la intervención, fomento o tolerancia por parte del poder estatal, siendo indistinto para la tipificación que quien ejecute el delito sea un funcionario público o un particular.

## **5.2. Delitos de lesa humanidad**

Se entienden a los delitos de lesa humanidad como una especie dentro de la categoría más amplia de los que se han llamado delitos contra la humanidad. El art. 7 del Estatuto de Roma, si bien no define a los crímenes de lesa humanidad, señala como tales a una serie de conductas que tienen el denominador común de ser cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, de las que el autor debe tener conocimiento del ataque. Así prevé las siguientes conductas:

- a) *Asesinato;*
- b) *Exterminio;*
- c) *Esclavitud;*
- d) *Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) *Tortura;*
- g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;*

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

i) *Desaparición forzada de personas;*

j) *El crimen de apartheid;*

k) *Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”*

Como se observa, cada una de estas conductas contiene ciertas particularidades que deben ser analizadas en cada una de ellas, no obstante aquí solo harán algunas consideraciones generales que hacen a la relación de cada una con la específica situación típica presupuesto de su comisión.

En primer lugar, se debe decir que el artículo 7 del Estatuto de Roma establece un *presupuesto* que hace a la *situación típica* que debe presentarse junto a las conductas previstas. Así establece que, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. De modo que es evidente la alusión a las circunstancias fácticas previas que deben haberse producido para que las conductas puedan enmarcarse como típicas.

El Estatuto de Roma intentó evitar la actuación de la Corte en casos aislados y fortuitos, razón por la cual, añadió la exigencia de que el ataque configurativo de la situación típica, debe ser “generalizado o sistemático,” quedando con una redacción de modo alternativo en el sentido de que no exige las dos características en el ataque.

El término “generalizado” se refiere a la escala en la que se comete el delito, es un elemento cuantitativo del hecho global. Se caracteriza “*por el efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud*” (Werle, 2005:362-363). Así, habrá ataque generalizado si existe una gran cantidad de víctimas, pero la gran cantidad de víctimas puede ser

resultado de múltiples actos o bien de un acto único de extraordinaria magnitud. El término “sistemático” por su parte se relaciona con el nivel de planificación u organización, es decir, requiere de una pauta o un plan metódico, excluyendo la ocurrencia por mera coincidencia. Ahora bien, la disyunción entre generalidad y sistematicidad es sólo aparente ya que, de conformidad con la definición de “ataque” que trae el Estatuto en el artículo 7.2.a), éste debe presentar ambas características.

En referencia a la *situación típica* el Art. 7 en su punto 2.a) conceptualiza al *ataque contra una población civil* como “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 ese ataque o para promover esa política”. Así mismo, la descripción de la situación típica, excluye la exigencia del requisito de contexto de conflicto armado o nexo de guerra, como se exigió en Derecho Internacional anteriormente para los crímenes contra la humanidad. Los crímenes de lesa humanidad “*pueden ser cometidos tanto en tiempos de paz como de guerra* (Reinaldi en Sánchez Freytes, 2008:404).

Última característica del ataque configurativo de la situación típica es el elemento político (policy element) (Werle, 2005:364). El Estatuto de Roma nada específica sobre la naturaleza de la organización, en el sentido de que una “organización” podría ser un grupo de personas que cuenta con el potencial suficiente, material y personal, para llevar a cabo un ataque como el que requiere el contexto típico sin ser necesaria la participación activa estatal. No obstante, una correcta interpretación acorde al bien jurídico tutelado por el mentado tratado, obliga a aceptar la postura que sostiene la necesaria intervención o al menos la tolerancia del poder político.

Para finalizar cabe decir que, debe haber un nexo directo entre el acto y el ataque, ya que el primero no será típico si no es parte del segundo. Por otro lado es irrelevante el número de actos, bastando la constatación de una sistematicidad como factor concatenante de actos individuales. El delito de lesa humanidad queda consumado con la realización de una de las conductas previstas. Ahora bien, la propia característica de sistematicidad en el ataque exige, de por sí, la comisión de varios actos. En conclusión, la realización de un solo acto puede ser considerada crimen de lesa humanidad, siempre que ese acto forme parte de un ataque de las exigencias típicas, lo

cual, lógicamente, llevará a que existan otros actos cometidos por otros autores o el mismo sujeto.

El Art. 7 enumera las *conductas propias* de los crímenes de lesa humanidad, las cuales son definidas por el Estatuto de Roma en el punto 2 del mismo artículo. La enumeración de las conductas no es taxativa, toda vez que incluye entre ellas “*otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*” (Art.7.1.k). Así, las conductas prescriptas son:

a) Asesinato: el cual debe ser entendido como homicidio perpetrado en la situación típica anteriormente descripta.

b) Exterminio: el cual es definido por el mismo artículo (Art. 7.2.b) en el sentido de que “*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) Esclavitud: debe entenderse por tal “*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*” (Art. 7.2.c)

d) Deportación o traslado forzoso de población: “*se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional*”.(Art. 7.2.d)

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

f) Tortura: por tal 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 las sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas*” (Art. 7.2.e)

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable. El Estatuto de roma, en su art. 7.2.f, define como embarazo forzado *“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 sobre el embarazo”*

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o cualquier crimen de competencia de Corte (art. 7.1.h). Se entiende *“por persecución la privación intencional grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”* (art.7.2.g). Así mismo el párrafo 3 del art.7 entiende que el término *“genero se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad”*

i) Desaparición forzada de personas

j) El crimen de apartheid: entendido como *“actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la limitación de mantener ese régimen”* (art.7.2.h)

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Este inciso en particular del párrafo 1 del Art 7 de la convención demuestra la no exhaustividad de las conductas, las cuales quedan abarcadas dentro de lo que se llama crimen de lesa humanidad.

El *tipo subjetivo* exige “conocimiento del ataque” por parte del autor del delito, demostrando que se trata de una forma especial de dolo. La previsión excede el elemento de intencionalidad requerido por el Estatuto de manera genérica; el “ataque” es tan sólo un elemento de la situación típica, que debe ser abarcado por el dolo. Cada autor debe saber que existe un ataque contra la población civil y que su acto individual forma parte de aquel, pero no se exige que sea responsable del ataque en sí, que haya colaborado en su planificación o dirección, o que conozca la política que está detrás de dicho ataque o conozca sus detalles. En otros términos, si una persona comete un crimen de lesa humanidad pero desconoce que éste es parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, su conducta no cumplirá con las exigencias típicas de este delito. No obstante puede verse incurso en responsabilidad derivada de la comisión o bien de un delito común o tal vez, de alguna de las especies de crímenes de guerra. Resulta inadmisibles el dolo eventual y la culpa, siendo necesaria la presencia de dolo directo. El sujeto activo se debe representar claramente el resultado de su conducta, lo cual incluye el conocimiento del ataque y que su acto se desenvuelve en este contexto. Esta exigencia no es compatible con un actuar negligente o imprudente que tenga lugar en el marco del al ataque.

## **6. RESPONSABILIDAD PENAL POR CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD**

En este apartado se analizarán las disposiciones generales que rigen en materia de responsabilidad para los delitos prescritos en el Estatuto de Roma. La preocupación por las víctimas que el Estatuto explicita presupone la efectiva producción del daño como presupuesto de la comisión de tales delitos. Sin embargo, las definiciones de delitos como genocidio y crímenes de guerra son aplicables a conductas que incluso puede que no causen un daño efectivo. (Fletcher, 2008:164). Así, por ejemplo, en el marco de los crímenes de guerra, la declaración de guerra sin cuartel puede ser considerado un supuesto en el que no es necesario para la configuración del tipo el efectivo daño. Por el contrario, para delimitar la responsabilidad en estos casos, el Estatuto no recurre a la noción de daño, sino a las normas generalmente aceptadas.

Por otro lado, no se incorpora la distinción entre delito consumado y tentativa, así en el art. 25 3 d, se trata la “*contribución a su realización o a la tentativa*” de un crimen como equivalente al crimen consumado que entra en el ámbito de la competencia de la CPI.

Así mismo, el Estatuto reconoce las causas de justificación y de exculpación indiferenciadamente bajo la rúbrica de “Circunstancias eximentes de la responsabilidad penal” (art. 31. 2) (Fletcher, 2008:162). Esto debido a que en este apartado ha seguido al modelo de *common law* que estructura de manera *bipartita* al delito. Así, a diferencia del sistema continental-germánico que estratifica al delito de manera tripartita, *tipo-antijuridicidad-culpabilidad*, aquí sólo se distingue entre *mens rea* (elemento mental) y *actus reus* (elemento material). El error aparece, entonces, como un factor que exculpa al acusado si “niega el elemento mental requerido del delito” (art. 32. 1).

El estatuto establece una lista de cuatro causales eximentes de responsabilidad penal. Las dos primeras son claramente cláusulas de exclusión de la culpabilidad: la enfermedad mental y la intoxicación involuntaria (art. 31.1 a y b). La tercera es la proporcional legítima defensa propia y de terceros contra un inminente e ilegal uso de la fuerza que es claramente una causa de justificación (art. 31.1 c), y la cuarta es una mezcla del estado de necesidad concebido como una causa de justificación y del estado de necesidad como causa de exculpación (art. 31.1 d) (Fletcher, 2008: 408).

Respecto de la culpa, al igual que el sistema del Código Penal Argentino, *númerus cláusus*, sólo se acepta la negligencia si está reconocida como forma de realización del delito de que se trate. Al respecto, la única exigencia se refiere a la responsabilidad de los jefes y otros superiores militares, definida en el art. 28 (Fletcher, 2008:163). Si bien el art. 28 no reconoce explícitamente la negligencia como base de responsabilidad, utiliza frases características de los delitos fundados en ella: “lo que cualquiera supo o debió haber sabido, de acuerdo con las circunstancias del caso”, “no haber adoptado las medidas razonables y necesarias”. En consecuencia el acusado no puede alegar error sobre la presencia de un elemento material cuando el error no es razonable o es producto de su negligencia (Fletcher, 2008:163). En concreto, la negligencia será tenida en cuenta para determinar si la orden de un superior puede admitirse como eximente, la respuesta será negativa si la orden es manifiestamente injusta cuando la creencia sea de buena fe pero negligente.

## 7. ESCALA PENAL

El Estatuto de Roma va más allá todavía de todos los anteriores documentos de derecho penal internacional al especificar penas para todo supuesto (Ambos, 2002:306). Se puede afirmar que sin duda son los más graves que a partir de su vigencia (ley 26.200) prevé nuestro ordenamiento, toda vez que es inconcebible un contenido de injusto mayor que el de un genocidio con masacre (Zaffaroni, 2009).

La primer aclaración que realiza la ley 26.200 sobre este punto señala que la pena de reclusión debe entenderse como de prisión (art. 7). Establece penas de prisión en una escala de tres a veinticinco años para los delitos allí previstos e impone la pena de prisión perpetua en los casos de producirse una o más muertes, a diferencia del Estatuto donde tal pena está reservada únicamente a casos de extremísima y excepcional gravedad (art.77). Además el Art. 77 del Estatuto de Roma establece que en caso de ser juzgados por la Corte Penal Internacional los delitos en él tipificados, *“serán penados con penas de reclusión hasta treinta años o con reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”*. En este caso, la reducción de la condena prevista en el Art.110 del Estatuto, que importa el equivalente a la libertad condicional, procede una vez transcurridos dos tercios de la pena temporal y veinticinco años de cumplimiento de la perpetua. La pena perpetua prevista en el Estatuto de Roma para los casos juzgados por la Corte Penal Internacional se adapta a las exigencias del derecho internacional de los Derechos Humanos, pues el art.110 admite la posibilidad de liberación por vía de reducción de la pena, pasados los veinticinco años de cumplimiento de ésta. Se está en presencia de una *“Medida que señala un parámetro universal máximo, considerando que está limitada a injustos de contenido prácticamente inconmensurable, como son un genocidio de extrema gravedad y con circunstancias personales negativas del condenado”* (Zaffaroni 2009).

Por otro lado la aplicación de la ley 26.200 a los hechos anteriores a su entrada en vigencia se corresponde en función del principio de retroactividad de la ley penal más benigna (art.9 in fine de la convención Americana de Derechos Humanos) (Zaffaroni, 2009), toda vez que se impone la interpretación que considera que el tiempo

para acceder a la libertad condicional, en el caso de prisión perpetua por el resultado muerte de una o varias personas, es de veinticinco años (art.77 Estatuto de Roma).

En este sentido, al prever la ley 26.200 los delitos de mayor contenido de injusto, el máximo de pena de prisión allí previsto debe considerarse la pena máxima existente en el ordenamiento penal vigente. Es decir que, las escalas penales correspondientes a los demás tipos delictivos del código penal argentino no pueden superar en ningún caso a la de los delitos contenidos en el Estatuto de Roma, las que deben reducirse en atención al principio de proporcionalidad.